

JORNADA: PRÁCTICA EN LA CONTRATACIÓN PÚBLICA EN NAVARRA: 2006-2009

DOCUMENTACIÓN

1. LOS SUJETOS CONTRATANTES: ALCANCE DEL CONCEPTO PODER ADJUDICADOR.
Dr. D. José M^a Gimeno Feliu.
2. **LA CONTRATACION ADMINISTRATIVA ANTE LOS TRIBUNALES DE JUSTICIA.** *Ilmo. Sr. Francisco Javier Pueyo Calleja.*
3. **COMENTARIO A LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS DE 3 DE ABRIL DE 2008. LA VULNERACIÓN DE LA DIRECTIVA SOBRE RECURSOS Y SU INCIDENCIA EN LA NORMATIVA SOBRE CONTRATACIÓN ADMINISTRATIVA EN NAVARRA.**
D. Francisco Javier Vázquez Matilla.
4. CUADROS DE PLAZOS Y CUANTÍAS ACTUALIZADOS A 1/01/2010.
5. SUMARIO-INDICE JURISPRUDENCIA DEL TJCE EN MATERIA DE CONTRATACIÓN PUBLICA (SELECCIÓN de julio de 1997 a diciembre de 2009).

**LOS SUJETOS CONTRATANTES: ALCANCE DEL CONCEPTO
PODER ADJUDICADOR**

JOSE MARIA GIMENO FELIU

(gimenof@unizar.es)

**PROFESOR TITULAR DERECHO ADMINISTRATIVO DE LA
FACULTAD DE DERECHO DE LA UNIVERSIDAD DE ZARAGOZA**

SUMARIO

I.-Introducción:

- 1.- Importancia y significado del derecho comunitario de contratación pública.
- 2.-Observaciones Anteproyecto LCSP
- 3.- Del efecto directo de la Directiva 18/2004: Consecuencias prácticas.

II.-Alcance del concepto poder adjudicador. Los sujetos sometidos. Criterios interpretativos.

1. Las posibles interpretaciones legales: una aproximación
- 2.- La necesidad de un criterio corrector: la noción amplia y funcional de “poder adjudicador”.
3. La solución a la luz de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea.
- 4.- Las Sentencias del TJCE que condenan al Reino de España de 15 de mayo y 16 de octubre de 2003 y 13 de enero de 2005. Las consecuencias prácticas.
- 5.- ¿Hasta donde penetra el concepto de poder adjudicador: alcanza a la denominada Administración corporativa?
- 6.-Conclusion: Una interpretación funcional del concepto de poder adjudicador.

INTRODUCCION¹:

1.- Importancia y significado del derecho comunitario de contratación pública.

La materia de contratación pública es hoy en día de máxima actualidad no solo por novedades de índole jurídica sino también por al incidencia que al misma tiene en el diseño y efectividad de las políticas públicas de los Estados. En este estudio se pretende continuar reflexionando sobre als principiaps consecuencias que apra nuestro ordenamiento jurídico y práctica administrativa se derivan de las nuevas reglas derivadas de lo que se ha venido a denominar el nuevo paquete legislativo, que pretenden hacer realidad el objetivo de un mercado interior en la Unión Europea.

Las nuevas directivas comunitarias en materia de contratación pública, con fecha de transposición límite de 31 de enero de 2006, amen de confirmar la tendencia hacia la formación de un derecho común europeo², obligan a una reflexión sobre sus consecuencias en la práctica administrativa nacional³. Máxime si, como parece ser, el plazo de trasposición no es cumplido por el Estado español y los preceptos de estas normas que sean claros, precisos e incondicionados comienzan a desplegar efecto directo⁴. La aproximación al concreto alcance de esta reforma comunitaria obliga a unas precisiones previas. La primera, que la contratación pública no puede ser considerada como un fin en si mismo sino que debe ser visualizada como una potestad o herramienta jurídica al servicio de los poderes públicos para el cumplimiento efectivo de sus fines o sus políticas públicas. Es decir, al contratación puede –y debe, diría- ser una técnica que permitiera conseguir objetivos sociales, ambientales o de investigación, en la convicción de que los mismos comportan una

¹ Esta ponencia es fruto de mi *monografía La nueva contratación pública europea y su incidencia en la legislación española*, Civitas, Madrid, 2005.

² Por todos, véase MORENO MOLINA, J.A., “Reciente evolución del derecho público en el ámbito de la contratación pública. La tendencia hacia la formación de un derecho común”, *Revista Contratación Administrativa Práctica*, La Ley núm. 34, 2004, pp. 28-53.

³ Sobre el contenido de las misma, con visión propedéutica, puede consultarse el trabajo de FERNANDEZ GARCIA, M., “La nueva regulación de la contratación pública en el Derecho comunitario europeo”, *RAP* 166, 2005, pp 281-320.

⁴ Por todos *vid.* JIMÉNEZ-BLANCO, Antonio (2002): “De nuevo sobre el efecto directo de las Directivas”, *Noticias de la Unión Europea* 205, págs. 115-120. El incumplimiento de este plazo de trasposición –ya habitual en esta materia- encuentra razonamientos diversos. Pero uno, sin duda de relevancia, es al mecanica con al que en España se realiza la trasposición del Derecho comunitario, siguiendo los trámites ordinarios de todo procedimiento para elaborar una Ley. Práctica que en muchos casos ya resulta de si incompatible con los plazos de trasposición y que, además, *permite retocar* preceptos de la propia Directiva, lo que genera importantes problemas de seguridad jurídica.

adecuada comprensión de cómo deben canalizarse los fondos públicos⁵. En este sentido el Considerando 5 de la Directiva 18/2004 es elocuente:

“Según lo dispuesto en el artículo 6 del Tratado, las exigencias de la protección del medio ambiente deberán integrarse en la definición y en la realización de las políticas y acciones de la Comunidad a que se refiere el artículo 3 del Tratado, en particular con objeto de fomentar un desarrollo sostenible. La presente Directiva clarifica pues de qué modo pueden contribuir los poderes adjudicadores a la protección del medio ambiente y al fomento del desarrollo sostenible al tiempo que se garantiza que los poderes adjudicadores puedan obtener para sus contratos la mejor relación calidad/precio.”

Esto significa que los contratos públicos no constituyen exclusivamente un medio de abastecerse de materias primas o de servicios en las condiciones más ventajosas para el Estado, sino que, en la actualidad, a través de la contratación pública, los poderes públicos realizan una política de intervención en la vida económica, social y política del país.

Por otra parte, la contratación pública debe ser regulada desde la óptica de consecución efectiva y eficiente de la prestación demandada. Esto exige atender con especial interés la fase de ejecución del contrato, que debe ser comprendido desde esta perspectiva del fin derivado de concreta prestación que se demanda. Aquí radica el cumplimiento de los fines públicos que debe prestar la Administración Pública.

Por último, la contratación pública, aunque con claros componentes de naturaleza presupuestaria, no puede verse condicionada por los mismos, ya que tiene naturaleza autónoma. Es más, en muchas ocasiones son esos condicionantes presupuestarios los que obligan a una lectura o una práctica no conforme con al esencia de las reglas de los contratos públicos. Práctica que está comportando la imposición de medidas financieras de corrección por las Instituciones comunitarias al

⁵ Así se entiende la previsión de la Directiva de permitir la existencia de contratos reservados a favor de entidades de carácter social por la que se limitaría a éstas la posibilidad de participar o se permitiría reservar su ejecución a determinadas empresas en el marco de programas de empleo protegido cuando la mayoría de los trabajadores afectados sean personas discapacitadas que, debido a la índole o a la gravedad de sus deficiencias, no puedan ejercer una actividad profesional en condiciones normales. Igualmente, en una adecuada interpretación teleológica, parece lógico entender que también podrán ser beneficiarios de la reserva las empresas que tienen por objeto la integración de personas con riesgo de exclusión social. En todo caso, debería preverse que, por ejemplo, el importe de los contratos reservados no podrá superar el 2º por ciento del importe de los contratos adjudicados mediante procedimiento negociado en el ejercicio presupuestario inmediatamente anterior (Los anuncios de licitación de los contratos objeto de esta reserva deberán mencionar expresamente la presente disposición).

constatarse en un incumplimiento de las reglas de licitación pública en prestaciones financiadas con ayudas comunitarias⁶.

Estas nuevas Directivas pretenden, en palabras de sus Considerandos:

“responder a las exigencias de simplificación y modernización formuladas tanto por los poderes adjudicadores como por los operadores económicos en el marco de las respuestas al Libro Verde adoptado por la Comisión el 27 de noviembre de 1996, es conveniente, por motivos de claridad, proceder a su refundición en un único texto. La presente Directiva está basada en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, en particular la relativa a los criterios de adjudicación, que clarifica las posibilidades con que cuentan los poderes adjudicadores para atender las necesidades de los ciudadanos afectados, sin excluir el ámbito medioambiental o social, siempre y cuando dichos criterios estén vinculados al objeto del contrato, no otorguen al poder adjudicador una libertad de elección ilimitada, estén expresamente mencionados y se atengan a los principios fundamentales.... contenidos en el Tratado y, en particular, los principios de la libre circulación de mercancías, la libertad de establecimiento y la libre prestación de servicios, así como de los principios que de estas libertades se derivan, como son el principio de igualdad de trato, el principio de no discriminación, el principio de reconocimiento mutuo, el principio de proporcionalidad y el principio de transparencia. *No obstante, para la adjudicación de contratos públicos por importes superiores a una determinada cantidad, es conveniente elaborar a escala comunitaria disposiciones de coordinación de los procedimientos nacionales de adjudicación que estén basadas en dichos principios, de forma que queden garantizados sus efectos, y abrir a la competencia la contratación pública*” (cursiva nuestra)

Por consiguiente, y al margen del concreto importe del contrato, la legislación nacional de contratos públicos debe, en todo caso, respetar los principios comunitarios referidos no existiendo, por tanto, ámbitos de la contratación pública exentos en función su umbral, sino que, a partir de cierto importe, juegan la concreción de los mismos contenidos en la Directiva que deben interpretarse con arreglo a las normas y principios antes mencionados y a las demás normas del

⁶ De hecho, en nota de prensa de 14 de enero de 2005, la Comisión anuncia la remisión a España de un dictamen motivado (instrumento previo a la interposición del recurso por incumplimiento del artículo 226 TCE) por no transponer correctamente el concepto de entidades de derecho público de la directiva puesto

Tratado. En suma, en todo caso, como bien advirtiera ya BAÑO LEON, al margen de que en función del importe del contrato puedan diseñarse unos u otros procedimientos de selección y adjudicación de contratos, los Estados deben garantizar en sus normas y en su concreta aplicación práctica por que la participación en un procedimiento de adjudicación de contrato público de un licitador que sea un organismo de derecho público no cause distorsión de la competencia con respecto a licitadores privados⁷.

Como se ha observado, esta nueva normativa incorpora las resoluciones del TJCE. Se constata la importancia de esta jurisprudencia, auténtica fuente del derecho y dinamizadora en la plasmación efectiva de los principios referidos en esta materia. Por ello, su análisis detallado es necesario para poder alcanzar conclusiones que, en modo alguno, pueden conducirnos a interpretaciones contrarias a dicha doctrina. Así se pone de manifiesto en la STJCE de 2 de junio de 2005 (Koppensteiner GMBH), al afirmar que cuando una norma comunitaria establece previsiones que “son incondicionales y suficientemente precisas para conferir un derecho a favor de un particular que éste puede invocar, en su caso, frente a una entidad adjudicadora como BIG. En estas circunstancias, el órgano jurisdiccional competente debe dejar sin aplicar las normas nacionales que le impiden cumplir la obligación que se desprende de los artículos 1, apartado 1, y 2, apartado 1, letra b), de la Directiva 89/665.” (negrita nuestra). Y es que, como bien destaca el profesor Lorenzo MARTIN-RETORTILLO, “cualquier juez tiene que aplicar inmediatamente y sin rodeos el Derecho comunitario. Eso es todo, nada más, pero nada menos”⁸. Solo así cobra sentido el principio de seguridad jurídica⁹.

que excluye de él a las fundaciones, “incluso tras una modificación introducida en 2003” en alusión a la Ley 62/2003.

⁷ Y es que, como bien afirma este autor no cabe que un concepto de la legislación de contratos públicos se interprete de una forma cuando el contrato está condicionado por las Directivas comunitarias que cuando no lo está. “La influencia del Derecho comunitario en la interpretación de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas”, RAP 151, 2000. p. 13. Opinión que comparte E. CARBONELL PORRAS en su trabajo “El título jurídico que habilita el ejercicio de la actividad de las sociedades mercantiles estatales de infraestructuras viarias. ¿Convenio o contrato administrativo?”, en libro col. Estudios de Derecho Público Económico, Civitas, Madrid, 2003, p. 392.

⁸ L. MARTIN-RETORTILLO, *La interconexión de los ordenamientos jurídicos y el sistema de fuentes del derecho*, Discurso leído el día XXV de octubre de 2004, en su recepción en la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, P. 100. Como dice, el derecho comunitario penetra en los ordenamientos nacionales y desgarrar y descalifica cualquier opción interna que sea incompatible a través de la técnica de la inaplicabilidad.

⁹ Vid. J. BERMEJO VERA, El declive de la seguridad jurídica en el ordenamiento plural. Discurso de ingreso Academia Aragonesa de Jurisprudencia y Legislación, leído el día 6 de abril de 2005, pp. 105-117.

En consecuencia, las propias Directivas están imponiendo una determinada interpretación de las normas nacionales, una interpretación *secundum directivam*¹⁰. De esta forma, en las mismas Directivas se encuentra el mecanismo para dar solución a los (no tan) hipotéticos conflictos entre el resultado a alcanzar, fijado por la Directiva, y los medios y la forma para ello, seleccionados por los Estados miembros.

2.- Observaciones al anteproyecto LCSP.

El anteproyecto presentado por el Gobierno ha sido respondido muy críticamente desde del mundo empresarial, habiendo solicitado incluso la CEOE la retirada del mismo¹¹. Y es que, atendiendo a lo que hemos expuesto en el apartado anterior el anteproyecto LCSP se nos presenta conservador y poco innovador. Además su sistemática aporta más confusión que claridad sugiriéndose, a esos efectos, que se abordasen las cuestiones en una secuencia lógica que podría consistir en la definición de los principios aplicables para regular después los distintos sujetos que intervienen - poder adjudicador y operador económico- y de los contratos incluidos y negocios excluidos¹². Posteriormente se debe abordar la cuestión común de procedimientos y criterios de adjudicación, procedimientos electrónicos y control de toda la contratación pública. En otro libro se abordaría la parte general de todo contrato administrativo para posteriormente detallar las especialidades de cada modalidad de contrato típico. La mayoría de las Disposiciones Adicionales se deben incluir en el articulado. La Ley, por su ámbito, debería denominarse Ley de Contratos Públicos.

Las principales novedades de una nueva legislación de Contratos Públicos frente a la LCAP que podrían sugerirse serían las siguientes:

¹⁰ Compartimos en este punto la opinión de ORDOÑEZ SOLÍS, a tenor de la cual, la obligación de interpretar las normas nacionales de ejecución *secundum directivam comunitariam* favorece la naturaleza y la finalidad de estas peculiares normas comunitarias, que sólo dejan en manos de las autoridades nacionales la elección de la forma y de los medios. “La obligación de interpretar el Derecho nacional de conformidad con el Derecho Comunitario europeo”, *Boletín informativo del Ministerio de Justicia* núm. 1921, julio de 2002, p. 2354.

¹¹ Una primera crítica formal es que este Anteproyecto no cumple las directrices de técnicas normativas aprobadas por la Resolución de 28 de julio de 2005, de la Subsecretaría del Ministerio de Presidencia, que contiene las directrices para la elaboración de las normas, determinando criterios generales de técnica normativa. Y no cumple porque la estructura no es correcta, no se siguen las instrucciones de redacción de los artículos y estos son demasiado extensos y existen más de quinientas remisiones en el texto, lo que convierten al producto final en un claro ejemplo de inseguridad jurídica.

¹² La sistemática del Anteproyecto ha llevado a compararla a F. BLANCO con el juego numérico del sudoku. “El procedimiento de selección y los criterios de adjudicación”, página 3 de su ponencia en Seminario organizado por IEAP/CER en Barcelona los días 23 y 24 de febrero de 2006.

a) El ámbito de la Ley abarcaría las diversas Administraciones Públicas, al Parlamento, Tribunal de Cuentas, así como a las personificaciones privadas controladas por las Administraciones Públicas adoptando así, por primera vez, un criterio funcional que desempeñara una trascendental función unificadora de la contratación pública en España. Figura importante será la Central de compras, que está llamada a convertirse en un claro instrumento de colaboración administrativa y que debe traducirse en simplificación de la política de compras públicas para muchos de los sujetos sometidos a esta Ley, especialmente, los pequeños municipios. Se regularía igualmente la técnica de encargos a los entes instrumentales propios como mecanismo de agilidad organizativa. En este punto el Anteproyecto LCSP resulta insatisfactorio: debería definirse el concepto de poder adjudicador y aportar un listado indicativo en la línea formulada. Al respecto se observa que al inclusión de las Mutualidades va más allá de lo dispuesto en la Directiva y Jurisprudencia TJCE y debería eliminarse.

Por otra parte la no consideración de Administración pública de las entidades públicas empresariales resulta contraria a lo dispuesto Ley 30/1992 y genera confusión e inseguridad jurídica, resultando más adecuado prever a esos efectos que el régimen jurídico de sus contratos estará sometido al derecho privado (aunque la opción no parece aconsejable al despojar a la entidad de sus prerrogativas). Lo contrario supone una excepción a una legislación básica mediante ley especial, lo que técnicamente no es correcto. Por otra parte, las especialidades de la Administración local deben recogerse en un capítulo específico -que atienda también a la especificidad de los pequeños entes locales-, y que no regule cuestiones propias de legislación general como es la distribución competencial Alcalde-Pleno.

Debe preverse expresamente la posibilidad de que varios entes contratantes sumen sus necesidades y tramiten un único procedimiento de licitación, tal y como previene la Directiva 18/2004, al comportar evidentes economías de escala.

b) Se debe optar por la adecuada transposición de los requisitos de capacidad, solvencia, y causas de exclusión para contratar debiendo destacarse la posibilidad de que la subcontratación pueda ser un criterio para valorar la solvencia del operador económico contratista que licita. En este aspecto el Anteproyecto es un tanto confuso y presenta contradicciones. La subcontratación debe regularse con la solvencia y no

con la fase de ejecución¹³. Las previsiones de Registros de Licitadores deben incluirse en este Capítulo. Es aquí donde se deberían incluir criterios sociales como estabilidad, discriminación positiva, etc. al garantizar que se selecciona a la mejor empresa de acuerdo con las políticas sociales públicas definidas en nuestro ordenamiento jurídico. Lo contrario es un claro incentivo a la deslocalización empresarial.

De la lectura del artículo 52 de la Directiva 18/2004, se puede llegar a la conclusión, defendida por cierto sector doctrinal, de que convendría abandonar el actual sistema de clasificación de contratistas (o elevando las cuantías previstas, sobre todo en servicios, tuviera carácter potestativo), pues con la nueva regulación comunitaria el sistema hasta ahora vigente deja de ser operativo, cumpliendo su función el Registro de Licitadores. El texto legal debería igualmente hacer posible eximir al licitador de la obligación de presentar la documentación sobre los extremos que los sujetos contratantes comprueben de oficio, y permite efectuar propuestas de adjudicación, que no adjudicaciones, condicionadas a la presentación de determinados documentos antes de la adjudicación (esta última se configura como momento clave del proceso contractual, puesto que presupone la previa comprobación de los requisitos exigidos para contratar y abre el camino a la fase de ejecución). En todo caso, conviene recordar la conocida Sentencia TJCE Alcatel de 1999 en cuya virtud no será posible formalizar el contrato hasta que no se resuelvan los recursos planteados.

c) Se considera un acierto la eliminación de las garantías provisionales al licitador para la concreta prestación lo que se traduce en una evidente descarga burocrática a la vez que en un incentivo a la participación a la licitación, especialmente para las pequeñas y medianas empresas. Es, en definitiva, una medida tanto de conveniencia como de prudencia jurídica, que permitiría resolver importantes disfunciones prácticas. Sin embargo, la lógica sistemática de la norma obliga a que estos preceptos sean previos a los que regulan las garantías definitivas.

d) El Anteproyecto LCSP pretende diseñar con nitidez los perfiles de los distintos tipos de contratos públicos, diferenciando de lo que es el régimen jurídico - público o privado- de los mismos- optando por la tipología comunitaria evitando innecesarias confusiones. Así, se habla correctamente de un contrato de obras, un contrato de suministro y un contrato de servicios. Sin embargo, el tema de concesiones

¹³ Vid, GIMENO FELIU, *La nueva contratación...*, ob. Cit., pp. 181-202.

no parece bien resuelto y se propone como alternativa la regulación de los contratos de concesión en sus tres variantes (atendiendo a su función) de construcción y explotación de obras, de explotación de servicios monopolizados (el anterior contrato se gestión de servicios públicos) y el de explotación de infraestructuras, a los que se dotaría de un régimen de ejecución común y que permitiría dar adecuada cobertura legal a las prácticas habituales en España. Contratos que deben ser diferenciados de los contratos patrimoniales a los que les serán de aplicación sus propias normas y sólo supletoriamente lo dispuesto en esta Ley. Lo que no se comprende es que parece que sobreviven los contratos administrativos especiales (artículo 19.2), pese a que no se definen ni se mencionan en la Memoria explicativa. La lógica del Anteproyecto aconseja que desaparezca esta previsión.

Por último, por vocación de la Ley, resulta ilógica la previsión de la técnica de convenio en función del ente y del importe. Debe trasponerse adecuadamente la STJCE de 11 de enero de 2005 que condena al Reino de España por esta práctica. El umbral –como hemos advertido en esta introducción- debe ser irrelevante a estos efectos¹⁴. En esta misma lógica, los apartados m y n del artículo 4 requieren un tratamiento específico bajo la rúbrica de encargos o encomiendas a entes propios, recogiendo adecuadamente la doctrina del TJCE sobre este asunto¹⁵. Y es en este artículo donde debe regularse la técnica del concierto y sus condicionantes (no debe confundirse la acción concertada con los contratos) ni que ciertas prestaciones sean auténticos contratos de servicios (paradigma de lo que se expone es el ámbito sanitario).

e) La parte dedicada a los procedimientos de adjudicación contiene uno de los aspectos más novedosos del Anteproyecto de Ley al diferenciar entre contratación de publicidad comunitaria (el anteproyecto denomina *armonizada*) y la inferior a ésta y a regular la contratación pública y los medios electrónicos. El objetivo básico de esta regulación pasa por, respetando los principios básicos, combinar el rigor en el control de posibles abusos e irregularidades con vías formales flexibles, más adaptadas a la envergadura real de los contratos, que reduzcan la carga burocrática en los casos en

¹⁴ Vid. GIMENO FELIU, *La nueva contratación...*, ob. Cit., pp. 136-137.

¹⁵ GIMENO FELIU, “La problemática derivada del encargo de prestaciones a entes instrumentales propios: alcance de la jurisprudencia comunitaria”, Informe Comunidades Autónomas 2005.

que no sea necesaria. Los procedimientos de adjudicación que incorporará la futura Ley se habrían de basar por un lado, en la distinción entre procedimientos abiertos, selectivos (anterior restringido) negociados y dialogo competitivo, para los de umbral comunitario, y, además, abreviado y simplificado (en el que, en general, se opera contra factura) para los de cuantía no comunitaria (con plazos mínimos de licitación más adaptados a las necesidades reales de estos contratos). En estos casos, parece acertado la propuesta que eleva la cuantía que permite acudir a un procedimiento negociado (con y sin publicidad), ya que las propias circunstancias del mercado y del procedimiento así lo aconsejan. Sin embargo, creemos que resulta conveniente prever además un nuevo procedimiento abreviado, caracterizado por ser un procedimiento abierto a la participación de cualquier interesado, en el que es posible la publicidad de la licitación a través de medios de prensa, de gran difusión efectiva, o mediante web. La elevación de las cuantías del contrato menor no resulta una medida acertada y debería desaparecer este contrato y sustituirse por uno simplificado.

En cuanto a la incorporación de las TICs a la contratación pública en el Anteproyecto LCSP, amén de existir una inadecuada sistemática, debería advertirse más nítidamente la diferencia entre medios electrónicos y procedimientos electrónicos¹⁶. La previsión de la Ley de dos nuevas modalidades: el sistema de adquisición dinámica y la adquisición electrónica debe recogerse en el Capítulo dedicado a procedimientos. En este punto se considera un acierto la regulación de estas modalidades ya que la contratación pública a través de Internet ofrece, además de los beneficios financieros, un acceso más sencillo a los mercados mundiales al proporcionar más visibilidad y unos procesos administrativos más simples. Estos nuevos horizontes pueden ser particularmente beneficiosos para las PYME, al permitirles buscar oportunidades fuera de su entorno más inmediato.

f) Las formas de adjudicación deberían ser el concurso y subasta (aunque cabría pensar en la posibilidad de incorporar la terminología comunitaria de oferta económicamente más ventajosa y precio más bajo respectivamente) y serán reguladas conforme a lo dispuesto en el derecho comunitario, incorporando para ambos la técnica de la oferta anormalmente baja. La sistemática aquí es confusa y debe ser modificada al no parecer correcto incluir en un mismo criterio lo que ahora son dos

¹⁶ Sobre esta cuestión me remito a mi trabajo *La nueva contratación...*, ob. Cit., pp. 228-250.

criterios de adjudicación tanto en nuestra LCAP como en la Directiva. Por lo que se refiere al concurso, el elemento común a todos los criterios de evaluación de las ofertas es que han de referirse, a la naturaleza de los trabajos que se van a realizar o la forma en que se harán. Entre las novedades resalta la posibilidad de valorar aspectos ambientales o de calidad vinculados a la prestación del contrato, conforme a la interpretación dada por la jurisprudencia comunitaria (dando por hecho que ciertas condiciones deberán tener carácter obligatorio y figurar en las respectivas especificaciones técnicas). En el caso de concurso debe preverse que la oferta económica sea valorada posteriormente a la oferta técnica (lo que empieza a ser una práctica habitual que genera más concurrencia).

g) Las normas generales de tramitación administrativa de los expedientes de los sujetos de naturaleza pública se deberían asentar sobre ejes nítidos que se habrán de caracterizar por la supresión de trámites que no repercuten en controles reales de fondo, haciendo descansar éste último, cuando proceda, en las Juntas de Contratación Pública. En resumen, se deberán simplificar los trámites posibilitando una más rápida adjudicación y, por ende, efectiva satisfacción de la prestación que se necesita. Desde esta perspectiva sorprende que haya desaparecido la tramitación anticipada, que ha demostrado su utilidad. La lógica aconseja que se introduzca en el texto esta modalidad.

h) En la ejecución, suspensión y resolución del contrato, además de algunas variaciones y garantías adicionales sobre el texto presentado parece oportuno recoger la posibilidad de que los interesados puedan recurrir los motivos de un modificado, lo que habrá de suponer la introducción de una eficaz garantía práctica que puede coadyuvar a erradicar prácticas a todas luces incorrectas y que descargan la responsabilidad en las concretas personas que lo acometen. Se debería habilitar penalidades contractuales pactadas en pliego (extendibles al margen de la naturaleza privada o pública del ente contratante). Es en este Capítulo general de ejecución donde se debe incluir el precepto de fuerza mayor. El control no debe residenciarse en el Consejo de Estado u órgano consultivo autonómico equivalente sino en las Juntas Consultivas de contratación administrativa habida cuenta el perfil y vocación de éstas.

i) La diferenciación de régimen jurídico para empresas públicas y entes análogos para contratos inferiores al umbral comunitario exige una mayor concreción del contenido de esas Instrucciones. Aunque la propuesta resulta en sí una clara

mejora al texto legal actualmente vigente e introduce cierta seguridad aunque conviene clarificar la terminología y aclarar que están sometidos a los principios comunitarios y constitucionales de concurrencia, transparencia, no discriminación, reconocimiento mutuo, objetividad y eficiencia procedimental y de los fondos públicos que gestionan.

j) Por último debe llamarse la atención sobre la implantación para todo contrato independientemente de su umbral y de la personalidad pública o privada de quien contrata, de un sistema de recursos rápido y eficaz, con tutela cautelar de todo tipo, que no puede descansar, como se prevé en el Anteproyecto LCSP en el mismo órgano de contratación al vulnerar la finalidad de la Directiva comunitaria y la doctrina del TJCE en sentencia de 28 de octubre de 1999 (Alcatel) al señalar que la Directiva recursos del 89 “debe interpretarse en el sentido de que los Estados miembros están obligados a establecer, en todos los casos, independientemente de la posibilidad de obtener una indemnización por daños y perjuicios, un procedimiento de recurso que permita al demandante obtener, si concurren los correspondientes requisitos, la anulación de la decisión del órgano de contratación anterior a la celebración de contrato por la que resuelve con qué licitador en dicho procedimiento celebrará el contrato.”. El recurso debe descansar sobre órgano administrativo especializado (bien podrían ser las Juntas Consultivas de Contratación Pública), que deberá resolver en un breve plazo y que imposibilitará hasta su resolución la efectiva formalización del contrato. Con una regulación así se conseguiría una efectiva y leal transposición a la Directiva 89/665/CEE, modificada por la Directiva 92/50 de Recursos¹⁷. Por ello, en modo alguno puede aceptarse que el recurso se redienda en el mismo órgano que dictó el acto. Opción que supone manifiesta contravención del derecho comunitario.

Lo que en modo alguno es admisible es la previsión del artículo 21.2, que resucita la problemática de la dualidad de jurisdicciones. Una adecuada coherencia obliga a mantener la clásica teoría de los actos separables residenciando en la jurisdicción contencioso-administrativa los litigios derivados de las controversias surgidas en la fase de preparación y adjudicación del contrato, al margen de la naturaleza pública o privada del ente contratante.

¹⁷ Vid. GIMENO FELIU, *La nueva contratación...*, ob. Cit., pp. 251-301.

j) Por último, siguiendo el modelo de las instituciones comunitarias y del ordenamiento francés parece conveniente la constitución de un Consejo Consultivo para la apertura de la Contratación pública, interdisciplinar y con representación autonómica, empresarial y académica, y que debe servir de foro u observatorio para analizar el mercado de los contratos públicos e informar y proponer iniciativas que garanticen los objetivos de una adecuada y correcta política de contratación pública.

3.-De las consecuencias del vencimiento del plazo de trasposición de la directiva 18/2004

Una vez vencido el plazo de transposición para el Reino de España de la Directiva 18/2004, se plantea el problema de si ésta despliega o no un efecto directo. La Junta Consultiva de Contratación administrativa en su Informe 57/2005, de 19 de diciembre, a petición de la Diputación Provincial de Huesca, sostiene sobre esta cuestión que tendrá efecto directo “los extremos concretos y particulares en que no exista dudas de su aplicación”. Este Informe, ciertamente ambiguo y poco “ambicioso” reconoce, en definitiva el efecto directo de la directiva -aunque renuncia a pronunciarse sobre que preceptos-, de tal manera que de conformidad a tal doctrina son ya de aplicación en nuestro ordenamiento interno los preceptos de esta norma que sean claros, precisos e incondicionados¹⁸. Y sobre esta cuestión conviene traer a colación el dato de que esta doctrina del efecto directo ha girado en torno a los fines, objetivos y estructura de la Comunidad, así como de la especificidad y autonomía de su ordenamiento, y a la llamada participación de los pueblos europeos contemplada en el Preámbulo de los Tratados. Se trata, en fin, de hacer efectivo el carácter normativo de las directivas que se predica del 243 párrafo tercero TCE. De estas premisas parte el TJCE para construir esta doctrina, en la conocida sentencia Van Gend en Loos, de 1963)¹⁹. El efecto directo de la Directiva es claro en la

¹⁸ Por todos *vid.* J.M. TRAYTER, “El efecto directo de las Directivas comunitarias: el papel de la Administración y los jueces en su aplicación”, RAP núm. 125, 1991, pp. 188 y ss. y JIMÉNEZ-BLANCO, A., “De nuevo sobre el efecto directo de las Directivas”, *Noticias de la Unión Europea* 205, 2002, págs. 115-120. El incumplimiento de este plazo de trasposición –ya habitual en esta materia- encuentra razonamientos diversos. Pero uno, sin duda de relevancia, es al mecánica con al que en España se realiza la trasposición del Derecho comunitario, siguiendo los trámites ordinarios de todo procedimiento para elaborar una Ley. Práctica que en muchos casos ya resulta de si incompatible con los plazos de trasposición y que, además, *permite retocar* preceptos de la propia Directiva, lo que genera importantes problemas de seguridad jurídica.

¹⁹ Efecto directo que se reconoce así, entre otras, en la STJCE, de 4 de diciembre de 1974, Van Duyn, asunto 41/71. El TJCE reconoce de nuevo el efecto directo en su sentencia de

jurisprudencia deL TJCE. La Sentencia RATTI, de 5 de abril de 1979, y la Sentencia de 19 de enero de 1982, URSULA BECKER contra FINANZANT MUNSTER-INNENSTADT, ya clarificaron en su día la aplicabilidad del efecto directo de las Directivas comunitarias. La Sentencia URSULA BECKER plantea una cuestión de gran transcendencia, cual es, que las Directivas comunitarias constituyen normas básicas del Derecho comunitario. A este respecto la citada resolución del TJCE viene a confirmar a su vez una jurisprudencia anterior, en el sentido de que "cuando las disposiciones de una Directiva son, desde el punto de vista de su contenido, incondicionales y precisas, tales disposiciones pueden ser invocadas por los particulares afectados a falta de medios de ejecución de la mencionada Directiva que debían haber sido adoptadas por el Estado destinatario de la Directiva en un plazo determinado". En consecuencia, los particulares ven reforzada su esfera jurídica y el Derecho comunitario logra que su efecto útil, es decir, su funcionalidad, no se vea desvirtuada por una eventual inejecución de las Directivas comunitarias por un Estado miembro²⁰.

La Sentencia FACCINI DORI, de 14 de julio de 1994, establece la negativa a reconocer efectos directos de la Directiva entre particulares, remontándose a la doctrina ya declarada en la Sentencia MARSHALL, de 26 de febrero de 1986, reiterando su razonamiento de que *la invocabilidad de las Directivas frente al Estado, o cualquier ente estatal, tiene fundamento en el carácter obligatorio que el artículo 189 TCE reconoce a las Directivas, pero sólo frente a todo "Estado miembro destinatario", y cuya finalidad es impedir que un Estado miembro pueda beneficiarse de su incumplimiento del Derecho comunitario*. Insistirá el Tribunal en este último

7de octubre de 1968, Corveleyn c. Estado belga, Rec. 1968, p.536. A partir de la sentencia Van Duyn, el TJCE insistirá en ocasiones posteriores sobre la posibilidad de invocar ante los tribunales nacionales las Así, sentencias de 26 de febrero de 1975, Bonsignore, asunto 67/74; de 28 de octubre de 1975, Rutili, asunto 36/75; de 8 de abril de 1976, Royer, asunto 48/75; y de 27de octubre de 1977, Bouchereau, asunto 30/77 (todas ellas con relación a la misma directiva 64/221/CE); sentencias de 7de julio de 1976, Watson y Belmann, asunto 118/75; de 14 de julio de 1977, Sagulo, asunto 8/77; y de 3 de julio de 1980, Pieck, asunto 157/79 (éstas con relación a la directiva relativa a la supresión de restricciones al desplazamiento y estancia de trabajadores en los Estados Miembros y de sus familias en el interior de la Comunidad). En este mismo sentido se manifiesta el TJCE en sentencias de 22 de junio de 1989, Fratelli Costanzo, asunto 103/88; y de 1 de junio de 1999, Kortas, asunto C-319/97.(doctrina aceptada por nuestro Tribunal Supremo: STS 15 de marzo de 1999 o STS de 17 de julio de 2003).

²⁰ EDWARD David A. O., *Efecto directo y primacía del Derecho comunitario. El problema especial de las directivas*, "Revista Vasca de Administración Pública" núm. 42, mayo-agosto 1995, pp. 35 -42.

aspecto, señalando que *resultaría inaceptable que un Estado al que el legislador comunitario le ha obligado a adoptar ciertas reglas destinadas a regular sus relaciones con los particulares y a otorgarles el beneficio de ciertos derechos pudiera invocar la inejecución de sus obligaciones con la finalidad de privar a los particulares del beneficio de tales derechos*. Lo que no puede hacer el Tribunal es extender su jurisprudencia respecto a la aplicabilidad de las Directivas frente al Estado al ámbito de las relaciones entre particulares, pues considera que la Comunidad Europea sólo puede crear obligaciones en los particulares por medio del instrumento normativo que son los Reglamentos y no las Directivas. Pero el Tribunal no se contenta con declarar que la Directiva no puede ser invocada por un particular contra un determinado o concreto particular, sino que buscando la mayor aplicación del Derecho comunitario, *le recuerda al juez proponente que necesariamente debe interpretar la legislación estatal existente con el referente de la (incumplida) Directiva comunitaria*. Se logra así el efecto de considerar efectivamente a todo juez del Estado miembro como juez de la Comunidad.

Tras lo que se acaba de exponer (a efectos didácticos), y esta afirmación es relevante, el efecto directo es exigible a las Administraciones públicas y poderes adjudicadores al ser norma incorporada con plena eficacia al ordenamiento nacional (y así lo ha recordado la Comisión Europea a las Comunidades Autónomas en reunión celebrada a finales de enero de 2006. De hecho, la Dirección General de Asuntos Europeos y Acción del Gobierno de Aragón, con fecha de 1 de febrero de 2006 -en paradigmático ejercicio de responsabilidad institucional- ha recordado a los distintos órganos de contratación que “La Comisión Europea recordó que el respeto de la legislación comunitaria en materia de contratación pública constituye una de las condiciones para la concesión de las ayudas de los Fondos estructurales y de Cohesión, con independencia de los problemas legales que supone en todo caso la inaplicación del derecho comunitario en esta materia” y que, vencido el plazo de trasposición sin cumplimiento del Estado Español pueden existir “consecuencias financieras su inaplicación con posterioridad a esa fecha, ya que de no cumplirse con las disposiciones de las nuevas directivas estaríamos en presencia de infracción a la normativa comunitaria de contratación pública.

Por todo ello, la Comisión recomendó que de ser imposible para las Autoridades Españolas trasponer a tiempo estas Directivas se adoptarán medidas

transitorias de forma que los poderes adjudicadores se atengan a ellas directamente en espera de transposición”.

Un ejemplo que corrobora esta tajante afirmación lo encontramos, entre otros, en el Derecho comunitario ambiental²¹. Así, en la STJCE de 11 de agosto de 1995, *Comisión c. Alemania*, el TJCE ha declarado el efecto directo de los artículos. 2, 3 y 8 -obligación de evaluar, factores a evaluar y obligación de considerar la información remitida durante el procedimiento a la hora de una decisión sobre el proyecto- de la Directiva 85/337 en su redacción originaria. Literalmente se afirma en el apartado 40 de esta sentencia: "...las disposiciones consideradas imponen, pues, sin equívocos, a las autoridades nacionales competentes en materia de autorización, la obligación de efectuar una evaluación de impacto ambiental de determinados proyectos".

Una conclusión resulta evidente. Y es que, al menos desde la perspectiva comunitaria no resulta indiferente cuál sea la interpretación dada a las normas del derecho comunitario, aunque afecte exclusivamente a Derecho interno²². Esto nos obliga a interpretar la legislación nacional de forma compatible a los principios e intereses públicos comunitarios. El efecto útil de las Directivas, en palabras de GARCIA DE ENTERRIA, debe siempre preservarse²³. Es más, las propias Directivas están imponiendo una determinada interpretación de las normas nacionales, una interpretación *secundum directivam*²⁴. De esta forma, en las mismas Directivas se encuentra el mecanismo para dar solución a los (no tan) hipotéticos conflictos entre el resultado a alcanzar, fijado por la Directiva, y los medios y la forma para ello, seleccionados por los Estados miembros.

²¹ Por todos, KRÄMER, Ludwig, *Sobre el efecto directo de las directivas comunitarias de medio ambiente*, "Revista de Derecho ambiental", núm. 7, enero-junio 1991, pp. 9-25.

²² BAÑO LEÓN, José María: "La influencia del Derecho Comunitario en la interpretación de la Ley de contratos de las Administraciones Públicas", *Revista de Administración Pública* nº 151, enero/abril 2001, pág. 12. En la misma línea, NOGUERA DE LA MUELA, señala que la Ley de contratos tiene su razón de ser en el Derecho Comunitario, de manera que aquélla sólo puede ser correctamente entendida en el contexto de este Derecho. P., 113.

²³ GARCÍA DE ENTERRÍA, E., "El ámbito subjetivo de aplicación de la Ley", en GÓMEZ-FERRER MORANT, R.: "Comentario a La Ley de contratos de las Administraciones Públicas", Civitas, Madrid, 2004, pág. 93.

²⁴ Compartimos en este punto la opinión de ORDOÑEZ SOLÍS, a tenor de la cual, la obligación de interpretar las normas nacionales de ejecución *secundum directivam comunitariam* favorece la naturaleza y la finalidad de estas peculiares normas comunitarias, que sólo dejan en manos de las autoridades nacionales la elección de la forma y de los medios. "La

En todo caso, un problema es determinar que preceptos tienen alcance directo²⁵. Y en este punto difiero del parecer de la JCCA, pues a mi entender la gran mayoría de los preceptos son claros precisos e incondicionados, por lo que despliegan efecto directo. Por supuesto son de aplicación ya las definiciones del artículo 1 la Directiva 18/2004 (lo que afecta, entre otros, al 220 LCAP), y los artículos 2, 2, 4,5, 6 (Disposiciones Generales), 8, 9, 10, 14, 15, 16 a 27 (Exclusiones y pliegos), 28,30 31, 32 y 33 (estos dos últimos por que ya se permite con la vigente LCAP), y 34 (normas de procedimiento), 35 a 43 (publicidad y anuncios), 44 a 52 (desarrollo del procedimiento), 53, 55 (adjudicación de contratos), 56 a 65(concesión de obra pública) 66 a 74 (concurso de proyectos) y 75 y 76 (obligaciones estadísticas).

Obviamente, esta situación debe ser transitoria y no debería prolongarse en el tiempo. Debe pues, abordarse con urgencia y seriedad la trasposición evaluando previamente, como bien sugiere S. ARROWSMITH, cual debe ser la técnica jurídica más conveniente para alcanzar efectivamente este objetivo²⁶. En todo caso, conviene recordar que cuando se produzca la transposición al ordenamiento español de la citada normativa comunitaria no podremos por ese hecho “olvidarnos de ella en el día a día”, ya que desde una perspectiva estrictamente formal, la norma nacional y sus modificaciones exigen un detallado examen de sus condiciones o requisitos técnico-formales a fin de determinar su validez, pues en la medida en que se vaciara de contenido preceptos de las Directivas comunitarias sería de aplicación la jurisprudencia contenida en el Auto del TJUE de 22 de abril de 1994, en la que se afirma que el incumplimiento del contenido de una Directiva aplicable a un contrato público constituye un perjuicio grave para la legalidad comunitaria, de tal manera que en el mismo se reconoce a la Comisión, en su condición de guardiana de los Tratados, la posibilidad de incoar un procedimiento sobre medidas provisionales paralelamente a un recurso por incumplimiento vinculado a un procedimiento impugnado de

obligación de interpretar el Derecho nacional de conformidad con el Derecho Comunitario europeo”, *Boletín informativo del Ministerio de Justicia* núm. 1921, julio de 2002, p. 2354.

²⁵ En cuanto a los umbrales recuérdese que desde el 1 de febrero son de aplicación los previstos en el Reglamento (CE) núm. 2083/2005, de la Comisión, de 19 de diciembre de 2005, por el que se modifican las Directivas 2004/17/CE y 2004/18/CE del Parlamento Europeo y del Consejo en lo que conciernen a sus umbrales de aplicación en materia de procedimientos de adjudicación de contratos.

²⁶ ARROWSMITH, S., “ Una evaluación de las técnicas jurídicas para la transposición de las directivas de contratación pública”, en libro col dir. V. LOPEZ-IBOR, *La contratación pública en los llamados sectores excluidos*, Civitas, Madrid, 1997, pp. 75.102.

adjudicación de un contrato público. Asimismo, quedará abierta la vía de la responsabilidad patrimonial del Reino de España por incumplimiento de Derecho comunitario, tal y como han puesto de relieve las recientes sentencias del TJUE de 19 de enero de 1991 (*Francovich*), 16 de diciembre de 1993 (*Wagner Miret*), 14 de julio de 1994 (*Faccini Dori*) y 7 de marzo de 1996 (*El Corte inglés c. Cristina Blázquez*). Según esta jurisprudencia, el Estado incumplidor deberá resarcir a todos aquellos perjudicados por el incumplimiento en la adaptación del Derecho comunitario, siempre y cuando exista, claro está, nexo causal, entre dicho perjuicio y la no transposición de las normas comunitarias²⁷. Jurisprudencia consolidada por las SSTJUE de 5 de marzo (*Brasserie du Pecheur-Factortame*) y de 26 de marzo (*British Telecom*) de 1996, que ha ido más lejos reconociendo que el Estado puede ser responsable de los perjuicios (entre los que se encuentra el lucro cesante) que se ocasionen por una infracción del Derecho comunitario. Finalmente, deberá tenerse en cuenta el posible efecto directo por transposición incorrecta, tal y como viene reiterando la jurisprudencia del TJCE (recientemente, entre otras, sentencias de 23 de febrero y 3 de marzo de 1994, y de 11 de agosto de 1995) el efecto directo (vertical) de las Directivas comunitarias incumplidas si sus preceptos, por su naturaleza, son susceptibles de generar dicho efecto²⁸. Criterio por lo demás ya consolidado por la jurisprudencia del TJCE cuyas sentencias *Beentjes*, de 20 de septiembre de 1988, y *Fratelli*, de 22 de junio de 1989 (relativas en este caso a contratos públicos) reconocen el efecto directo por no transposición en plazo de Directivas comunitarias “en cuanto a

²⁷ De la misma y su concreto contenido y significado da perfecta cuenta COBREROS MENDAZONA, en su reciente monografía *Incumplimiento del Derecho comunitario y responsabilidad del Estado*, Civitas, Madrid, 1994. Sobre estas mismas sentencias y las posteriores, entre los trabajos más recientes puede consultarse a J.M. ARIAS RODRIGUEZ y S.CORROCHANO JEREZ, “Reflexiones sobre la sentencia del Tribunal Constitucional 45/1996, de 25 de marzo, y la incidencia del Derecho comunitario”, Poder Judicial núm. 41-42, 1996, págs. 510-522.

²⁸ Por todos, en relación a esta jurisprudencia del TJCE, pueden consultarse, R. ALONSO GARCIA, *Derecho comunitario. Sistema Constitucional y Administrativo de la Comunidad Europea*, Ceura, Madrid, 1994, págs. 267-275; S. MUÑOZ MACHADO, *El Estado, el Derecho interno y la Comunidad Europea*, Civitas, Madrid, 1986, págs. 133-137; LEZERTUA RODRIGUEZ, *La doctrina jurisprudencial sobre el efecto directo de las directivas comunitarias*, “RVAP”, núm. 11, 1985, págs. 275 y ss; JIMENEZ-BLANCO CARRILLO DE ALBORNOZ, *El efecto directo de las directivas de la Comunidad Europea*, “RAP”, núm. 109, 1986, págs. 119 y ss.; y TRAYTER JIMENEZ, *El efecto directo de las directivas comunitarias: el papel de la Administración y los jueces en su aplicación*, “RAP”, núm. 125, 1991, págs. 227 y ss. En concreto para la contratación pública se puede consultar A. COLABIANCHI, *Direttive*

las disposiciones incondicionales y suficientemente precisas de las Directivas, siendo responsabilidad de los Estados miembros el incumplimiento de este deber de adaptación” (STJCE 19 noviembre de 1991) Así se deriva, por cierto, del principio comunitario de deber de cooperación leal, en virtud del cual no valen las simples prácticas administrativas, por naturaleza modificables discrecionalmente, para entender que una Directiva haya sido directamente ejecutada²⁹.

Como conclusión a lo expuesto y a modo de simil con las obras de construcción, bien puede decirse que el actual Anteproyecto de LCSP se presenta como un hormigón con ingredientes insuficientes, mal mezclados, y con poco tiempo para que frague, por lo que, de no remediarse, su aprobación puede resquebrajar los cimientos estructurales de la política de contratación pública, impidiendo conseguir o alcanzar los fines públicos a los que se dirige. Una elemental prudencia aconseja la reflexión serena y la corrección a tiempo, pues necesitamos la mejor de la Ley de Contratos Públicos posible, pues no puede olvidarse el carácter estructurante del ordenamiento jurídico administrativo de esta norma y su gran impacto en la economía (el 16 por ciento del PIB es compra pública)³⁰. Y, hasta que se produzca la efectiva trasposición, es ya de aplicación la Directiva 18/2004 en sus preceptos con efecto

comunitarie sugli applati: efficacia diretta per la pubblica amministrazione, “Giurisprudenza Civile”, 1990, vol. I, pág. 8.

²⁹ Este principio aparece aplicado en la sentencia *Factortame* de 19 de julio de 1990, deduciéndolo del artículo 5 TCE, estableciendo la obligación de los jueces de intervenir, incluso inaplicando leyes, para depurar el ordenamiento interno y conseguir una aplicación exacta e inmediata del Derecho comunitario. Vid. GARCIA DE ENTERRIA, *La sentencia Factortame del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas*, “REDA”, núm. 67, 1990, págs. 401 y ss. Verticalidad del efecto directo que, creo, en nada se ve cuestionada en los casos de que el ente contratante fuera una empresa privada “tutelada” o “influenciada” por un poder público, pues dicha presencia pública (aun indirecta), desde una comprensión leal del ordenamiento jurídico comunitario, implicaría que más que en presencia de una relación *inter privatos*, nos encontramos en presencia de una relación jurídico-pública en su esencia (desde una perspectiva funcional, claro está). Se trataría, en definitiva, de interpretar el derecho nacional de conformidad con la finalidad de la Directiva no incorporada, tal y como ya propusiera la STJCE de 10 de abril de 1984, en la que se negó la imposibilidad del efecto directo horizontal. Como recuerda BAÑO LEON, la Jurisprudencia del TJCE ha establecido el interés comunitario en cualquier concepto que proviene del derecho comunitario, como sucede con las reglas procedimentales de los contratos públicos. “La influencia del derecho comunitario en la interpretación de la Ley de contratos de las Administraciones Públicas”, RAP 151, 2000, p. 37

³⁰ Vid al respecto M. CARLON RUIZ, “La Ley de contratos de las Administraciones Públicas y su carácter estructurante del ordenamiento jurídico”, en libro colectivo dirigido por R. GOMEZ-FERRER MORANT *Comentarios a La Ley de Contratos de las Administraciones Públicas*, Civitas, Madrid, 2004, pp. 1801-1823

directo, quedando desplazada la LCAP en cuanto se oponga a la misma por aplicación del principio de primacía del derecho comunitario³¹.

II.- ALCANCE DEL CONCEPTO “PODER ADJUDICADOR”. CRITERIOS INTERPRETATIVOS

Una cuestión como la relativa al ámbito subjetivo es ciertamente decisiva a la hora de concluir si la aplicación del Derecho comunitario de la contratación pública en España es correcta, pues la consideración de que sujetos y que objetos contractuales se someten a la norma supone, en la práctica, el cumplimiento o la fuga de la citada normativa y de sus principios, pues los subterfugios formales o nominalistas suelen ser la excusa para intentar eludir la aplicación de las reglas europeas.

A estos efectos, las Directivas “clásicas” establecen la obligación de aplicar las normas de contratación pública a quienes revisten la consideración de poderes adjudicadores: “el Estado, los entes territoriales, los organismos de derecho público y las asociaciones constituidas por uno o más de dichos entes o de dichos organismos de derecho público”³².

Se entiende por organismo de derecho público cualquier organismo:

- creado para satisfacer específicamente necesidades de interés general que no tengan carácter industrial o mercantil,
- dotado de personalidad jurídica, y
- cuya actividad esté mayoritariamente financiada por el Estado, los entes territoriales u otros organismos de derecho público, o bien, cuya gestión se halle sometida a un control por parte de estos últimos, o bien, cuyo órgano de

³¹ Por todos me remito al ya clásico trabajo de S. MUÑOZ MACHADO, “ Los principios de articulación de las relaciones entre el Derecho Comunitario y el interno y las garantías jurisdiccionales para su aplicación efectiva”, en libro col. *El Estado, el Derecho Interno y la Comunidad Europea*, Civitas, Madrid, Tomo II, 1986, pp. 115 y ss.. También R. ALONSO GARCIA, *El Juez español y el Derecho Comunitario*, CGPJ, Madrid, 2003.

³² Para la determinación del ámbito subjetivo, las Directivas, tal y como han indicado MORENO MOLINA Y PLEITE GUADAMILLAS, adoptan un criterio mixto, de carácter definitorio por una parte, y enumeratorio de otro. De un lado enumeran las figuras subjetivas definibles como públicas, y de otro definen lo que son los organismos de derecho público, atendiendo a unos índices relevantes: satisfacción de necesidades de interés general que no tengan carácter mercantil, personalidad jurídica propia, financiación pública mayoritaria y control público de la gestión. *Nuevo régimen de contratación administrativa*, La Ley, Madrid, 2003, p. 84.

administración, de dirección o de vigilancia esté compuesto por miembros de los cuales más de la mitad sean nombrados por el Estado, los entes territoriales u otros organismos de derecho público³³.

Es este, sin duda, el principal problema pues de su interpretación -formal o sustancial- se extraen distintas consecuencias jurídicas. Y la solución debe ser unívoca en todos los Estados sin que desde la legislación o aplicación de la misma por éstos pueda desnaturalizarse el concreto significado de la noción “poder adjudicador” que debe ser comprendida exclusivamente desde la óptica y funcionalidad del Derecho comunitario.

1.- Las posibles interpretaciones legales: una aproximación

Al efecto, conviene recordar y desgranar el modelo de sujeción, de carácter gradual, que ofrece la LCAP, que puede concretarse en lo siguiente³⁴:

1) Las Administraciones territoriales y los organismos autónomos se consideran en todo caso poder adjudicador, debiendo someterse a lo dispuesto por la Ley (artículo 1.1 y 2 LCAP). Igualmente, conviene precisar que esta regulación será aplicable, como derecho supletorio, a los actos contractuales que realicen los órganos constitucionales³⁵.

2) Deben asimismo ajustar su actividad contractual a las reglas de la LCAP las entidades de derecho público con personalidad jurídica propia, vinculadas o dependientes de cualquiera de las Administraciones Públicas, siempre que en aquéllas se del los siguientes requisitos:

³³ Sobre el ámbito subjetivo de las Directivas comunitarias sobre contratación pública puede consultarse M.M. RAZQUIN LIZARRAGA, *Contratos públicos y Derecho Comunitario*, Aranzadi, Pamplona, 1996, pp.223-225; y MORENO MOLINA, *Contratos públicos: Derecho comunitario y derecho español*, Mac Graw Hill, Madrid, 1996, pp. 148 y ss. También, más recientemente, el libro de B. NOGUERA DE LA MUELA, *El ámbito subjetivo de aplicación de la nueva Ley de Contratos de las administraciones Públicas*, Atelier, Barcelona, 2001.

³⁴ Como destacan RUIZ OJEDA y BERNALDO DE QUIROS, la LCAP realiza un diseño gradual del ámbito de aplicación subjetiva, *Comentarios a la Ley de Contratos de las Administraciones públicas y a su Reglamento de desarrollo parcial*, Civitas, Madrid, 1996, pág. 40. La Ley Foral 10/1998, de 19 de junio, de Contratos de las Administraciones públicas de Navarra realiza una definición del ámbito subjetivo que, sin duda, resulta, a la par que clara, más adecuada al espíritu de la normativa comunitaria.

³⁵ Vid. LAVILLA RUBIRA, “La contratación de los órganos constitucionales y de relevancia constitucional”, en libro col. *Derecho de los Contratos Públicos*, Práxis, Barcelona, 1995, pág. 155 y ss. En este mismo sentido MONTERO CASADO DE AMEZUA, en libro col. *Comentario a la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas*, BOE, Madrid, p. 41.

a) Que hayan sido creadas para satisfacer específicamente necesidades de interés general que no tengan carácter industrial o mercantil³⁶.

b) Que se trate de entidades cuya actividad esté mayoritariamente financiada por las Administraciones Públicas u otras entidades de derecho público, o bien, cuya gestión se halle sometida a un control por parte de estas últimas, o cuyos órganos de Administración, de dirección o de vigilancia estén compuestos por miembros más de la mitad de los cuáles sean nombrados por las Administraciones Públicas y otras entidades de derecho público” (artículo 1.3 LCAP).

3) Las Entidades de Derecho público que no estén incluidas en el supuesto anterior (artículo 2.1), deberán aplicar las prescripciones relativas a la capacidad, publicidad, procedimientos de licitación y formas de adjudicación respecto de contratos de obra, consultoría, servicios y trabajos específicos y concretos no habituales relacionados con los primeros, siempre que se supere el umbral económico previsto por la norma y que la principal fuente de financiación de dichos contratos proceda de transferencias o aportaciones de capital provenientes directa o indirectamente de cualesquiera Administraciones Públicas. A su vez, quedan sometidos a las referidas prescripciones las empresas privadas cuando dichas empresas hayan obtenido una subvención administrativa relacionada con el objeto del contrato superior al cincuenta por ciento del importe (artículo 2.2 LCAP). En este caso, por la intensidad de la relación de especial sujeción derivada por la obtención de una medida de fomento de desarrollo económico se acude no al criterio subjetivo sino al dato funcional de quién es el que realmente financia o asume el costo principal de dicho contrato, entendiéndose que en estos casos nos encontramos con la presencia indirecta pero decisiva de un poder público³⁷.

4) Finalmente, las sociedades estatales con forma mercantil deberán ajustar su actividad contractual a los principios de publicidad y concurrencia, salvo que la naturaleza de la operación a realizar sea incompatible con estos principios (Disposición Adicional Sexta)³⁸.

³⁶ LOPEZ BENITEZ aporta criterios para interpretar la nota “carácter comercial” cuando parece existir ánimo de lucro, “Los poderes adjudicadores en el derecho comunitario y en la Ley de contratos de las Administraciones públicas”, Noticias de la Unión Europea núm. 136, 1996, pp. 60 y ss.

³⁷ El ámbito subjetivo de la LCAP no depende, como se demostrará, de la condición formal o institucional del sujeto, sino de los fondos que maneja cuando contrata. RUIZ OJEDA y BERNALDO DE QUIROS, *Comentarios...*, ob. cit., pág. 49

³⁸ Disposición que, por su finalidad y fundamento práctico de la excepción al régimen contractual fue objeto de críticas por la doctrina. Entre otros, SALA ARQUER (“La privatización del Estado: pros y

Obviamente, no plantea problemas el supuesto de las Administraciones territoriales y de organismos autónomo³⁹. No puede predicarse lo mismo en los supuestos de descentralización funcional, ya sea a través de la creación de entes públicos (en sus distintas variedades), ya sea mediante la creación de formas societarias de naturaleza privada. Surge así el problema a la hora de determinar, para cada caso concreto, que ente tiene la consideración de poder adjudicador a efectos de aplicar las reglas sobre contratación pública, lo que se presenta, lógicamente, como una cuestión indudablemente vital de cara a que, al menos los objetivos de publicidad, concurrencia e igualdad puedan ser efectivos, presentándose como la primera regla o mandamiento básico de la Ley⁴⁰. Así debe entenderse la atención prestada por la doctrina a este asunto, como principal instrumento para hacer frente a la conocida y preocupante -por patológica- “fuga del Derecho Administrativo”⁴¹. Esto obliga a realizar una reflexión (con interpretaciones correctoras en su caso) de cara a poder precisar a qué entes es de aplicación la normativa sobre contratación pública⁴².

contras”, en ARIÑO ORTIZ, *Empresa pública y privatizaciones: una polémica abierta*, Madrid, 1995, pág. 116; RIVERO ORTEGA, *Administraciones públicas y Derecho Privado*, Marcial Pons, Madrid, 1998, pág. 262, PEREZ MORENO, “La contratación de los entes instrumentales: sociedades mercantiles y demás entidades del sector público”, en el libro col. dirigido por R. Gómez-Ferrer *Comentario a la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas*, Civitas, Madrid, 1996, págs. 867-872. A esto debe añadirse la difícil fiscalización de la correcta aplicación de estos principios, tal y como pone de relieve CRESPO RODRIGUEZ, “La nueva Ley de Contratos de las Administraciones Públicas y su ámbito subjetivo de aplicación”, *Noticias de la Unión Europea*, núm. 136, 1996, pp. 30 y ss.

³⁹ Estos entes deben incluso en los supuestos de contratación en los denominados sectores especiales aplicar las reglas de la LCAP y no las de la Ley 48/1998, de 30 de diciembre.

⁴⁰ El problema principal viene dado por la interpretación que debe darse al párrafo 3 del artículo 1, considerado para algunos (ARIÑO ORTIZ, “Problemática actual de la contratación de las Administraciones públicas”, en libro col. *Contratación Pública*, Marcial Pons, Madrid, 1995) el fundamento o justificación de la actual huida del régimen de la contratación pública

⁴¹ Se da la paradoja de que, por otra parte, a las empresas privadas se les somete a controles cada vez más rígido, llegando, en el caso de la contratación en los sectores del agua, transporte, telecomunicaciones y energía, por imperativo de la normativa comunitaria (Directiva 93/38 y Ley 44/1998, de 30 de diciembre) a obligar a las empresas que ostentan derechos especiales o exclusivos a implantar mecanismos de contratación esencialmente públicos. Sobre la contratación en este campo me remito al libro dirigido por V. López-Ibor *La contratación pública en los llamados sectores excluidos*, Civitas, Madrid, 1997 y al trabajo de J.L. MEILAN y C. AYMERICH, “La contratación pública en los denominados sectores excluidos: consecuencias de la falta de incorporación de las Directivas 93/33/CEE y 92/13/CEE al Derecho español”, en libro col. *Competencia y sector eléctrico: un nuevo régimen jurídico*, Civitas, Madrid, 1998, pp. 119-147.

⁴² Como bien advierte el profesor S. MARTIN-RETORTILLO, se constata un *clima* -que cabe calificarlo cuando menos de equivoco- que aboga por eludir o reducir en variados supuestos concretos la aplicación de esta Ley. “Reflexiones sobre la “huída del Derecho Administrativo””, *RAP* núm. 140, 1996, págs. 46-47. Se viene así a demostrar la certera afirmación realizada por G. FERNANDEZ FARRERES sobre el mínimo entusiasmo del legislador a la hora de afrontar la reforma que implicaba la LCAP. “Ámbito objetivo y subjetivo de aplicación de la LCAP”, en libro col. dirigido por B. Pendás, *Derecho de los contratos públicos*, Práxis, Barcelona, 1995, págs. 234-235.

Interpretación correctora cuando se observa como la práctica legislativa y administrativa parecen haber optado por una interpretación literal del ámbito de aplicación, en cuya virtud podría deducirse que son de aplicación exclusiva las normas sobre contratación pública contenidas en esta Ley a las entidades sometidas al Derecho público, quedando por ello excluidas de las mismas las entidades sometidas al Derecho privado⁴³. En consecuencia, en la actualidad la “regla general” parece ser tanto la creación de entes instrumentales públicos que, sujetos al Derecho privado, realicen funciones administrativas, pero a los que no se les aplica, por expreso mandato legal, las reglas contenidas en la normativa vigente sobre contratación pública⁴⁴, como, y esto es más preocupante, la creación de sociedades mercantiles de naturaleza privada que, en virtud de su forma jurídica, se acogen a lo dispuesto en la Disposición Adicional Sexta LCAP, en las que las genéricas invocaciones a los “principios de publicidad y concurrencia” o de “salvaguardia del interés del Ente” y “homogeneización del sistema de contratación en el sector público” no pasan de ser un mal sucedáneo destinado a salvaguardar las apariencias⁴⁵. En este caso, y existen bastantes ejemplos, puede afirmarse que la huida es total⁴⁶.

Asimismo, otro ejemplo, igualmente “peligroso”, viene dado por la reciente tendencia a la creación de fundaciones privadas de iniciativa pública⁴⁷, que se están

⁴³ Para RIVERO ORTEGA, la práctica de la huida se debe a la insatisfacción de la Ley a la hora de adaptarse a las actuales necesidades de la economía, por no agilizar los procedimientos de contratación. Afirmación que no compartimos, pues los procedimientos no son obstáculo a una adecuada competencia, como lo demuestra el que sean incorporados y utilizados por empresas privadas cuando se opera en los sectores de la energía, agua, transporte o telecomunicaciones. Al efecto pueden consultarse los distintos trabajos que se contienen en el libro ya citado de V. LOPEZ-IBOR, así como el libro colectivo *Contratación empresarial en los sectores de transporte, energía, telecomunicaciones y agua potable. Los llamados contratos de interés público*, Cámara de Comercio e Industria de Madrid, 1996.

⁴⁴ Me remito en este punto a lo expuesto en mi trabajo “Una valoración crítica...”, ob. cit., págs. 129 y ss.

⁴⁵ SALA ARQUER, “Huida al Derecho privado y huida del Derecho”, REDA núm. 75, 1992, p. 411 (en nota núm. 33).

⁴⁶ Vid. J.L. MARTÍNEZ-LÓPEZ MUÑIZ en la crítica que a esta forma de actuar, especialmente utilizada en el campo de las infraestructuras, hace en su trabajo. “Sociedades públicas para construir y contratar obras públicas”, RAP 144, 1997, pp. 45-74.

⁴⁷ Sobre esta cuestión vid. J.L. PIÑAR MAÑAS, Fundaciones constituidas por entidades públicas: Algunas cuestiones”, REDA núm. 97, 1998, pág. 49; y J.L. BERMEJO LATRE, “La huida del Derecho Administrativo a través de las fundaciones privadas de iniciativa pública”, en el libro homenaje al profesor R. Martín Mateo, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000, pp. 935-960. Paradigma de lo que se acaba de exponer es lo dispuesto en la Ley de *Acompañamiento* de 30 de diciembre de 1998, al permitir que los hospitales de las INSALUD puedan adoptar la forma jurídica de fundaciones públicas, si bien en lo que hace referencia a la contratación adopta un criterio críptico que no aclara si se somete plenamente o no a las reglas de la LCAP, al establecer una genérica sumisión a los principios de concurrencia y publicidad pero respetando las previsiones de la LCAP. Sobre este supuesto puede verse la crítica de MORELL

utilizando para fines y competencias públicos (como lo es, por supuesto, la financiación), pero sometándose, al amparo de la Ley de Fundaciones, a la normativa privada. Es evidente, que en estos caso, la figura de la fundación se utiliza exclusivamente como técnica y no como forma fundacional.

Estas interpretaciones conducen a la inaplicación del régimen dispuesto por la LCAP (y, recuérdese, las Directivas comunitarias que desarrolla), y vienen a convertir en muchos casos al contenido de esta normativa en una simple declaración de principios, dejando sin sanción jurídica adecuada la exigencia de publicidad y concurrencia, salvaguardia del interés del ente y homogeneización del sistema de contratación en el sector público⁴⁸. Esta práctica normativa consagra definitivamente la huida del Derecho público de la contratación, puesto que bastará con crear entidades o sociedades instrumentales como las descritas -que sujetan su actividad al Derecho privado- para eludir la aplicación de la contratación pública no sólo en cuanto al fondo, sino también en cuanto a los actos de preparación y adjudicación de los contratos⁴⁹. Y ello implica, por consiguiente, la “fuga” en la aplicación de principios administrativos como la objetividad y transparencia que podría producir una quiebra del interés general, de tal manera que la eficacia económica buscada se traduciría -y esto es grave- en una disminución en la satisfacción del interés público, así como en un incremento de situaciones favorecedoras de la corrupción⁵⁰.

2.- La necesidad de un criterio corrector: la noción amplia y funcional de “poder adjudicador”.

La doctrina, a la hora de interpretar el ámbito subjetivo de la LCAP, ha aportado distintas soluciones, que han variado en función de la hermeneútica -formal o funcional- utilizada al efecto. Así, sobre la base de lo dispuesto en la mencionada regulación legal, algunos autores entienden que existe libertad de cada autoridad

OCAÑA y de RUIZ OJEDA en el libro colectivo coordinado por este último autor titulado *Manual de Fundaciones*, Civitas, Madrid, 1999, págs. 261-263.

⁴⁸ Vid. sobre la situación anterior a la LCAP, pero aplicable en este momento, S. DEL SAZ, “La huida del Derecho administrativo: últimas manifestaciones. Aplausos y críticas”, RAP núm. 133, 1994, pág. 68.

⁴⁹ Así lo sostienen expresamente SALA ARQUER, “Huida al Derecho privado”, ob. cit., p. 411; y S. DEL SAZ, “La huida...”, ob. cit. p. 70. En realidad, como afirma GONZALEZ-VARAS IBÁÑEZ, lo que se consigue con tal sistema es que la Administración contrate sin tener que someterse a un control administrativo de la jurisdicción contencioso-administrativa. *Problemas procesales actuales de la jurisdicción contencioso-administrativa*, ob. cit., p. 167.

⁵⁰ Como bien apunta PIÑAR MAÑAS, la eficacia en la resolución de problemas sólo tiene sentido si se traduce en una gestión objetiva de los intereses generales. Este postulado es absolutamente capital. Ninguna eficacia, ninguna privatización puede entenderse si con ella no se persigue ese servicio objetivo

nacional para incluir o excluir a los distintos entes instrumentales bajo las directrices de la LCAP⁵¹. Es cierto que de una interpretación literal del ámbito del artículo 1 LCAP (atendiendo a lo dispuesto en las Directivas comunitarias) podría deducirse que son de aplicación exclusiva las normas sobre contratación pública contenidas en esta Ley a las entidades sometidas al Derecho público, quedando por ello excluidas de las mismas las entidades sometidas al Derecho privado⁵². Y ello porque, a pesar de aparecer como criterio definidor en la LCAP el concepto omnicomprendido de “Entidad de Derecho Público”, en el Anexo Primero de la Directiva 89/440/ CEE, al enumerar los requisitos para ser considerados entes públicos, en el apartado correspondiente a España se hace alusión a “las demás personas jurídicas sometidas a un régimen público de adjudicación de contratos”, de donde puede deducirse que los entes públicos que sujetan su actividad al Derecho privado y las empresas públicas, sea cual sea su objeto social, no estarían incluidas en el ámbito de aplicación de estas Directivas.

Se trata, sin embargo, de una antinomia aparente pues, para saber qué organismos son de Derecho público, o mejor, tienen la consideración de poder adjudicador, debemos estar a lo dispuesto en el art. 1 de estas Directivas: todos aquellos entes dotados de personalidad jurídica, controlados por la Administración o cuyos directivos son nombrados por ella y que, asimismo, se financian con fondos públicos. Se trata, en definitiva, como venimos insistiendo, de hacer una interpretación sistemática y teleológica que atienda a la naturaleza real del contrato en cuestión⁵³, y que permita, en definitiva, conseguir un efecto útil de la normativa comunitaria sobre contratación pública⁵⁴.

Esta interpretación es la que se impone, como afirma S. DEL SAZ, en primer lugar, porque de estas Directivas se deduce la preferencia de las definiciones de su

de los intereses generales. “Privatización de empresas públicas y Derecho comunitario”, RAP núm. 133, 1994, p. 28.

⁵¹ RIVERO ORTEGA, *Administraciones públicas y Derecho privado*, Marcial Pons, Madrid, 1998, págs. 246-247.

⁵² Así lo advierte PIÑAR MAÑAS, al considerar que el ámbito subjetivo de estas Directivas, en cuanto no se incluyen claramente en el mismo a las empresas públicas, permiten su no aplicación a éstas de tal manera que sigue siendo posible la “huida” de las mismas a través de personificaciones instrumentales sujetas al Derecho privado. “Privatización de empresas públicas...”, ob. cit., pp. 43-44.

⁵³ Vid., por todos, BAÑO LEON, “El proyecto de Ley de contratos de las administraciones públicas”, en Anuario de Derecho Local 1995, Marcial pons, Madrid, p. 67; E. MALARET, “Las sociedades para la construcción de obras hidráulicas”, en libro col. El nuevo derecho de aguas, Civitas, Madrid, 1998, pág. 128 y 134, G. FERNANDEZ FARRERES, “Ambito subjetivo...”, ob. cit., págs. 232-233 y M.M. RAZQUIN, Contratos públicos..., ob. Cit., pp. 223-257..

articulado sobre las del Anexo. En segundo lugar, porque de entender, como han pretendido algunos autores, que la lista del Anexo tiene carácter exhaustivo y que prima sobre la definición no tendría ningún sentido haber introducido una definición de “Ente de Derecho público”, bastaría con haber remitido directamente al Anexo. Finalmente, porque otra interpretación supondría un fraude del Derecho comunitario, burlando el espíritu y finalidad de estas Directivas, ya que si no se aplican los procedimientos comunitarios a los contratos públicos que sujetan su actividad al Derecho privado quedarían excluidas del ámbito de las mismas -a libre criterio de los Estados- la mayoría (y principales) contratos de los poderes públicos⁵⁵.

Teniendo en cuenta que el elemento teleológico está siempre presente en las Directivas comunitarias, es imprescindible realizar interpretaciones que garanticen la consecución del resultado que se persigue con la Directiva, que en el caso que nos ocupa se concreta en la apertura efectiva de la contratación pública⁵⁶. Por eso, es necesario interpretar su contenido en función de tal resultado, al objeto de evitar que mediante subterfugios legales se eluda el cumplimiento de las Directivas en cuestión (amén de los propios principios constitucionales)⁵⁷.

Dado que noción de “poder público” se presenta como el criterio delimitador de la aplicación del régimen jurídico-público de la contratación pública, debe realizarse un esfuerzo de interpretación de la definición a fin de evitar las restricciones del ámbito de aplicación de las Directivas para que éstas sean realmente eficaces y cumplan su finalidad última⁵⁸. Se impone, en definitiva, una interpretación subjetivo-funcional y no formal⁵⁹.

⁵⁴ MORENO MOLINA, *Contratos públicos: Derecho comunitario y derecho español*, ob. Cit., pág. 373,

⁵⁵ S. DEL SAZ, “La huida del Derecho administrativo...”, ob. cit., pág. 90. Igualmente MORENO MOLINA, *Contratos públicos...*, ob. cit., pág. 334.

⁵⁶ Se defiende, en definitiva, un concepto amplio de “Ente de Derecho Público”, que no tiene por qué coincidir con la categoría de los Entes públicos empresariales a la que se refiere actualmente la LOFAGE, atendiendo especialmente el fin perseguido por la norma que trata de garantizar plenamente la apertura de la contratación pública. Sólo con esta interpretación puede evitarse, como recuerda PENDAS GARCIA (“Administraciones públicas, contratos y contratistas; perspectivas polémicas de la LCAP”, en libro col. *Derecho de los contratos públicos*, ob. cit., pag. 13), la aplicación del refrán de la Ley y la trampa.

⁵⁷ Vid. PIÑAR MAÑAS, “Privatización de empresas públicas...”, ob. cit., pp. 39 y ss. Esto es lo que ha motivado al TJCE a interpretar las Directivas de acuerdo a sus objetivos huyendo, en los casos concretos, de interpretaciones excesivamente rigurosas. Al respecto pueden consultarse las SSTJCE de 16 de junio de 1987, 12 de julio de 1990 o 24 de abril de 1991, de las que se deduce que el objetivo final es que el TCE y, por tanto, los principios de un mercado único y no discriminación se cumplan realmente, evitando cualquier tipo de maniobra elusiva por parte de los Estados miembro.

⁵⁸ Respecto al sector material de actividad de los contratos públicos, la noción comunitaria de Administración Pública se presenta -de forma amplia- como la de cualquier aparato dotado de poderes discrecionales en la asunción de sus propias determinaciones, en cuyo caso está obligado a motivar las

3.- La solución a la luz de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea.

La cuestión anteriormente expuesta, resuelta en clave doctrinal, ha sido objeto de una reciente y muy interesante jurisprudencia del TJCE que, a mi juicio, ha despejado de todas dudas la interpretación que debe hacerse del concepto de poder adjudicador, que se obtiene de precisar el significado de los criterios o rasgos determinantes a los que se refiere la LCAP y las Directivas comunitarias de cara a entender sometido a un ente público al régimen de la contratación pública. Estos criterios o requisitos son tres: personalidad jurídica del sujeto contratante; control público o influencia dominante sobre dicho sujeto y prestación de una actividad que no sea exclusivamente industrial o mercantil y que presente notas de interés general⁶⁰. Analizaremos cada uno de estos requisitos:

adjudicaciones a fin de garantizar el desarrollo de una efectiva concurrencia en el sector de la contratación pública. Esta concepción, como se constatará, alcanza necesariamente a las fundaciones del sector público siempre que atiendan a necesidades de interés general. Vis. E. GARCIA DE ENTERRIA, "Ambito de aplicación de la Ley", Comentario a la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, ob. Cit., p. 101.

⁵⁹ Vid., por todos, G. FERNANDEZ FARRERES, "Ambito subjetivo...", ob. cit., pág. 239, A. RUIZ OJEDA/ J. GARCIA BERNALDO DE QUIROS, *Comentarios a la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas y su Reglamento de desarrollo parcial*, Civitas, Madrid, 1996, págs. 41-45; M. LOPEZ BENITEZ, "La Ley de Contratos de las Administraciones Públicas: su entronque desde el bloque de la constitucionalidad y su ámbito de aplicación", en el libro col. coordinado por F. Castillo, *Estudios sobre la contratación en las Administraciones públicas*, Comares, Granada, 1996, pág. 1-27; J.M. GIMENO FELIU, *El control de la contratación pública*, ob. cit., pág.125; RAZQUIN LIZARRAGA, *Contratos públicos y Derecho Comunitario*, Aranzadi, Pamplona, 1996, pág. 190. Este concepto funcional de "poder público", nos permite, por lo demás, proceder a "levantar el velo" de la personalidad de los entes instrumentales sujetos al Derecho privado, descubrir su verdadera condición de poderes públicos (por su origen; por su actuación, dominada totalmente por la Administración pública matriz; por su financiación, en cuanto que operan con dinero público procedente de ingresos de ese carácter) y sujetar al Derecho Administrativo los "actos separables" de su actividad privada. Opinión también sostenida ya antes por el profesor GARCIA DE ENTERRIA ("El concepto de personalidad jurídica en el Derecho Público", RAP núm. 129, 1991, pp. 203-204), y que también ha sido indicada por el profesor MUÑOZ MACHADO a propósito de la responsabilidad concurrente entre varias Administraciones. *La responsabilidad civil concurrente de las Administraciones Públicas*, Civitas, Madrid, 1992. Criterio reforzado por la propia LCAP al establecer que quedan sometidos a las mismas prescripciones que los poderes públicos en cuanto a publicidad y concurrencia aquellas empresas privadas que contraten si el objeto de dicha contratación se encuentre entre los concretos supuestos mencionados por el art. 2.2 de la LCAP si dichas empresas han obtenido una ayuda pública para el mismo superior al cincuenta por ciento del importe. Criterio del levantamiento del velo que, con carácter más general, es objeto de un interesante análisis por GONZALEZ-VARAS IBÁÑEZ, en su trabajo "Levantamiento del velo y Derecho Administrativo privado en el ámbito de la Administración Local", REALA núms. 274-275, págs. 361-400.

⁶⁰ Esta cuestión ha sido objeto de especial atención en mis trabajos "La necesaria interpretación subjetivo-funcional del concepto de poder adjudicador en la contratación pública", RAP 151, 2000, pp. 425-441; y "Las Directivas europeas sobre contratación pública: ámbito subjetivo y objetivo y sus relaciones con la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas", Noticias de la Unión Europea 205, 2002, pp. 61-73. Entre la doctrina más reciente, al margen de la que a continuación se citará, puede consultarse el trabajo de S. ORTIZ VAAMONTE, *Ambito subjetivo de aplicación de la Ley y de las*

1) En primer lugar, debe atenderse a la naturaleza de la actividad: satisfacer necesidades de interés general que no tengan exclusivo carácter mercantil, en cuyo caso, por tratarse de gestión económica, quedará justificada su sometimiento al régimen jurídico privado. Esta previsión y su concreción suscita importantes problemas interpretativos en la doctrina⁶¹, que ha llevado a que incluso cierto sector entienda que se puede presumir la existencia de actividad mercantil cuando el ente adjudicador reviste la forma de sociedad mercantil⁶². Al efecto conviene recordar como el propio Consejo de Estado, en su Dictamen de 14 de diciembre de 1995, excluyó del ámbito de aplicación de la Ley al ICEX, al considerar que cumplía una función industrial o mercantil⁶³. Es decir, se da prioridad a esta nota frente a la de que sea una actividad de interés general.

Pues bien, no es esa la interpretación que esta realizando, a mi juicio con acierto, el TJCE. Al efecto, la STJUE de 15 de enero de 1998 (Asunto C-44/96. Mannesmann) indica que, si hay una función de interés general -indudable cuando el ámbito de la actividad se designa habitualmente bajo la expresión de “obligaciones de servicio público-, al margen de que la actividad tenga vertientes mercantiles o industriales, se produce una vis atractiva del primer elemento, debiendo entenderse a ese ente sometido a la reglas de contratación pública⁶⁴. En consecuencia, los entes instrumentales que presten un servicio público o tengan que cumplir con obligaciones de servicio público, se encuentran sometidos al régimen de la LCAP. La STJCE de 10 de noviembre de 1998 (Asunto C-360/96. ARA) insiste en esta idea⁶⁵,

Directivas comunitarias de contratación pública”, en libro col *Comentario a la Ley de contratos de las Administraciones Públicas*, Civitas, Madrid, 2004, pp. 1461-1529.

⁶¹ GARCIA DE ENTERRIA, “Ambito subjetivo...”, ob. cit., pág. 110; R. PARADA, *Derecho Administrativo*, vol. I, Marcial Pons, Madrid, 1998, pág.

⁶² RIVERO ORTEGA, pág. 246. En opinión de este autor, el propio tenor de la Directiva (y, por ende, de la LCAP), ha permitido la “fuga” de una gran parte de los entes instrumentales sujetos al Derecho privado.

⁶³ Una crítica a esta Resolución puede verse en RUIZ OJEDA y BERNALDO DE QUIROS, *Comentario...*, ob. cit., pág. 42-45.

⁶⁴ El supuesto de hecho se refiere a si la Imprenta estatal austriaca, con forma societaria, debe someterse o no a las normas de licitación pública en los casos de realizar otras funciones no oficiales. La trascendencia de esta jurisprudencia (de la que da cuenta M. FUERTES “Personificaciones públicas y contratos administrativos. La última jurisprudencia del tribunal de justicia de la Comunidad Europea”, *REALA* núm. 279, 1999, pp. 25 a 34) es que, como es habitual, impone una interpretación que debe ser uniforme para todos los Estados miembros sin que exista, por ello, margen alguno de discrecionalidad. Al respecto me remito al clásico trabajo de R. ALONSO GARCIA, “La ejecución normativa del Derecho comunitario europeo en el ordenamiento español”, *RAP* núm. 121, 1990, págs. 215-216. *Ibidem*, *Derecho Comunitario*, Ceura Madrid, 1994, págs. 286-294.

⁶⁵ La cuestión es si una empresa pública -ARA- se considera o no poder adjudicador. El supuesto resulta muy elocuente. En 1993, dos municipios proyectaron fusionar los servicios municipales de

entendiendo que estamos en presencia de un poder adjudicador cuando la función es de interés general, aunque, y este dato es de gran relevancia, la actividad se preste en régimen de competencia. Es decir, prima el dato teleológico de la actividad que desarrolla ese ente adjudicador⁶⁶. En esta jurisprudencia se distingue, en definitiva, entre necesidades de interés general que tengan carácter industrial o mercantil con las necesidades que no tengan dicho carácter⁶⁷.

Criterio que no se ve afectado por el hecho de que empresas privadas satisfagan o puedan satisfacer las mismas necesidades que éste, ya que la inexistencia de competencia no es un requisito necesario para definir a un organismo de Derecho público⁶⁸.

En el caso de autos, es indiscutible que la recogida y el tratamiento de basuras domésticas pueden considerarse como una necesidad de interés general. Dado que el grado de satisfacción de esta necesidad que se estime necesario por razones de salud

recogida de residuos y encomendar esta tarea a una nueva persona jurídica. Mediante acuerdos de 6 y 28 de junio de 1994, los municipios de Arnhem y Rheden decidieron respectivamente constituir la sociedad anónima ARA y encomendarle una serie de tareas, previstas en la Ley, en el ámbito de la recogida de basuras y, en el caso del municipio de Arnhem, de la limpieza de la vía pública. ARA fue constituida el 1 de julio de 1994. El artículo 2 de sus Estatutos prevé: “1. La sociedad tiene por objeto: a) la realización de todas las actividades, en el ámbito económico, que tengan por finalidad (hacer) recoger (y en la medida de lo posible reciclar), de una forma eficiente, efectiva y justificada desde el punto de vista del medio ambiente, residuos, tales como residuos domésticos, residuos industriales y otros flujos parciales de residuos que se determinarán, así como la realización de actividades en el ámbito de la limpieza de la vía pública, erradicación de plagas y desinfección; b) la constitución (común) de empresas, la cooperación con empresas, la participación en empresas, la gestión y supervisión de empresas, así como la adquisición y financiación de otras empresas cuyas actividades guarden alguna relación con las operaciones descritas en el apartado a) anterior; c) la realización de todas las operaciones que, en el ámbito económico, guarden relación con las operaciones, actividades y actos anteriores o que puedan favorecerlos (siempre y cuando con ellas se satisfagan necesidades de interés general).

⁶⁶ Esta misma doctrina se recoge en las STJCE de 17 de diciembre de 1998 (Asuntos *Irish Forestry Board*) en las que se afirma que la sociedad anónima creada para la gestión de los recursos forestales tiene la consideración de poder adjudicador. Comenta esta doctrina M.M. RAZQUIN, “La jurisprudencia del TJCE sobre contratación pública”, *Justicia Administrativa* núm. 6, 2000, pp. 15 y ss. Y MORENO MOLINA “La reciente jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas en materia de contratos públicos”, *RAP* 151, 2000, pp. 321-328.

⁶⁷ En efecto, si el legislador comunitario hubiera estimado que todas las necesidades de interés general no tienen carácter industrial o mercantil, no lo habría especificado ya que, desde este punto de vista, el segundo elemento de la definición carecería de utilidad.

⁶⁸ No obstante, debe destacarse que la existencia de competencia no carece totalmente de pertinencia a la hora de responder a la cuestión de si una necesidad de interés general no tiene carácter industrial o mercantil. En efecto, la existencia de una competencia desarrollada y, en particular, el hecho de que el organismo de que se trate actúe en situación de competencia en el mercado, puede ser un indicio de que no se trata de una necesidad de interés general que no tenga carácter industrial o mercantil. Así lo reitera la STJCE de 10 de mayo de 2001, al afirmar que Los Organismos públicos que tienen por objeto desarrollar actividades dirigidas a la organización de ferias, exposiciones y otras iniciativas similares, que carece de ánimo de lucro, pero cuya gestión se basa en criterios de rendimiento, eficacia y rentabilidad, y que operan en un entorno competitivo no son un organismo de Derecho público a efectos de las Directivas de contratación pública.

pública y protección de medio ambiente quizás no se consiga si los operadores económicos privados ofrecen, total o parcialmente, a los particulares servicios de recogida, esta actividad pertenece a aquellas respecto de las cuales un Estado puede decidir que deben ser realizadas por autoridades públicas o sobre las que dicho Estado quiere conservar una influencia determinante.

Por otra parte, debe recordarse lo que el Tribunal de Justicia afirmó en el apartado 25 de la sentencia *Mannesmann Anlagenbau Austria* y otros, antes citada, que es indiferente que, además de cumplir la función de satisfacer necesidades de interés general, una entidad pueda desempeñar otras actividades. El hecho de que la satisfacción de necesidades de interés general sólo constituya una parte relativamente poco importante de las actividades realmente emprendidas por tal entidad tampoco es pertinente, puesto que ésta sigue encargándose de las necesidades que está específicamente obligada a satisfacer.

Dado que la condición de organismo de Derecho público no depende de la importancia relativa en la actividad del organismo de que se trate, de la satisfacción de necesidades de interés general que no tengan carácter industrial o mercantil, con más razón aún es indiferente que una persona jurídica distinta, que forme parte del mismo grupo empresarial que dicho organismo, ejerza actividades mercantiles.

En esta misma línea ha venido a insistir la STJCE de 22 de mayo de 2003 al afirmar que “Una sociedad anónima que ha sido creada por un ente territorial al que pertenece y que éste administra satisface una necesidad de interés general, en el sentido del artículo 1, letra b), párrafo segundo, de la Directiva 92/50/CEE del Consejo, de 18 de junio de 1992, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de servicios, cuando contrata servicios con objeto de fomentar el desarrollo de actividades industriales o comerciales en el territorio del referido ente. A fin de evaluar si dicha necesidad carece de carácter industrial o mercantil, corresponde al órgano jurisdiccional nacional apreciar las circunstancias que rodearon la creación de la sociedad y las condiciones en que ejerce su actividad, incluidas, en particular, la falta de ánimo de lucro como objetivo principal, la no asunción de los riesgos derivados de dicha actividad así como la eventual financiación pública de la actividad de que se trate. Es más, afirma el TJCE que la circunstancia de que los edificios que se vayan a construir se arrienden solamente a una empresa no desvirtúa la condición de organismo de Derecho público

del arrendador, siempre que se haya acreditado que éste satisface una necesidad de interés general que no tenga carácter industrial o mercantil.

2) En segundo lugar, es cierto que el ente, para considerarse poder adjudicador debe tener propia personalidad jurídica, si bien para el derecho comunitario la forma jurídica adoptada no es por sí criterio decisivo, pues debe realizarse una interpretación funcional⁶⁹, del resulta que la forma jurídica, pública o privada, nos es indiferente a estos efectos⁷⁰. Al respecto es especialmente relevante la doctrina que mantiene la citada STJCE de noviembre de 1998: “es preciso recordar que para dar plenos efectos al principio de libre circulación, el concepto de entidad adjudicadora debe recibir una interpretación funcional (en este sentido, véase la sentencia del Tribunal de Justicia de 20 de septiembre de 1988, Beentjes, 31/87, Rec. p. 4635, apartado 11)⁷¹. Esta necesidad se opone a que se establezcan diferencias en función de la forma jurídica de las disposiciones por las que se crea el organismo y se especifican las necesidades que éste debe satisfacer”⁷². Este criterio es el que viene aplicando reiteradamente el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas a fin de garantizar el desarrollo correcto de las normas del Tratado⁷³, y que en el caso que nos ocupa no hace sino poner de relieve, como vienen defendiendo tradicionalmente en nuestra doctrina los profesores E.GARCIA DE ENTERRIA Y T.R. FERNANDEZ, que la Administración es un “poder público” al que la Constitución le impone deberes de los que no puede escaparse “por el simple procedimiento de creación de entes

⁶⁹ No parece, por ello, aconsejable la interpretación material que propone MORENO MOLINA (Contratos públicos:..., ob. cit., pág.337), pues este criterio resulta insuficiente para explicar la aplicación de reglas de Derecho público.

⁷⁰ Por contra, el profesor GARCIA DE ENTERRIA parece defender que el concepto de entes de derecho público excluye claramente a las personificaciones de derecho privado en norma mercantil. “Ambito subjetivo...”, ob. cit., pág. 110. Esta posición es igualmente la de F. LLISSET BORREL y A. LLISSET CANELLES en *Manual de los contratos públicos*, Bayer Hnos, Barcelona, 2000, p. 89.

⁷¹ Posición que se mantiene en posteriores Sentencias, en las que, siendo empresas públicas, se entra a valorar si se encuentran sometidas a las Directivas de contratación pública: de 17 de diciembre de 1998, 1 de febrero de 2001, de 10 de mayo de 2001, de 27 de febrero de 2003, de 15 de mayo de 2003, de 22 de mayo de 2003.

⁷² Tras la aprobación de la LCAP mantiene esta opinión FERNANDEZ FARRERES (Ambito subjetivo..., ob.cit., p. 233), afirmando que el artículo 1.3 LCAP excluye solamente a las empresas públicas que realicen actividad mercantil (en el sentido propio del término) de tal manera que si se realizan actividades de interés público es indiferente la forma jurídica debiendo someterse a la normativa contractual pública. En esta misma línea se posiciona DE VICENTE DOMINGO, *Los entes instrumentales en las Leyes de procedimiento y de contratación de las AAPP*, Civitas, Madrid, 1996, págs. 120-121.

⁷³ Vid.especialmente S. MUÑOZ MACHADO, “La noción de empresa pública, la libre competencia y los límites del principio de neutralidad”, libro hom. al prof. Clavero Arévalo, ob. cit., pp. 1251 y ss.. Igualmente, puede consultarse a E. MONTOYA MARTIN, *Las empresas públicas sometidas a Derecho Privado*, Marcial Pons, Madrid, 1996, págs. 161-195.

convencionales a los que intente dotarse de regímenes jurídicos exentos de tales deberes”.

DE esta doctrina deduce que las empresas mercantiles no podrán acogerse directamente a lo dispuesto en la DA 6 LCAP, al tener dicho precepto un carácter residual. Debe primero determinarse si pueden ser incluida su actividad en los parámetros funcionales explicados a fin de ser considerada poder adjudicador⁷⁴. O sea, que esta disposición, lógicamente, se aplica exclusivamente a las sociedades mercantiles que no encajen, desde una perspectiva funcional, en el artículo 1. 3 LCAP⁷⁵.

3) El último requisito que exige la LCAP es que el control -por vía financiera o cualquier otro medio- sea de la Administración Pública. Debe estarse, por tanto, al dato de la “influencia dominante” del poder público sobre el organismo adjudicador. Supuesto que plantea poca problemática en lo relativo a la financiación y que se completa con los supuestos en los que la gestión se halle sometida a un control por parte de estas últimas, o cuyos órganos de administración, de dirección o de vigilancia estén compuestos por miembros más de la mitad de los cuales sean nombrados por las Administraciones Públicas y otras entidades de derecho público. En relación al primer extremo (participación en el accionariado) la STJCE de 3 de octubre de 2000 ha aclarado cuando existe financiación mayoritariamente pública:

“La expresión “financiada por [una o varias entidades adjudicadoras]”, que figura en el artículo 1, letra b), párrafo segundo, tercer guión, de las Directivas 92/50/CEE del Consejo, de 18 de junio de 1992, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de servicios, 93/36/CEE del Consejo, de 14 de junio de 1993, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de contratos públicos de suministro, y 93/37/CEE del Consejo, de 14 de junio de 1993, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, debe interpretarse en el sentido de que en ella se incluyen las becas o subvenciones concedidas por una o varias entidades

⁷⁴ En contra de esta posibilidad, pese a ver defendido con anterioridad un criterio más amplio (*Público y privado en la organización de los Juegos Olímpicos de Barcelona 1992*, Civitas, Madrid, 1993, pp. 109-113), se posiciona E. MALARET, al entender que se sometería a unas cargas contrarias a una realización eficaz de las misiones encomendadas. “Las sociedades...”, ob. cit., págs. 135, en nota.

⁷⁵ Al respecto puede consultarse a A. PEREZ MORENO, “La contratación de los entes instrumentales: sociedades mercantiles y demás entidades del sector público”, en el libro col. dirigido por R. Gómez-Ferrer *Comentario a la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas*, Civitas, Madrid, 1996, págs. 867-872.

adjudicadoras para fomentar la labor investigadora, así como las becas para estudiantes que las autoridades locales competentes en materia de educación abonan a las universidades para cubrir los gastos académicos de determinados estudiantes. En cambio, no constituyen financiación pública, a efectos de dichas Directivas, las sumas abonadas por una o varias entidades adjudicadoras, bien en el marco de un contrato de prestación de servicios que comprenda trabajos de investigación, bien como contrapartida por la prestación de otros servicios, tales como asesoramiento u organización de conferencias.

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

3)Para valorar correctamente el porcentaje de financiación pública de un organismo determinado, es preciso tener en cuenta todos los ingresos que dicho organismo obtenga, incluidos los que resulten de una actividad mercantil.

4)La calificación de “entidad adjudicadora” de un organismo como la Universidad de Cambridge debe efectuarse sobre una base anual y el período que debe considerarse más adecuado para calcular el modo de financiación de dicho organismo es el ejercicio presupuestario en el que se inicia el procedimiento de adjudicación de un contrato determinado, debiendo entenderse que dicho cálculo ha de efectuarse tomando como base las cifras disponibles al inicio del ejercicio presupuestario, aunque tengan el carácter de previsiones. Un organismo que en la fecha en que se inicia un procedimiento de adjudicación de un contrato constituye una “entidad adjudicadora”, en el sentido de las Directivas 92/50, 93/36 y 93/37, seguirá estando sometido a las exigencias de dichas Directivas, en lo que atañe a tal contrato, hasta la terminación del procedimiento de que se trate”.

Finalmente, debe entenderse que igualmente concurre este tercer criterio o requisito cuando existe un control final en la toma de decisión por parte del poder público. Así lo ha afirmado la reciente STJCE de 1 de febrero de 2001, que considera sometidas al régimen de contratación pública a las empresas francesas dedicadas a la construcción de viviendas por parte de servicios públicos de construcción y urbanización (en lo sucesivo, “SPCU”) y de sociedades anónimas de viviendas de

alquiler moderado (en lo sucesivo, “SA VAM”)⁷⁶. Sobre este punto, la STJCE de 27 de febrero de 2003 (Adolf Truley), afirma que: “Un mero control a posteriori no se ajusta al requisito de control de la gestión que establece el artículo 1, letra b), párrafo segundo, tercer guión, de la Directiva 93/36. En cambio, se ajusta a tal requisito una situación en la que, por una parte, los poderes públicos controlan no sólo las cuentas anuales del organismo de que se trate, sino también su gestión corriente desde el punto de vista de los principios de imagen fiel, legalidad, eficiencia, rentabilidad y racionalidad y, por otra, estos mismos poderes públicos están autorizados a visitar los locales e instalaciones de dicho organismo y a informar de los resultados de tales controles a un ente público territorial que, a través de otra sociedad, posee el capital del organismo en cuestión”.

Estos son los requisitos, y con este alcance funcional, que deben utilizarse para comprender si se está o no en presencia de un poder adjudicador sometido a las reglas contractuales públicas⁷⁷. Lógicamente supone una ampliación de entes que en la actualidad están contratando al margen de esta Ley⁷⁸. Ampliación -o mejor, adecuación- del ámbito subjetivo que no tiene porque originar ningún problema, pues las reglas, ni son tan rígidas, ni, por supuesto, son incompatibles a las exigencias del

⁷⁶ En palabras de la Sentencia, por lo que respecta a los SPCU, de la normativa reguladora de los mismos, tal como ha sido descrita por la Comisión, cuya argumentación sobre este punto no ha sido, por lo demás, contradicha por el Gobierno francés, se desprende que cumplen los tres requisitos que caracterizan a un organismo de Derecho público y que figuran en el artículo 1, letra b), párrafo segundo, de la Directiva. En lo que atañe a las SAVAM, consta que el Gobierno francés no discute que satisfacen necesidades de interés general que no tienen carácter industrial o mercantil y que están dotadas de personalidad jurídica. La Sentencia entiende que los diferentes controles a los que se somete a las SA VAM crean una dependencia de éstas con respecto a los poderes públicos que permite a éstos influir en sus decisiones en materia de contratos públicos.

⁷⁷ En definitiva, como recuerda BAÑO LEON (“La influencia..., ob. Cit., p.15) lo que importa al Derecho comunitario (desde criterios funcionales) es si la actividad es o no empresarial y si sobre ella tiene una influencia determinante el Estado u otro poder adjudicador. También S. GONZALEZ-VARAS, *El contrato administrativo*, ob. Cit., pp. 24.

⁷⁸ Nuestro Tribunal Supremo está aplicando estos criterios. Así, en la STS de 24 de septiembre de 1999 (Arz. 9021) considera que el contrato realizado por la sociedad Gestión Urbanística de Canaria. SA, se encuentra sometido a las reglas del Derecho Administrativo. Incluso mucho más allá ha avanzado el TJCE en su Sentencia de 12 de julio de 2001, al indicar que se opone a las Directivas una legislación nacional en materia de urbanismo que permite, apartándose de los procedimientos previstos por las mismas, la realización directa por el titular de una licencia urbanística o de un plan de urbanización aprobado de una obra de urbanización, con imputación de la totalidad o parte de la obra a cuenta de la contribución adeudada por la concesión de la licencia, cuando el valor de dicha obra sea igual o superior al umbral fijado por las Directivas. Sobre la incidencia de esta sentencia pueden consultarse los trabajos de TEJEDOR BIELSA, “Contratación de l a obra pública urbanizadora y sistema de compensación. La sentencia del tribunal de justicia de 12 de julio de 2001”, de próxima publicación en REDA núm . 112, 2001, pp.597.611 y de T.R FERNANDEZ “Comentario de urgencia de la STJCE de 12 de julio de 2001 sobre la Ley de Régimen del Suelo y Valoraciones de 13 de abril de 1998”, Actualidad Jurídica Aranzadi núm. 497, de 2 de agosto de 2001.

tráfico jurídico-mercantil. Así lo demuestra, por cierto, la incorporación por la Ley 48/1998, de 30 de diciembre de estos procedimientos en sectores tan importantes y actualmente susceptibles al a competencia como el agua, la energía, transporte y telecomunicaciones.

4.- Las Sentencias del TJCE que condenan al Reino de España de 15 de mayo y 16 de octubre de 2003 y 13 de enero de 2005. Las consecuencias prácticas.

En este contexto descrito debe entenderse la STJCE de 15 de mayo de 2003 (y las subsiguientes de 16 de octubre de 2003 y 13 de enero de 2005) ⁷⁹, por la que se condena al Reino de España por incumplimiento en materia de contratación al afirmar que “no cabe interpretar el concepto de «organismo de Derecho público» utilizado en el artículo 1, letra b), párrafo segundo, de las Directivas 92/50, 93/36 y 93/37 en el sentido de que los Estados miembros pueden excluir de antemano a las sociedades mercantiles bajo control público del ámbito de aplicación personal de estas Directivas y, en consecuencia, del de la Directiva 89/665.”⁸⁰ Los motivos que justifican esta decisión del TJCE son elocuentes:

⁷⁹ Sobre estas Sentencias de 2003, pueden consultarse, además de los comentarios GARCÍA DE ENTERRÍA publicados en la REDA 119 y 120 ya citados, los de PIÑAR MAÑAS, “La aplicación a entidades privadas de la normativa de contratos públicos y sobre la necesidad de prever medidas cautelares autónomas. Importante STJCE de 15 de mayo de 2003 por la que se condena a España en materia de contratos”, *Actualidad Jurídica Aranzadi* n° 585, 2003, ; MORENO MOLINA, José Antonio, “Reciente evolución del Derecho Comunitario de la Contratación pública. El asunto C-214/2000”, en GIMENO FELIÚ José María (Coord.) *Contratación de las Administraciones Públicas: análisis de la nueva normativa sobre contratación pública*, Atelier, Barcelona, 2004; NOGUERA DE LA MUELA, “El control de la contratación pública en el Derecho Comunitario y en el Ordenamiento jurídico-administrativo español. Breve apunte a propósito de las modificaciones introducidas en el TRLCAP por la Ley 62/2003, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social”, en GIMENO FELIÚ José María (Coord.) “Contratación de las Administraciones Públicas: análisis de la nueva normativa sobre contratación pública”, Atelier, Barcelona, 2004, , y también en su estudio “Consecuencias de la Sentencia del TJUE de 15 de mayo de 2003 (Comisión/España) en el Ordenamiento jurídico español: Concepto de poder adjudicador, actos separables en los contratos de las sociedades mercantiles públicas y tutela cautelar contractual. La nueva regulación introducida por la Ley 62/2003, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social”, en *Revista Andaluza de Administración Pública* n° 53, 2004, págs.17-45; RAZQUIN LIZARRAGA, José Antonio: “El impacto de la Jurisprudencia comunitaria europea sobre contratos públicos (2003-2004) en el Ordenamiento jurídico interno”, *Revista Jurídica de Navarra* n° 37 Enero/Junio 2004, págs. 205-238 y BERNAL BLAY, “Acerca de la transposición de las directivas comunitarias sobre contratación pública. Comentario a la STJCE de 13 de enero de 2005, as. C-84/03 (*Comisión Vs. Reino de España*) y el Real Decreto Ley 5/2005, de 11 de marzo”, RAP 2005.

⁸⁰ Comentando esta sentencia pueden consultarse, entre otros, los trabajos de J.A. MORENO MOLINA en “Reciente evolución del Derecho Comunitario en contratación pública” libro col. *Contratación de las Administraciones públicas: análisis práctico de la nueva normativa sobre contratación pública*, Atelier,

“Ha quedado acreditado que, a tenor del artículo 1, apartado 3, de la Ley 13/1995, en relación con la disposición adicional sexta de la misma Ley, los organismos públicos que tienen estatuto de Derecho privado, categoría constituida en el ordenamiento jurídico español por las sociedades mercantiles bajo control público, quedan fuera del ámbito de aplicación personal de la normativa española sobre los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos y, por tanto, del régimen de recursos en materia de contratación pública.

48. Resulta de lo anterior que, para determinar si esta exclusión constituye una adaptación correcta del Derecho interno al artículo 1, apartado 1, de la Directiva 89/665, es necesario comprobar si el concepto de «entidad adjudicadora» que figura en esta disposición se refiere únicamente a los organismos que se rigen por el Derecho público, como sostiene el Gobierno español, o si los organismos que tengan estatuto de Derecho privado pueden también estar comprendidos dentro de este concepto.

...

51. De ello se desprende que, para determinar si la normativa española adoptada para ejecutar el artículo 1, apartado 1, de la Directiva 89/665 incorpora correctamente el concepto de «entidad adjudicadora» que figura en este artículo, es necesario hacer referencia a la definición de dicho concepto y, de manera más particular, a la de «organismo de Derecho público» utilizada, con unos términos esencialmente idénticos, en el artículo 1, letra b), párrafo segundo, de las Directivas 92/50, 93/36 y 93/37.

52. El Tribunal de Justicia ya ha precisado, en relación con el artículo 1, letra b), párrafo segundo, de la Directiva 93/37, que, para ser calificada de organismo de Derecho público en el sentido de esta disposición, *una entidad debe cumplir los tres requisitos acumulativos que enuncia la citada disposición, según los cuales debe ser un organismo creado para satisfacer específicamente necesidades de interés general*

Barcelona, 2004; E. GARCIA DE ENTERIA “El Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas constata y censura dos graves quiebras de nuestro Derecho administrativo en materia de entes sujetos al Derecho público y de medidas cautelares contencioso-administrativas”, REDA 119, 2003, pp. 474-487; B. NOGUERA DE LA MUELA, *El control de la contratación pública en el Derecho comunitario y en el ordenamiento jurídico-administrativo español*, en el libro col. “Contratación de las Administraciones Públicas: análisis práctico de la nueva normativa sobre contratación pública”, Atelier, Barcelona, 2004, págs. 95-130; J.L. PIÑAR MAÑAS, “La aplicación a entidades privadas de la normativa de contratos públicos y sobre la necesidad de prever medidas cautelares autónomas”, Actualidad Jurídica Aranzadi núm. 585, 2003.

que no tengan carácter industrial o mercantil, dotado de personalidad jurídica, y cuya actividad dependa estrechamente del Estado, de los entes territoriales o de otros organismos de Derecho público (sentencia de 15 de enero de 1998, Mannesmann Anlagenbau Austria y otros, C-44/96, Rec. p. I-73, apartados 20 y 21).

53. Además, el Tribunal de Justicia ha declarado reiteradamente que, teniendo en cuenta el doble objetivo de apertura a la competencia y de transparencia que persiguen las directivas de coordinación de los procedimientos de adjudicación de contratos públicos, el concepto de «organismo de Derecho público» debe recibir una interpretación funcional (véanse, en particular, las sentencias de 1 de febrero de 2001, Comisión/Francia, C-237/99, Rec. p. I-939, apartados 41 a 43, y de 12 de diciembre de 2002, Universale-Bau y otros, C-470/99, Rec. p. I-0000, apartados 51 a 53). *El Tribunal de Justicia también ha precisado que, a la vista de este doble objetivo, el concepto de «organismo de Derecho público» debe interpretarse en sentido amplio* (sentencia de 27 de febrero de 2003, Adolf Truley, C-373/00, Rec. p. I-0000, apartado 43).

54. En esta perspectiva, para resolver la cuestión de la calificación eventual como organismos de Derecho público de distintas entidades de Derecho privado, el Tribunal de Justicia se ha limitado únicamente, según jurisprudencia reiterada, a comprobar si estas entidades cumplían los tres requisitos acumulativos enunciados en el artículo 1, letra b), párrafo segundo, de las Directivas 92/50, 93/36 y 93/37, considerando que la forma de constitución de la entidad era indiferente a este respecto (en este sentido, véanse en especial las sentencias Mannesmann Anlagenbau Austria y otros, antes citada, apartados 6 y 29; de 10 de noviembre de 1998, BFI Holding, C-360/96, Rec. p. I-6821, apartados 61 y 62, y Comisión/Francia, antes citada, apartados 50 y 60).

55. De los principios así elaborados por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia se desprende que *el estatuto de Derecho privado de una entidad no constituye un criterio que pueda excluir su calificación como entidad adjudicadora en el sentido del artículo 1, letra b), de las Directivas 92/50, 93/36 y 93/37 y, por tanto, del artículo 1, apartado 1, de la Directiva 89/665.*

56. Es necesario señalar, además, que el efecto útil tanto de las Directivas 92/50, 93/36 y 93/37 como de la Directiva 89/665 no quedaría plenamente preservado si pudiera excluirse la aplicación de dichas Directivas a una entidad que

cumpla los tres requisitos antes citados por el mero hecho de que, con arreglo al Derecho nacional al que está sujeta, su forma y su régimen jurídico correspondan al Derecho privado.

57. Habida cuenta de las anteriores consideraciones, *no cabe interpretar el concepto de «organismo de Derecho público» utilizado en el artículo 1, letra b), párrafo segundo, de las Directivas 92/50, 93/36 y 93/37 en el sentido de que los Estados miembros pueden excluir de antemano a las sociedades mercantiles bajo control público del ámbito de aplicación personal de estas Directivas y, en consecuencia, del de la Directiva 89/665.*

58. Por otra parte, no cabe sostener que esta conclusión suponga hacer caso omiso del carácter industrial o mercantil de las necesidades de interés general que dichas sociedades persiguen satisfacer, ya que este elemento se toma en cuenta necesariamente para determinar si la entidad afectada cumple o no el requisito contenido en el artículo 1, letra b), párrafo segundo, primer guión, de las Directivas 92/50, 93/36 y 93/37.

59. La citada conclusión tampoco queda desvirtuada por la falta de referencia expresa en las Directivas 92/50, 93/36 y 93/37 a la categoría específica de «empresas públicas», que sin embargo se utiliza en la Directiva 93/38. A este respecto, basta con recordar que los procedimientos de recurso iniciados contra las decisiones adoptadas por las entidades adjudicadoras en el marco de la Directiva 93/38 se rigen por la Directiva 92/13 y no por la Directiva 89/665.

60. Por tanto, se deduce de lo anterior que, en la medida en que excluye de antemano del ámbito de aplicación personal de la Directiva 89/665 a las sociedades de Derecho privado, la normativa española de que se trata en el caso de autos no incorpora correctamente el concepto de «entidad adjudicadora» que figura en el artículo 1, apartado 1, de dicha Directiva, tal como se define en el artículo 1, letra b), de las Directivas 92/50, 93/36 y 93/37” (cursiva nuestra).

En consecuencia, la Disposición Adicional Sexta LCAP no puede servir de instrumento para eludir de las reglas de la contratación pública, siendo aplicable cuando no concurren los citados tres requisitos para tener la consideración de poder adjudicador .

Interpretación avalada por la STJCE de 16 de octubre de 2003, en relación a la empresa pública SIEPSA al concluir que procede concluir que:

“las necesidades de interés general para cuya satisfacción se creó específicamente dicha sociedad no tienen carácter industrial o mercantil. De ello resulta que una entidad como SIEPSA debe ser calificada de organismo de Derecho público en el sentido del artículo 1, letra b), párrafo segundo, de la Directiva 93/37 y, por tanto, de entidad adjudicadora conforme al párrafo primero de dicha disposición.

En consecuencia, la Directiva 93/37 es aplicable a los procedimientos de adjudicación de contratos públicos de obras convocados por dicha sociedad.

A la luz de todas las consideraciones anteriores, procede declarar que el Reino de España ha incumplido las obligaciones que le incumben en virtud de la Directiva 93/37, al no someterse al conjunto de las disposiciones de dicha Directiva con ocasión de la licitación relativa a la ejecución de las obras del Centro Educativo Penitenciario Experimental de Segovia, convocada por la Sociedad Estatal de Infraestructuras y Equipamientos Penitenciarios, S.A., sociedad que responde a la definición de entidad adjudicadora del artículo 1, letra b), de la Directiva 93/37.”⁸¹

Esta decisión se fundamenta en que la citada empresa cumple los requisitos exigidos para tener la consideración de poder adjudicador: tiene personalidad jurídica; esta controlada por el poder público y es una actividad de interés general. En este último aspecto conviene insistir pues el Tribunal entiende que la actividad de la empresa es de por sí de interés general, lo que se avala por de dato –ciertamente decisivo- de que esta empresa, obviamente no asume riesgo ni tiene fines de lucro, lo que supone que carece de contenido económico al ser el riesgo consustancial a toda actividad empresarial. El texto de la sentencia es elocuente:

“constituyen necesidades de interés general que no tienen carácter industrial o mercantil, en el sentido del artículo 1, letra b), de las Directivas comunitarias relativas a la coordinación de los procedimientos de adjudicación de contratos públicos, aquellas necesidades que, por una parte, no se satisfacen mediante la oferta de bienes o servicios en el mercado y que, por otra, por razones de interés general, el Estado decide satisfacer por sí mismo o respecto de las cuales quiere conservar una influencia determinante (véanse, en particular, las sentencias Adolf Truley, antes

⁸¹ Comenta esta Sentencia J.A. CARRILLO DONAIRE, “Un nuevo paso en la jurisprudencia comunitaria sobre el concepto de poder adjudicador: la sentencia del TJCE de 16 de octubre de 2003, sobre procedimiento de adjudicación de los contratos de obras públicas con ocasión de una licitación a cargo de la Sociedad Estatal de Infraestructuras y Equipamientos Penitenciarios”, Revista Andaluza de Administración Pública núm. 51, 2003, pp. 127-151.

citada, apartado 50, y de 22 de mayo de 2003, Korhonen y otros, C-18/01, Rec. p. I-0000, apartado 47).

81. Asimismo, se desprende de la jurisprudencia que la existencia o la ausencia de una necesidad de interés general que no tenga carácter industrial o mercantil ha de apreciarse teniendo en cuenta todos los elementos jurídicos y fácticos pertinentes, tales como las circunstancias que hayan rodeado la creación del organismo de que se trate y las condiciones en que ejerce su actividad, incluidas, en particular, la falta de competencia en el mercado, la falta de ánimo de lucro como objetivo principal, la no asunción de los riesgos derivados de dicha actividad, así como la eventual financiación pública de la actividad de que se trate (en este sentido, sentencias Adolf Truley, apartado 66, y Korhonen y otros, apartados 48 y 59, antes citadas).

82. En efecto, como declaró el Tribunal de Justicia en el apartado 51 de la sentencia Korhonen y otros, antes citada, si el organismo opera en condiciones normales de mercado, tiene ánimo de lucro y soporta las pérdidas derivadas del ejercicio de su actividad, es poco probable que las necesidades que pretende satisfacer no tengan carácter industrial o mercantil.

83. Por tanto, habida cuenta de los criterios elaborados por la jurisprudencia, procede examinar la cuestión de si las necesidades de interés general que SIEPSA pretende satisfacer tienen o no carácter industrial o mercantil.

84. Ha quedado acreditado que SIEPSA se creó específicamente para asumir, exclusivamente, la ejecución de programas y actuaciones previstos en el Plan de Amortización y Creación de Centros Penitenciarios, a efectos de la aplicación de la política penitenciaria del Estado español. Con este fin, realiza, según se desprende de sus Estatutos, todas las actividades que resulten necesarias a efectos de la construcción, gestión y liquidación del patrimonio penitenciario de dicho Estado.

85. Por tanto, *las necesidades de interés general que SIEPSA se encarga de satisfacer están intrínsecamente vinculadas al orden público, al constituir una condición necesaria para ejercer el poder represivo del Estado.*

86. Este vínculo intrínseco se manifiesta, en particular, por la influencia determinante que ejerce el Estado sobre la realización de la misión encomendada a SIEPSA. Ha quedado demostrado, en efecto, que ésta ejecuta un Plan de Amortización y Creación de Centros Penitenciarios aprobado por el Consejo de

Ministros y que realiza sus actividades conforme a las directrices emanadas de la Administración Pública.

87.Además, puesto que la aplicación de las penas es una prerrogativa del Estado, no existe un mercado para los bienes y servicios que ofrece SIEPSA en materia de planificación y creación de centros penitenciarios. *Como alegó acertadamente la Comisión, actividades como la amortización y la creación de centros penitenciarios, que figuran entre los principales objetivos de SIEPSA, no están sujetas a la competencia en el mercado. Por consiguiente, dicha sociedad no puede ser considerada como un organismo que ofrezca bienes y servicios en el mercado libre, en competencia con otros operadores económicos.*

88.En cuanto a la alegación del Gobierno español basada en el hecho de que SIEPSA realiza sus actividades con ánimo lucrativo, basta señalar que, aun suponiendo que las actividades de SIEPSA generen beneficios, queda descartada la posibilidad de considerar que la búsqueda de tales beneficios constituya en sí el primer objetivo de esta sociedad.

89.En efecto, de los Estatutos de dicha sociedad se desprende claramente que actividades como la adquisición de inmuebles para la instalación de nuevos centros, la promoción y la ejecución de obras de urbanización y construcción o incluso la enajenación de las instalaciones desafectadas no son sino medios que SIEPSA aplica para alcanzar su principal objetivo, que consiste en contribuir a la realización de la política penitenciaria del Estado.

90.Esta conclusión viene corroborada por el hecho de que, como señaló la Comisión sin ser contradicha por el Gobierno español, SIEPSA registró pérdidas financieras considerables durante los ejercicios 1997 y 1998.

91.A este respecto, es preciso añadir que, con independencia de si existe un mecanismo oficial de compensación de posibles pérdidas de SIEPSA, *parece poco probable que ésta haya de soportar los riesgos económicos derivados de su actividad. En efecto, habida cuenta de que la realización de la misión de esta sociedad constituye un elemento fundamental de la política penitenciaria del Estado español, resulta verosímil que, como único accionista, dicho Estado tome todas las medidas necesarias al objeto de evitar una posible quiebra de SIEPSA.*

92.En estas circunstancias, existe la posibilidad de que, en un procedimiento de adjudicación de un contrato público, SIEPSA se guíe por consideraciones distintas a

las meramente económicas. Pues bien, precisamente para evitar tal posibilidad, se impone la aplicación de las Directivas comunitarias sobre contratos públicos (en este sentido, en particular, sentencias Adolf Truley, apartado 42, y Korhonen y otros, apartados 51 y 52, antes citadas).

93.Teniendo en cuenta el conjunto de factores jurídicos y fácticos que regulan la actividad de SIEPSA, como los señalados en los apartados 84 a 92 de la presente sentencia, procede concluir que las necesidades de interés general para cuya satisfacción se creó específicamente dicha sociedad no tienen carácter industrial o mercantil.

94.De ello resulta que una entidad como SIEPSA debe ser calificada de organismo de Derecho público en el sentido del artículo 1, letra b), párrafo segundo, de la Directiva 93/37 y, por tanto, de entidad adjudicadora conforme al párrafo primero de dicha disposición.

95. En consecuencia, la Directiva 93/37 es aplicable a los procedimientos de adjudicación de contratos públicos de obras convocados por dicha sociedad.

96.A la luz de todas las consideraciones anteriores, procede declarar que el Reino de España ha incumplido las obligaciones que le incumben en virtud de la Directiva 93/37, al no someterse al conjunto de las disposiciones de dicha Directiva con ocasión de la licitación relativa a la ejecución de las obras del Centro Educativo Penitenciario Experimental de Segovia, convocada por la Sociedad Estatal de Infraestructuras y Equipamientos Penitenciarios, S.A., sociedad que responde a la definición de entidad adjudicadora del artículo 1, letra b), de la Directiva 93/37“.,

Esta Sentencia aporta una dato claramente relevante, en ausencia de riesgo empresarial una empresa pública o cualquier otro ente controlado por el poder público se comporta como podera djudicador y estará sometido a las reglas y principios de la contratación pública.

Para intentar adaptar el ordenamiento jurídico español a esta jurisprudencia - que como recuerda la Directiva 18/2004, es fuente del derecho- la Ley 62/2003 de Acompañamiento a los presupuestos Generales del 2004 ha cambiado la redacción del artículo 2.1 de la LCAP:

“Las entidades de derecho público no comprendidas en el ámbito definido en el artículo anterior y las sociedades de derecho privado creadas para satisfacer

específicamente necesidades de interés general que no tengan carácter industrial o mercantil, siempre que, además, concorra alguno de los requisitos contenidos en el párrafo b del apartado 3 del artículo anterior quedarán sujetas a las prescripciones de esta Ley relativas a la capacidad de las empresas, publicidad, procedimientos de licitación y formas de adjudicación para los contratos de obras, suministros, consultoría y asistencia y servicios de cuantía igual o superior, con exclusión del Impuesto sobre el Valor Añadido, a 6.242.028 euros (equivalente a 5.000.000 derechos especiales de giro), si se trata de contratos de obras, o a 249.681 euros (equivalentes a 200.000 derechos especiales de giro), si se trata de cualquier otro contrato de los mencionados.”

Esta reforma, que opta por la distinción de los contratos en función del umbral comunitario, resulta manifiestamente insuficiente dado que no cumple con los requisitos de la jurisprudencia del TJCE, lo que vuelve a exigir una interpretación conforme a la misma⁸². Obsérvese que se dejan fuera aparentemente a entes que no tengan forma societaria -lo que contraviene la filosofía de la jurisprudencia del TJCE—optando nuevamente por una interpretación formal y no funcional. Asimismo, se acoge al tesis de que si es interés general no puede ser industrial o mercantil, lo que contraviene la opinión del TJCE en este punto que afirma que son compatible ambos conceptos (STJCE BFI Holding o Adolf Truley) y que implica negar el carácter autónomo y propio del derecho comunitario a este concepto⁸³.

Sorprende igualmente el ámbito objetivo, pues se limita a los contratos nominados con la exclusión del de concesión de obra pública. Limitación que claramente debe ser considerada contraria a derecho. En suma, la reforma vuelve a ser una ocasión perdida y plantea serios problemas interpretativos que deben resolverse atendiendo a lo ya expuesto en las líneas anteriores. En este punto, debe advertirse que la LCAP mantiene un ámbito de aplicación “propio” para los contratos de concesión de obra pública que difiere del general. El artículo 220.1 LCAP dice: 1.

⁸² Vid. El interesante comentario de B. NOGUERA DE LA MUELA “Consecuencias de la Sentencia del TJUE de 15 de mayo de 2003 (Comisión/España) en el Ordenamiento jurídico español: Concepto de poder adjudicador, actos separables en los contratos de las sociedades mercantiles públicas y tutela cautelar contractual. La nueva regulación TRLCAP introducida por la Ley 62/2003, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social”, en *Revista Andaluza de Administración Pública* n° 53/2004, pp.17-45.

⁸³ Aspecto sobre el que también llama la atención el prof. GARCIA DE ENTERRIA, “Ambito de aplicación de la Ley”, en libro col. Comentario a la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, ob. Cit., p.85.

Se entiende por contrato de concesión de obras públicas aquel en cuya virtud la Administración pública o entidad de derecho público concedente otorga a un concesionario, durante un plazo, la construcción y explotación, o solamente la explotación, de obras relacionadas en el artículo 120 o, en general, de aquellas que siendo susceptibles de explotación, sean necesarias para la prestación de servicios públicos de naturaleza económica o para el desarrollo de actividades o servicios económicos de interés general, reconociendo al concesionario el derecho a percibir una retribución consistente en la explotación de la propia obra, en dicho derecho acompañado del de percibir un precio o en cualquier otra modalidad establecida en este título.” Obsérvese como aquí se habla sólo de entidad de derecho público concedente y no se sociedades privadas. A todas luces, una interpretación sistemática de la norma nos conduce a la conclusión de que los contratos de concesión de obra pública por las sociedades privadas están –en la Ley- excluidos, pues de lo contrario no tendría sentido la distinción que efectúa el artículo 2.1 LCAP. Es más, si analizamos la reciente Ley de 3 de noviembre de 2003, de Patrimonio de las Administraciones Públicas, se constata en su artículo 166 la distinción entre “entidades de derecho público” y “sociedades mercantiles estatales” lo que conduce a la evidente reflexión que para estas últimas no es de aplicación la LCAP (ni siquiera el artículo 2.1 a la vista de lo dispuesto en el artículo 7.2 LCAP)⁸⁴. Obviamente, esta solución es contraria a Derecho comunitario pero nuevamente nuestro texto legal –por acción u omisión- genera innecesarias dosis de inseguridad jurídica que deberían ser resueltas mediante una adecuada transposición acorde a las Directivas y a su espíritu que permitieran una interpretación uniforme en todo el ordenamiento español⁸⁵.

Más correcta es, sin duda, la opción del legislador andaluz en su Ley 18/2003, de 19 de diciembre, al declarar su artículo 122 que las entidades vinculadas o dependientes de la Junta de Andalucía que tengan la consideración de poder adjudicador conforme a la legislación comunitaria le serán de aplicación las reglas de

⁸⁴ Cuestión criticada por el Dictamen del Consejo de Estado núm. 3375/2001, de 5 de diciembre de 2001. Así lo advierten también A. EMBID IRUJO y E. COLOM PIAZUELO, *Comentario a la Ley reguladora del Contrato de Concesión de Obras Públicas*, Aranzadi 2003, pp. 99-100.

⁸⁵ Iguales observaciones críticas son realizadas por E. GARCIA DE ENTERRIA, “Ambito de aplicación de la Ley”, ob. Cit., pp. 102-105. Como recuerda este último, el conflicto se resuelve en clave de legalidad y no de constitucionalidad (SSTC 49/1998, 28/1991 y 235/2000), debiendo quedar desplazada la norma nacional contraria al derecho comunitario.

la LCAP cuando superen los umbrales comunitarios.

En este contexto debe entenderse la reciente sentencia de 13 de enero de 2005, de nueva condena al condono de España por incumplimiento del ámbito subjetivo o personal contenido en las Directivas (condenando también por la inadecuada utilización de la técnica del convenio interadministrativo y del procedimiento negociado). En la misma el Tribunal recuerda las Sentencias ya condenatorias del 2003 y concluye:

“27. Procede recordar que, según jurisprudencia reiterada, el concepto de «organismo de Derecho público», concepto de Derecho comunitario que debe recibir una interpretación autónoma y uniforme en toda la Comunidad, se define desde un punto de vista funcional con arreglo exclusivamente a los tres requisitos acumulativos que enuncia el artículo 1, letra b), párrafo segundo, de las Directivas 93/36 y 93/37 (véanse, en este sentido, las sentencias Mannesmann Anlagenbau Austria y otros, antes citada, apartados 20 y 21; de 12 de diciembre de 2002, Universale-Bau y otros, C-470/99, Rec. p. I-11617, apartados 51 a 53; de 15 de mayo de 2003, Comisión/España, C-214/00, Rec. p. I-4667, apartados 52 y 53, y de 16 de octubre de 2003, Comisión/España, C-283/00, Rec. p. I-11697, apartado 69).

28. De ello se desprende que, para resolver la cuestión de la calificación eventual de una entidad de Derecho privado como organismo de Derecho público, procede comprobar únicamente si la entidad de que se trata cumple los tres requisitos acumulativos enunciados en el artículo 1, letra b), párrafo segundo, de las Directivas 93/36 y 93/37, sin que el estatuto de Derecho privado de esa entidad constituya un criterio que pueda excluir por sí solo su calificación como entidad adjudicadora en el sentido de estas Directivas (sentencia de 15 de mayo de 2003, Comisión/España, antes citada, apartados 54, 55 y 60).

29. Además, el Tribunal de Justicia ha precisado que esta interpretación no implica desconocer el carácter industrial o mercantil de las necesidades de interés general que la entidad de que se trate persigue satisfacer, ya que este elemento se toma en cuenta necesariamente para determinar si tal entidad cumple o no el requisito contenido en el artículo 1, letra b), párrafo segundo, primer guión, de las Directivas 93/36 y 93/37 (véase, en este sentido, la sentencia de 16 de octubre de 2003, Comisión/España, antes citada, apartado 75).

30. Por otra parte, esta conclusión tampoco puede invalidarse por la falta de referencia expresa, en las Directivas 93/36 y 93/37, a la categoría específica de las «empresas públicas», utilizada no obstante en la Directiva 93/38 (véase, en este sentido, la sentencia de 16 de octubre de 2003, Comisión/España, antes citada, apartado 76).

31. Por tanto, resulta de lo anterior que la normativa española incorpora de manera incorrecta el concepto de «entidad adjudicadora» que figura en el artículo 1, letra b), de las Directivas 93/36 y 93/37, ya que excluye de su ámbito de aplicación a las entidades de Derecho privado, cuando éstas pueden cumplir los requisitos enunciados en el artículo 1, letra b), párrafo segundo, guiones primero, segundo y tercero, de dichas Directivas.”

El Estado, para dar cumplimiento a esta nueva Sentencia modifica, mediante Real Decreto-Ley 5/2005, con el objetivo de introducir reformas urgentes para el impulso a la productividad y para la mejora de la contratación pública (BOE núm. 62, de 14 de marzo de 2005)⁸⁶, el artículo 2.1 para añadir a las fundaciones del sector público y las sociedades definidas en la Ley de Patrimonio del Estado de 2003⁸⁷, sin

⁸⁶ El Real Decreto Ley 5/2005 fue convalidado por el Congreso de los Diputados mediante Resolución de la Cámara de 7 de abril de 2005 (BOE núm. 89, de 14 de abril de 2005).

⁸⁷ La remisión al artículo 166.1 de la LPAP tiene por consecuencia que en el concepto de sociedad mercantil queden incluidas, a los efectos de que aquí se trata: 1º) Las sociedades mercantiles estatales, es decir, “aquéllas en las que la participación, directa o indirecta, en su capital social, de las entidades que, conforme a lo dispuesto en el Real Decreto Legislativo 1091/1988, de 23 de septiembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General Presupuestaria, integran el sector público estatal, sea superior al 50 por 100. Para la determinación de este porcentaje, se sumarán las participaciones correspondientes a las entidades integradas en el sector público estatal, en el caso de que en el capital social participen varias de ellas” (artículo 166.1.c) de la LPAP). La referencia al Texto Refundido de la Ley General Presupuestaria aprobado por Real Decreto Legislativo 1091/1988, de 23 de septiembre, debe entenderse actualmente hecha a la nueva Ley 47/2003, de 26 de noviembre, General Presupuestaria (en adelante, LGP). Debe recordarse que, con arreglo al artículo 2.1 de la nueva LGP, forman parte del sector público estatal: “a) La Administración General del Estado; B) Los organismos autónomos dependientes de la Administración General del Estado; C) las entidades públicas empresariales, dependientes de la Administración General del Estado, o de cualesquiera otros organismos públicos vinculados o dependientes de ella; D) Las entidades gestoras, servicios comunes y las mutuas de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales de la Seguridad Social, en su función pública de colaboración en la gestión de la Seguridad Social; E) Las sociedades mercantiles estatales, definidas en la Ley de Patrimonio de las Administraciones Públicas; F) Las fundaciones del sector público estatal, definidas en la Ley de Fundaciones; G) Las entidades estatales de Derecho público distintas a las mencionadas en los párrafos b) y c) de este apartado; H) Los consorcios dotados de personalidad jurídica propia a los que se refieren los artículos 6, apartado 5, de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, y 87 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local, cuando uno o varios de los sujetos enumerados en este artículo hayan aportado mayoritariamente a los mismos dinero, bienes o industria, o se haya comprometido, en el momento de su constitución, a financiar mayoritariamente dichos entes y siempre

abordar el resto de los problemas, o mejor, incorrecciones denunciados, planteando las mismas dudas sobre la correcta transposición⁸⁸. En consecuencia, y en tanto se realiza por el Estado una transposición correcta y leal que garantice el efecto útil de las normas comunitarias(diferenciando el régimen en función del tipo de personificación, pública o privada), el principio de primacía del derecho comunitario obliga al interprete a realizar una interpretación conforme a las Directivas de contratos públicos⁸⁹.

En consecuencia en los distintos y variados supuestos de descentralización funcional mediante la creación de entes instrumentales, la naturaleza de poder adjudicador dependerá, al margen de su personificación jurídica o privada

que sus actos están sujetos directa o indirectamente al poder de decisión de un órgano del Estado”. Las referencias contenidas en este apartado se refieren a los consorcios dotados de personalidad jurídica creados para la gestión de los convenios de colaboración suscritos entre la Administración General del Estado y los Organismos públicos vinculados o dependientes de ella, de una parte, y los órganos correspondientes de las Administraciones de las Comunidades Autónomas (artículo 6.5 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común); y a los consorcios constituidos por las Entidades locales con otras Administraciones públicas para fines de interés común, o con entidades privadas sin ánimo de lucro que persigan fines de interés público concurrentes con los de las Administraciones públicas (artículo 87 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local). Por tanto, cuando el artículo 166.1.c) de la LPAP alude a las sociedades mercantiles estatales, definiéndolas como aquéllas en cuyo capital social es mayoritaria la participación de las entidades integrantes del sector público estatal, se refiere a las sociedades mercantiles cuyo capital social pertenece en más de un 50 por 100 a las entidades enumeradas en el artículo 2.1 de la LGP. Así lo recuerda la Instrucción núm. 3 de 2005, de los Servicios Jurídicos del Estado sobre contratación de sociedades mercantiles estatales y fundaciones del sector público estatal.

⁸⁸ En este sentido, debe tenerse en cuenta que la razón por la que el legislador introduce en el TRLCAP las modificaciones contenidas en el artículo 34 del Real Decreto-Ley 5/2005 y que justifica la utilización de ese excepcional instrumento normativo, cuyo uso se halla restringido por el artículo 86.1 de la Constitución Española a los casos de extraordinaria y urgente necesidad, no es otra que la de dar inmediato cumplimiento a la sentencia dictada por la Sala Segunda del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (TJCE) con fecha 13 de enero de 2005, en el asunto C-84/03, tramitado como consecuencia del recurso por incumplimiento interpuesto por la Comisión contra el Reino de España. Así consta en el apartado V de la Exposición de Motivos del Real Decreto-Ley, en el que se señala lo siguiente: “*La urgencia de la reforma legislativa explicitada se deriva de la reciente Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, de 13 de enero de 2005, que obliga a España a reformar su normativa referente a la adjudicación de contratos públicos, además de derivarse de la correcta adaptación al derecho español de los principios y criterios jurídicos en materia de contratación pública*”.

⁸⁹ Por todos, E. GARCIA DE ENTERRIA, “Ambito de aplicación de la Ley”, ob. Cit., p. 104 y J.M. BAÑO LEON, “La vinculación del Estado a las normas básicas de contratación”, Comentario a la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, Civitas, Madrid, 2004, pp. 1762-1764. En este mismo sentido se posiciona J.A. RAZQUIN, “El impacto de la Jurisprudencia comunitaria europea sobre contratos públicos (2003-2004) en el ordenamiento jurídico interno”, Revista Jurídica de Navarra núm. 37, 2004, pp- 231-232.

(indiferente a estos efectos⁹⁰), por las notas de control público y por la satisfacción de una actividad de interés general (aunque esta sea de carácter industrial o comercial), sin que tenga por que existir necesariamente monopolio. Sólo cuando el ente contratante realmente se comporte como un auténtico agente económico (desprovisto de funciones administrativas) en condiciones de igualdad y sin prerrogativas propias de un poder público será legítima -incluso necesaria- la decisión de adoptar técnicas jurídicas propias del Derecho privado, caracterizadas principalmente por su flexibilidad, lo que justificaría la aplicación de la Disposición adicional Sexta de la LCAP. Pero en dicho caso estas "empresas públicas" concurrentes con la iniciativa privada deberán aceptar las reglas de juego impuestas a todos los agentes económicos, cuyo núcleo principal se concentra en el Derecho de la Competencia⁹¹. Esto significa que la coexistencia de un sector empresarial público con un sector privado, dentro del marco de una economía social de mercado y la pertenencia a la Comunidad Europea, exige que las empresas públicas que actúan en el mercado se sometan a las mismas cargas sociales, fiscales, financieras y de cualquier índole, a fin de no gozar de privilegios que falseen el juego de la libre competencia del mercado (vulnerándose los art. 81-82 y 87 TCE)⁹².

En todo caso, una solución a la problemática derivada de la contratación mediante sociedades privadas que tengan la consideración de poder adjudicador sería la distinción del régimen jurídico para las mismas pues no debe ser el mismo que el

⁹⁰ A modo de ejemplo debe significarse como el legislador francés ha incluido a entes privados dentro del concepto de poder adjudicador. Por todos, puede consultarse L. RICHER, "L'article 1 du Code des Marchés publics doit-il-êtré révisé?", AJDA monográfico de 1994, pág. 16.

⁹¹ Como bien destaca GONZALEZ-VARAS IBÁÑEZ, la admisión de la aplicación del Derecho Privado para la realización de fines públicos mercantiles está acompañada del respeto y juego limpio de la actuación administrativa económica en el mercado, de tal manera que la observancia en estos casos por la Administración del Derecho de la Competencia (por exigencia tanto del Derecho interno como del Derecho comunitario), no es sino el respeto mismo por el Derecho. "Perspectivas jurídicas de la actuación económica...", ob. cit., pp. 54-56.

⁹² Desde esta perspectiva es muy criticable la opción del legislador aragonés (artículo 52 de la Ley 13/2000, de 27 de diciembre, de *Acompañamiento* a los Presupuestos) de considerar a todas sus empresas públicas como medios propios a los que encargar asuntos sin necesidad de licitación, pues posteriormente estas empresas han de aplicar la Disposición adicional Sexta de la LCAP al no considerarse entes del artículo 1.3 de la Ley. La infracción del fin de la norma comunitaria resulta en este caso evidente. Esta crítica es igualmente extensible a la práctica estatal de encargar a TRAGSA (empresa pública estatal) la realización de encargos considerándola medios propios. Estamos aquí en presencia de los denominados servicios o contratos In house, objeto de estudio por las instituciones comunitarias y que, en parte, ha sido objeto de análisis por el Tribunal de Justicia en la Sentencia de 18 de noviembre de 1999 (Asunto TECKAL) al afirmar que la normativa sobre contratación pública "es aplicable cuando una entidad adjudicadora, como un ente territorial, proyecta celebrar por escrito, con una entidad formalmente distinta de ella y autónoma respecto a ella desde el punto de vista decisorio, un contrato a título oneroso

de las personificaciones públicas. Una adecuada regulación que conjugase los distintos intereses en públicos permitiría reconducir la actual –y preocupante– situación del ámbito subjetivo en España⁹³.

Para finalizar, debe llamarse la atención sobre la aplicación de la Directiva a sujetos no poder adjudicatrices que ostenten derechos exclusivos. Al efecto, la STJCE de 18 de noviembre de 1999 (Unitron Scandinavia) recuerda que artículo 2, apartado 2, de la Directiva 93/36 debe interpretarse del siguiente modo: “Dicha disposición impone a un poder adjudicador que otorga derechos especiales o exclusivos para el ejercicio de una actividad de servicio público a cualquier entidad distinta de tales poderes adjudicatrices que exija a ésta que respete el principio de no discriminación en razón de la nacionalidad al adjudicar contratos públicos de suministro a terceros en el marco de esa actividad.

En cambio, cuando concurren las referidas circunstancias, dicha disposición no impone al poder adjudicador la obligación de exigir a la entidad de que se trate que respete los procedimientos de adjudicación previstos en la Directiva 93/36 para la adjudicación de tales contratos públicos de suministro.”

Esta reforma exige una valoración. De la lectura de las directivas y de nuestra LCAP (que se debería plasmar en una futura Ley de Contratos Públicos) se desprende un primer dato. El régimen jurídico puede ser distinto en función del umbral del contrato que se pretende licitar.

a) Cuando se superan los umbrales comunitarios (ahora recogidos en reglamento comunitario a efectos de estabilidad y seguridad jurídica de los mismos) todo poder adjudicador, al margen de su naturaleza pública o privada debe aplicar las reglas exigibles a contratistas, procedimientos y criterios de adjudicación, publicidad, determinación conforme al CPV del contrato y notificación de la adjudicación formalización. la diferencias entre su distinta personificación radicarán en los trámites administrativos contenidos en la LCAP, exigibles a entes con

que tiene por objeto el suministro de productos, independientemente de que dicha entidad sea o no, en sí misma, una entidad adjudicadora”.

⁹³ Es más, si se compara la LCAP con otras Leyes se constata la disfunción. Así tanto la Ley General Presupuestaria de 27 de noviembre de 2003 y la Ley de Patrimonio de las Administraciones Públicas de 3 de noviembre de 2003 opta por un concepto amplio de sujetos que bien podría incorporarse a la futura Ley de Contratos de las Administraciones Públicas. Vid al respecto A. PEREZ MORENO, “La

personalidad pública con consideración de administración pública conforme a la ley 30/1992, de 27 de noviembre. Así, para éstas deberán aplicarse las previsiones del libro I de la LCAP relativas a la tramitación de expedientes y todo libro II en cuanto al régimen jurídico de los contratos, mientras que las personificaciones privadas, como ahora dispone el artículo 2.1 LCAP, sólo aplicarán las previsiones de la LCAP relativas a capacidad del contratista, los procedimientos y criterios de adjudicación y la notificación y comunicación contenidos en la LCAP.

La Disposición Adicional sexta LCAP, como se ha intentado demostrar, sólo será de aplicación residual para los sujetos privados que no cumplan alguno de los requisitos para tener la consideración de poder adjudicador.

b) en los contratos que no superan el umbral comunitario debe igualmente realizarse esta doble distinción en función de la naturaleza pública o privada. En los primeros, por mandato de la LCAP, resulta de aplicación las mismas previsiones que los de umbrales superiores con la única matización de poder utilizar el contrato menor (art 56 LCAP y 121,176 y 201 de la misma ley) o el procedimiento negociado sin publicidad por cuantía (artículos 141,182 y 210 LCAP). Posibilidad que dado el importe queda limitada en gran medida obligando en la mayoría de los contratos a acudir a los procedimientos ordinarios.

En los segundos, los entes de naturaleza privada y fundaciones, la literalidad del artículo 2.1 LCAP podría hacernos pensar en que los contratos que no superaban el umbral comunitario no están sometidos a Ley y pueden acogerse directamente a la disposición adicional sexta. Pues bien, en mi opinión tal posibilidad debe ser rechazada de plano pues iría en contra de la finalidad de la directiva comunitaria. Por debajo del umbral, como ya se afirmará en la Introducción a este estudio, juegan los principios comunitarios descritos teniendo los Estados libertad para flexibilizar los procedimientos pero no para excluir las reglas de concurrencia o transparencia⁹⁴. tal

contratación de los entes instrumentales”, en libro col. Comentario a la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, ob. Cit., pp. 1561-1565.

⁹⁴ Es decir, si tiene consideración de poder adjudicador juegan los principios y reglas de la contratación pública y no la Disposición Adicional Sexta que sólo debe operar cuando los entes privados financiados públicamente no tengan dicha consideración y actúen como agentes económicos sometidos al derecho de la competencia. Esta misma opinión es compartida por NOGUERA DE LA MUELA, “Consecuencias de la Sentencia del TJUE de 15 de mayo de 2003 Comisión/España en el ordenamiento jurídico español: concepto de poder adjudicador, actos separables en los contratos de las sociedades mercantiles públicas y

afirmación encuentra aval en la propia LCAP al regular por debajo de estos umbrales los procedimientos de contratos de las administraciones públicas y permitir incluso su envío, potestativamente, a efectos de publicidad al DOUE, jugando entonces los plazos propios de éste. Luego si esto es así para los sujetos públicos debe igualmente serlo para los de naturaleza privada pues como se viene insistiendo, esta distinción es indiferente para el derecho comunitario. Las consecuencias jurídicas deben ser idénticas en función no del dato de su personalidad pública o privada sino del hecho de si los mismos revisten o no la consideración de poder adjudicador. Es ese, y no otro, el criterio para determinar cuales deben ser las reglas contractuales a aplicar. de este modo, y a pesar de la literalidad del artículo 2.1 LCAP debe entenderse que para todos los contratos que no superen los importes de publicidad comunitaria deberán aplicarse los principios de la contratación pública expuesto y cuya concreción a este supuesto implicaría necesariamente que deberán respetarse las reglas de admisión de contratistas no pudiendo contratar con quien no reúna las condiciones mínimas de solvencia o se encuentre incurso en prohibición de contratar, deben aplicarse igualmente los procedimientos y criterios de adjudicación con la única matización de que bien podría pensarse en el carácter ordinario del procedimiento negociado dado que no existe prohibición por cuantía para estos sujetos privados. en todo caso, no cabe la contratación directa ni es posible establecer licitaciones que no cumplan los requisitos procedimentales, o lo que es lo mismo, no puede, por ejemplo, utilizarse criterios de solvencia o experiencia en una adjudicación mediante concurso, ni pueden introducirse criterios discriminatorios o desproporcionados o que no guarden relación con la prestación solicitada.

Una segunda conclusión resulta también evidente (y la destaca la Instrucción núm 3 de 2005, de los Sevcios Jurídicos del Estado). La aplicación a las referidas sociedades y fundaciones del sector público estatal de los preceptos del TRLCAP a que se refiere el artículo 2.1 de la misma, –relativos a la capacidad de las empresas, publicidad, procedimientos de licitación y formas de adjudicación– no puede efectuarse atendiendo de un modo nominalista a las rúbricas de los correspondientes títulos, capítulos o artículos de la citada Ley, sino al contenido de sus preceptos y de

tutela cautelar contractual. La nueva regulación del TRLCAP introducido por la Ley 62/2003, de 30 de diciembre, de Medias fiscales, administrativas y del orden social”, Cuadernos de Derecho Local núm. 4, 2004, pp. 98-99-

los correlativos de las Directivas comunitarias citadas, de modo que no quede excluida la aplicación de previsiones que, de conformidad con éstas últimas y con la jurisprudencia del TJCE, son aplicables a todos los poderes adjudicadores, concepto autónomo del Derecho comunitario que se interpreta por el TJCE en un sentido funcional, y en el que se resultan comprendidas las sociedades mercantiles estatales y fundaciones del sector público estatal, con independencia de su naturaleza jurídico-privada.

Por último, la distinción alcanza al régimen jurídico del contrato optándose por diferenciar en función de la naturaleza –pública o privada- del ente contratante. Así, en los supuestos del artículo 2.1 se deduce que –salvo previsión legal expresa- no son aplicables en ningún caso a las sociedades y fundaciones de que se trata las previsiones del TRLCAP en las que sancionan prerrogativas o privilegios de las Administraciones Públicas. Cuestión a mi juicio no muy afortunada pues la interpretación funcional del contrato o prestación aconsejan a valorar la inclusión de ciertas facultades a favor de estas sociedades siempre y cuando no se alteren las reglas del Derecho de la competencia.

Ciertamente el marco jurídico español es impreciso, y convendría, de *lege ferenda*, una adecuada respuesta jurídica a la contratación de entes privados, pero este deficitario escenario jurídico no puede ser excusa para amparar el incumplimiento de los principios comunitarios⁹⁵. En definitiva, por debajo del

⁹⁵ En este sentido, la citada Instrucción 3/2005 recomienda por debajo de los umbrales comunitarios aplicar los principios de concurrencia y publicidad que concreta en lo siguiente:” - Definición clara y previa en cada supuesto del objeto de la contratación, de forma que éste pueda ser conocido por todos los licitadores eventualmente interesados.

- Determinación previa de los criterios objetivos aplicables a efectos de valorar las ofertas.
- Fijación previa y objetiva de los medios de publicidad aplicables.
- Establecimiento de una fase de admisión de ofertas, que en principio, y en aplicación de la concurrencia que legalmente incumbe a estas sociedades y fundaciones, ha de ser abierta a cuantos licitadores reúnan los requisitos exigidos en cada caso por la propia sociedad o fundación.
- Determinación clara y previa del órgano competente para efectuar la propuesta de adjudicación y del órgano competente para adjudicar el contrato.
- Propuesta de adjudicación a favor de la oferta más ventajosa de acuerdo con los criterios objetivos que en cada caso se hayan establecido.
- Publicidad de la adjudicación, en la forma que se establezca y siempre con carácter general y objetivo.

umbral hay flexibilidad pero no exoneración de las reglas de contratación pública no siendo de aplicación directa en tales casos la disposición adicional sexta de LCAP que, reiteramos, tiene carácter residual para sujetos privados que no revistan la condición de poder adjudicador.

Como conclusión, puede decirse que frente a la actual y preocupante situación caracterizada por la inaplicación de los procedimientos y principios de la contratación pública, amparada muchas veces en criterios jurídicos de índole formal, debe defenderse la necesidad de realizar una interpretación subjetivo-funcional que garantice el cumplimiento, al menos, de las normas de publicidad y concurrencia de los procesos de selección de contratistas con independencia del tipo de personificación adoptado y del régimen jurídico “aparente” aplicable a sus contratos⁹⁶. Esta interpretación nos permite corregir la aparente indefinición del ámbito subjetivo de la LCAP que ha servido de excusa tanto para el legislador estatal como autonómico para, a través de normas legales *ad hoc*, excepcionar el régimen de la contratación pública⁹⁷. Por ello, en tanto nuestra LCAP obedezca a criterios formales (y formalistas) se presentarán necesariamente problemas de articulación de ordenamientos jurídicos derivado de la colisión de lo dispuesto por la LCAP y el régimen de “excepción” a la regla general y formal aprobado por la Ley sectorial, lo

- Admisión restrictiva de supuestos que restrinjan la aplicación de los principios de publicidad y concurrencia consagrados en el TRLCAP.

En este último sentido, dado que el régimen de los contratos menores y el procedimiento negociado suponen excepciones a los principios de publicidad y concurrencia, se considera razonable que en los manuales o protocolos de procedimiento de contratación que, en desarrollo de la disposición adicional sexta del TRLCAP, puedan aprobar las sociedades y fundaciones de que se trata, se establezcan cuantías y supuestos coincidentes con los que establece el TRLCAP respecto a las Administraciones Públicas”.

⁹⁶ Al fin y al cabo, la exigencia de aplicar estos principios deriva tanto del respeto a los derechos de los particulares, que incluye el derecho a la igualdad de trato, tal y como expresamente exigen el art. 14 CE y art. 12 TCE; como del carácter servicial o vicarial de la Administración Pública. En esencia, se trata, como ya se ha defendido (GIMENO FELIU, “La necesaria interpretación...”, ob. cit., pp. 436-438) de aplicar a sus últimas consecuencias la teoría subjetivo-estatutaria del Derecho Administrativo, que demuestra su plena operatividad. De esta misma opinión, dando cuenta de la jurisprudencia citada, puede consultarse a E. MONTOYA, “La reciente jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea acerca del concepto de poder adjudicador de las Directivas de Contratación Pública”, Revista Andaluza de Administración Pública núm. 41, 2001, pp. 125-154.

⁹⁷ Muchos son los ejemplos, pero a estos efectos interesa destacar que teniendo en cuenta que el elemento teleológico está siempre presente en las Directivas comunitarias, es imprescindible realizar interpretaciones que garanticen la consecución del resultado que se persigue con la Directiva, que en el caso que nos ocupa se concreta en la apertura efectiva de la contratación pública. Sobre esta cuestión puede consultarse la monografía de F. VILLALBA PEREZ, *La contratación de las sociedades en*

que crea cierta y “gratuita” inseguridad para el aplicador del Derecho. Obviamente, debe recalcarse que la solución a esta problemática pasa por entender que la aparente indefinición de conceptos no implica libertad de actuación para los Estados miembros habida cuenta que, en cuanto noción de Derecho comunitario, sólo es admisible una interpretación uniforme de la misma por todos los Estados miembros, partiendo del sentido y del objeto perseguido en la disposición⁹⁸. Por este motivo, tanto los preceptos definidores de lo que se entiende por poder adjudicador, como los Anexos de que constan en estas Directivas (que se actualizan periódicamente por la Comisión, y ciertamente sugerentes si se observa lo que se dispone para ciertos Estados, como Francia o Países Bajos) prevalecen sobre las decisiones (incluso legales) de los Estados, ya que el referido principio de interpretación uniforme impide que los Estados tengan margen discrecional de actuación dado que la libertad de acción en la transposición que ofrece el TCE no afecta, como indica R. ALONSO GARCIA, a su obligación de elegir las formas y medios más apropiados para asegurar la efectividad de las Directivas⁹⁹. Y este criterio es el que viene aplicando reiteradamente el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas a fin de garantizar el desarrollo correcto de las normas del Tratado¹⁰⁰. Así lo demuestra, de forma decisiva, la STJCE de 17 de noviembre de 1993, que condena al Estado español, declarando la incompatibilidad de ciertos preceptos de la Ley de Contratos

manos de las Administraciones públicas: principios de publicidad y concurrencia, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2003.

⁹⁸ Así deriva, como recuerda el profesor S. MUÑOZ MACHADO (“Los principios del procedimiento administrativo comunitario y la reforma de la legislación básica española”, REDA núm. 75, 1992, pp. 338 y ss.), de los imperativos propios del Derecho comunitario: principios de primacía, y de aplicabilidad directa y uniforme del mismo. La STJCE de 16 de junio de 1987 reitera el principio de que los Estados miembros no pueden invocar disposiciones de su propio ordenamiento para limitar el alcance de las disposiciones y nociones comunitarias. Vid. , por todos, J.M. TRAYTER, “El efecto directo de las Directivas comunitarias: el papel de la Administración y los jueces en su aplicación”, RAP núm. 125, 1991, pp. 188 y ss.

⁹⁹ R. ALONSO GARCIA, “La ejecución normativa del Derecho comunitario europeo en el ordenamiento español”, RAP núm. 121, 1991, pp. 215 y ss. Para evitar esta problemática quizá sería conveniente, como ha sugerido AECOPYR (Asociación Española de Contratación Pública y Regulada) en su contestación al Libro Verde *La contratación pública en la Unión Europea: Reflexiones para el futuro*, que la Comisión aprobara “Comunicaciones” relativas al concepto de ente de derecho público, de cara a delimitar correctamente el ámbito subjetivo. La contestación de esta Asociación al Libro Verde puede verse, extractada, en Noticias AECOPYR núm. 2, 1997, págs. 2-5.

¹⁰⁰ Vid. especialmente S. MUÑOZ MACHADO, *Público y privado en el mercado europeo...*, ob. cit., pp. 90-94; ibidem, “La noción de empresa pública, la libre competencia y los límites del principio de neutralidad”, libro hom. al prof. Clavero Arévalo, ob. cit., pp. 1251 y ss; E. MALARET I GARCIA, *Público y privado...*, ob. cit., pp. 106-113.

del Estado y su Reglamento con la anterior normativa sobre contratación pública¹⁰¹. En la misma se declara no conforme con las mismas el art. 2.8 LCE (precepto en el que se fundamentaba la inaplicabilidad de dicha normativa a las entidades instrumentales) a cuyo tenor quedan fuera del ámbito de aplicación de la misma las entidades instrumentales que actuaban sometidas al Derecho privado. En opinión del Tribunal -que comparto plenamente- este precepto constituye una exclusión de carácter general contraria a lo dispuesto en las Directivas comunitarias, que no admiten más excepciones que las expresamente mencionadas. Asimismo, recuerda el Tribunal que aunque la transposición al Derecho interno de una Directiva no requiere una ley específica que repita textualmente la norma comunitaria, sí exige, al menos, que su contenido sea recogido en una norma de forma lo suficientemente clara y precisa como para que sus beneficiarios puedan conocer con exactitud sus derechos a fin de hacerlos valer ante tribunales nacionales¹⁰². De ahí que, cuando todas las excepciones permitidas por las Directivas han sido recogidas en la normativa nacional (Ley o Reglamento), la previsión de nuevas excepciones a introducir por otras leyes contribuye a crear una situación de inseguridad que impide a los interesados conocer con exactitud sus derechos y obligaciones¹⁰³. El criterio determinante en aras a la determinación del régimen jurídico aplicable a la contratación de estos “entes instrumentales” ha de ser el de la naturaleza de la actividad objeto de la Administración pues así lo exige el principio de libre competencia consagrado en el artículo 3 del Tratado de la Unión Europea y el principio de libertad de empresa a que se refiere el art. 38 CE.

Esta solución supone, insistimos, que la aparente flexibilidad de conceptos no implica libertad de actuación para los Estados miembros habida cuenta que, en cuanto noción de Derecho comunitario, sólo es admisible una interpretación uniforme de la misma por todos los Estados miembros, partiendo del sentido y del

¹⁰¹ Vid. LOPEZ-FONT MARQUEZ, *La apertura de los procedimientos nacionales de adjudicación de contratos públicos a las empresas de otros Estados miembros de la Unión Europea*, “RAP” núm. 133, 1993, págs. 335-342 y J.M. TRAYTER, “Consecuencias inmediatas que sobre la legislación española provoca la declaración de incumplimiento realizada por la sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 17 de noviembre de 1993”, Noticias de la Unión Europea núm. 121, 1995, pp. 99-114.

¹⁰² Vid. G. ISAAC, *Manual de Derecho Comunitario General*, Ariel, Barcelona, 1991, pp. 169-172 y MOLINA DEL POZO, *Manual de Derecho de la Comunidad Europea*, Trivium, Madrid, 1990, pp. 313-319.

¹⁰³ Opinión que también comparte S. DEL SAZ, “La huida del Derecho administrativo...”, ob. cit., p. 92.

objeto perseguido en la disposición¹⁰⁴. Por este motivo, tanto los preceptos definidores de lo que se entiende por poder adjudicador, como los Anexos de que constan en estas Directivas (que se actualizan periódicamente por la Comisión) prevalecen sobre las decisiones (incluso legales) de los Estados, ya que el referido principio de interpretación uniforme impide que los Estados tengan margen discrecional de actuación dado que la libertad de acción en la transposición que ofrece el actual artículo 249 TCE no afecta a su obligación de elegir las formas y medios más apropiados para asegurar la efectividad de las Directivas¹⁰⁵. En esta línea se acaba de manifestar la STJCE de 2 de junio de 2005 (Koppensteiner GMBH), al afirmar que “son incondicionales y suficientemente precisas para conferir un derecho a favor de un particular que éste puede invocar, en su caso, frente a una entidad adjudicadora como BIG. **En estas circunstancias, el órgano jurisdiccional competente debe dejar sin aplicar las normas nacionales que le impiden cumplir la obligación** que se desprende de los artículos 1, apartado 1, y 2, apartado 1, letra b), de la Directiva 89/665.” (negrita nuestra)¹⁰⁶.

5.- ¿Hasta donde penetra el concepto de poder adjudicador: alcanza a la denominada Administración corporativa?

Es este uno de los temas más vidriosos si se observa, además, las opciones legislativas de otros países de la Unión. Así, la interpretación amplia a al que nos

¹⁰⁴ Esto significa que prevalece el concepto comunitario funcional de Administración pública (Criterio que con carácter general defiende J.A. MORENO MOLINA, “El Derecho comunitario...”, ob. cit., págs. 35-36). Así deriva, como recuerda el profesor S. MUÑOZ MACHADO (“Los principios del procedimiento administrativo comunitario y la reforma de la legislación básica española”, REDA núm. 75, 1992, pp. 338 y ss.), de los imperativos propios del Derecho comunitario: principios de primacía, y de aplicabilidad directa y uniforme del mismo. La STJCE de 16 de junio de 1987 reitera el principio de que los Estados miembros no pueden invocar disposiciones de su propio ordenamiento para limitar el alcance de las disposiciones y nociones comunitarias. Recuérdese que la STJCE de 16 de junio de 1987 reitera el principio de que los Estados miembros no pueden invocar disposiciones de su propio ordenamiento para limitar el alcance de las disposiciones y nociones comunitarias. Vid., por todos, J.M. TRAYTER, “El efecto directo de las Directivas comunitarias: el papel de la Administración y los jueces en su aplicación”, RAP núm. 125, 1991, pp. 188 y ss.

¹⁰⁵ R. ALONSO GARCIA, “La ejecución normativa del Derecho comunitario europeo en el ordenamiento español”, RAP núm. 121, 1991, pp. 215 y ss. Para evitar esta problemática la Comisión europea para estar dispuesta a presentar “Comunicaciones” relativas al concepto de ente de derecho público, de cara a delimitar correctamente el ámbito subjetivo. Al efecto puede consultarse la ponencia de A. MATTERA en las Jornadas realizadas el 26 de noviembre de 1998 por la ERPA, publicada en el volumen titulado Public Procurement in Europe.

¹⁰⁶ En esta línea se ha posicionado D. ORDOÑEZ SOLIS al recordar que el juez nacional debe interpretar la norma nacional de conformidad al derecho comunitario. *La contratación pública en la Unión Europea...*, ob. Cit., p. 223. Criterio que, por ejemplo, se predica de igual manera en el derecho

hemos referido pretende adecuar o extender el concepto de poder adjudicador a los distintos entes instrumentales que conforman la denominada Administración Institucional, en la que la base de los mismos será, desde una perspectiva funcionalista, pública y no se aplicará a las corporaciones sectoriales de base privada¹⁰⁷. Mantenemos este criterio atendiendo al dato de que las Corporaciones públicas y los Entes institucionales tienen base distinta, ya que son, en esencia, las primeras un agrupamiento de personas («universitas personarum») y los segundos constituyen un conjunto de cosas («universitas rerum»). Los Entes corporativos tienen originariamente el significado que les da la voluntad de sus miembros de agruparse para la defensa de sus intereses peculiares (de los abogados, de los médicos, de los comerciantes...), su sostenimiento económico corre a cargo de aquéllos y se gobiernan bajo la técnica de la autoadministración. Por contra, los Entes institucionales aparecen por voluntad del Ente público que los crea, para el cumplimiento de la finalidad pública que les es asignada, su sostenimiento económico depende de la dotación financiera que se les atribuye y su administración responde al principio organizativo burocrático, como Entes instrumentales al servicio de la voluntad de su fundador. El Ordenamiento atribuye a los Entes asociativos o sectoriales de base privada personalidad jurídica de Derecho público, lo que hace que se hable de ellos como «Corporaciones de Derecho público», pero tan sólo en el sentido de que no se trata meramente de asociaciones privadas, sino que se les da ese reconocimiento público, que supone su existencia exclusiva. Al conferirles personalidad jurídico-pública, encomienda a esas Corporaciones el desempeño de ciertas facultades y funciones públicas relacionadas con sus miembros o con el sector de actividad en que éstos se mueven. Son estos datos, especialmente el desempeño de funciones administrativas, los que se esgrimen por parte de la doctrina para considerar la existencia de una llamada «Administración corporativa». Resulta necesario destacar que las Corporaciones de Derecho público, a pesar de tratarse de Entidades asociativas de base privada, realizan, en efecto, algunas funciones públicas, determinadas en sus normas creadoras y sólo en los casos de ejercicio de las mismas cabrá considerar que estamos en presencia de una actuación

francés, como advierte, entre otros, F. BERTRAND, *EL'influence du Droit communautaire sur de Droit administratif français*", *Diritto Pubblico* núm. 2 de 2001, p. 600.

administrativa, mientras que otras facetas de la actividad corporativa tienen un carácter claramente privado, relacionado en exclusiva con la vida de la Corporación y sus miembros. La normativa básica estatal en materia de régimen jurídico de las Administraciones públicas y sobre el procedimiento administrativo común no contempla inmediatamente la actuación de las Corporaciones, sino que, por su especificidad, les excluye del concepto de Administración y remite a su propia regulación.

Por último, conviene advertir que hay Entidades indudablemente privadas, con personalidad jurídico-privada, que reciben directamente de la Ley la habilitación (o delegación) para ejercer funciones públicas (caso de las Federaciones Deportivas, Juntas de Compensación, Entidades urbanísticas de colaboración, etc.), o incluso de las Administraciones públicas (concesionarios, por ejemplo). Se habla entonces de Entes o agentes colaboradores de la Administración (STC de 21 de julio de 1994). Como ejemplo, a raíz de la naturaleza de las Juntas de Compensación (o de otros entes colaboradores), por esa naturaleza administrativa, se ha cuestionado si se encuentran englobadas en el concepto de poder adjudicador ya referido que abarcaría o se extendería a la Administración Institucional. Es decir, si son, en suma, un ejemplo o modalidad de este tipo de administración. Puede afirmarse que las Juntas de Compensación obedecen al denominado fenómeno de autoadministración en el que son los propios interesados los que desarrollan la función pública de la ejecución del planeamiento en virtud de una delegación que hace de la junta un agente descentralizado de la Administración, de suerte que aquélla tiene naturaleza administrativa -art. 127.3 TR LS (que se reproduce en legislación autonómica, por ejemplo, artículo 142 LUA)-.

Ello no significa que toda la actuación de la junta de compensación esté sometida al Derecho administrativo: en la medida en que aquélla gestiona intereses propios de sus miembros sin ejercicio directo de funciones públicas, está sujeta al derecho privado. De ello deriva, pues, que al contratar -ejecuciones de obras, préstamos, ventas de terrenos, etc.- no ha de someterse a las formalidades propias del derecho administrativo, pues todo ello tiene un carácter instrumental respecto de la finalidad última de la ejecución del planeamiento, sin implicar el ejercicio directo de

¹⁰⁷ NOGUERA DE LA MUELA, *El ámbito subjetivo de aplicación de la nueva Ley de Contratos de las administraciones públicas*, Atelier, Barcelona, 2000, pp. 87 o M. RAZQUIN, *Contratos públicos y*

funciones públicas. Así lo entiende con carácter general la doctrina¹⁰⁸ y la jurisprudencia (entre otras, STS de 11 de marzo de 1989. Arz. 1968). En definitiva, las Juntas de Compensación no tienen la consideración de poder adjudicador cuando gestionan intereses privados y, por tanto, no se encuentran sometidas a las reglas de la LCAP (STS de 24 de mayo de 1994 –Arz. 3908, 30 de octubre de 1989 –Arz. 7478-).

A esta afirmación sólo se le puede presentar una matización derivada también de la jurisprudencia del TJCE. Se trata de la sentencia de 12 de julio de 2001 en cuya virtud, a la vista de la similitud de la legislación urbanística italiana y española, bien podría entenderse que las Juntas de Compensación, no teniendo la consideración de ente contratante sino de contratistas de las obras de urbanización, deberán someterse a las normas de publicidad y concurrencia cuando se superen los umbrales de publicidad comunitaria¹⁰⁹:

“La eficacia de esta última se garantiza igualmente si la legislación nacional permite que la administración municipal obligue al encargado de la urbanización titular de la licencia, mediante los acuerdos que celebra con el, a realizar las obras convenidas recurriendo a los procedimientos previstos por la Directiva, para cumplir las obligaciones que incumben a este respecto a la administración municipal en virtud de dicha Directiva. En efecto, en este caso, con arreglo a los acuerdos celebrados con el Ayuntamiento que lo exoneran de la contribución a las cargas de urbanización como contrapartida por la realización de una obra de urbanización pública, debe considerarse que el urbanizador ha recibido un mandato expreso del Ayuntamiento para la construcción de dicha obra. Esta posibilidad de aplicación de las reglas de publicidad de la Directiva por personas distintas de la entidad

Derecho comunitario, Aranzadi, Pamplona, 1996, p. 238.

¹⁰⁸ T.R. FERNANDEZ, *Manual de Derecho Urbanístico*, Abella, Madrid, 2000, pp. 165-167. MEDINA DE LEMUS, *Derecho Urbanístico*, Bosch, Barcelona, 1999, p. 149, SANTOS DIEZ y CASTELAO RODRIGUEZ, *Derecho Urbanístico*, Abella, Madrid, 1999, p. 699, PAREJO ALFONSO, *Manual de derecho Administrativo*, Ariel, Barcelona, 1998, p. 533);

¹⁰⁹ Vid los trabajos de T.R. FERNANDEZ, “La Sentencia del TJCE de 12 de julio de 2001(asunto “Proyecto Scala 2001”) y su impacto en el ordenamiento jurídico español”, DA núm. 261-262, 2002, pp. 22-23; y R. GOMEZ-FERRER, “Gestión del Planeamiento y contratos administrativos”, DA núm. 261-262, 2002, pp. 51-54. Ibidem, “Contratos Administrativos y gestión del Planeamiento urbanístico”, en libro col *Comentarios a La Ley de Contratos de las Administraciones Públicas*, Civitas, Madrid, 2004, pp. 1765-1880

adjudicadora está, por otra parte, expresamente prevista en su artículo 3, apartado 4, en caso de concesión de obras públicas”¹¹⁰.

Lo que queda claro es que la aplicación de esta norma no es directa (insistir en que el contratista es la Administración municipal) y sólo regiría para los contratos directamente conectados con la obra urbanizadora, por lo que el resto de los contratos, al no ser poder adjudicador, se regirían por la normativa privada¹¹¹. Cuando la cuantía del umbral comunitario de publicidad no concorra en el supuesto concreto, bien puede afirmarse con rotundidad que la Junta de Compensación no se encontrará sometida a las reglas contractuales contenidas en la LCAP¹¹². Así lo defiende con claridad BAÑO LEON quien cuestiona, a mi juicio con acierto, el que cierta jurisprudencia nacional aplique las consecuencias de la citada Sentencia Scala por debajo del umbral¹¹³.

En resumen, y debe insistirse en ello por las consecuencias jurídicas que comporta, todas las Corporaciones de base privada quedan, a priori, fuera del ámbito de aplicación del artículo 1.3 de la LCAP al no poder tener la consideración de poder público adjudicador¹¹⁴.

6.-Conclusion: Una interpretación funcional del concepto de poder adjudicador.

La trasposición de la directiva obliga a abordar el ámbito subjetivo desde una perspectiva subjetivo funcional que comprende a organos constitucionales, Parlamentos, Administraciones públicas, Entes instrumentales conforme a los criterios descritos, fundaciones incluso entes privados cuando ejecutan obras públicas desde la perspectiva de su financiación. Pero obliga también a reflexionars sobre al posibilidad y conveniencia de incorporar nuevas técnicas organizativas para una mayor eficiencia como son als Centrales de Compras, a las que se refiere la Directiva 18/2004. Estas

¹¹⁰ Un comentario a esta sentencia, desde la perspectiva de su influencia en nuestros Tribunales, puede verse en HUELIN MARTINEZ DE VELASCO, “Las obras de urbanización y los contratos públicos de obras. A propósito de la Sentencia Scala 2001”, Cuadernos de Derecho Local núm. 4, 2004, pp. 7 a 17.

¹¹¹ TEJEDOR BIELSA, “Contratación de la obra pública urbanizadora y sistema de compensación. La sentencia del Tribunal de Justicia de 12 de julio de 2001”, REDA núm. 112, 2001, pp.597-611)

¹¹² El Informe de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Generalitat de Catalunya 3/2003, de 29 de abril, entiende que las Juntas de Compensación no de deben aplicar la LCAP. En dicho Informe parece partirse del dato de que al Junta de Compensación no tiene consideración de poder adjudicador.

¹¹³ BAÑO LEON, J.M., “El mercado público de las obras de urbanización. Notas sobre las consecuencias de la Sentencia scala de 2001”, Cuadernos de Derecho Local núm. 4, 2004, pp. 33 y 34.

¹¹⁴ GARCIA DE ENTERRIA, “Ambito de aplicación de la Ley”, en libro col. Comentario a la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, Civitas, Madrid, 1996, p. 110.

Centrales de Compras tienen por objeto facilitar las adquisiciones y beneficiarse de economías de escala y consisten en admitir que los sujetos contratantes adquieran suministros y/o servicios (asistencias) por medio de una central de compras creada exclusivamente para tal fin teniendo ésta en todo caso la condición de sujeto contratante. La central de compras deberán poder igualmente adjudicar contratos o celebrar acuerdo marcos de obras, suministros y servicios destinados a los sujetos contratantes de las Administraciones Públicas de las que dependan o presten servicio

Esta opción es conforme a las disposiciones comunitarias por cuanto se presume que los sujetos contratantes que adquieran obras, suministros y/o servicios por medio de una central de compras en los supuestos descritos han respetado las disposiciones de la norma, siempre que la central de compras respete y aplique correctamente los procedimientos de selección y adjudicación de contratos públicos.

Esta previsión de acudir a Centrales de compras se muestra especialmente operativa en el ámbito de nuestra Administración local -excesivamente fragmentaria y escasa plantilla para sus fines- pudiendo jugar este papel las Diputaciones Provinciales a la vista de su función constitucional de asistencia y colaboración de los municipios¹¹⁵.

¹¹⁵ Esta posición institucional de las Diputaciones provinciales –y de las comarcas- en el contexto de la contratación pública es resaltada con acierto por FONT I LLOVET y PADROS CASTILLON, *La Ley de contratos de las Administraciones Públicas y la contratación de la Administración Local*“, en libro *Comentarios a La Ley de Contratos de las Administraciones Públicas*, Civitas, Madrid, 2004, pp1607-1608.

LA CONTRATACION ADMINISTRATIVA ANTE LOS TRIBUNALES DE JUSTICIA

ILMO. SR. D. FRANCISCO PUEYO CALLEJA. MAGISTRADO ESPECIALISTA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE NAVARRA.

INAP.PAMPLONA 23 DE NOVIEMBRE DE 2009

MATERIALES DE TRABAJO PARA LA PONENCIA ORAL “LA CONTRATACIÓN ADMINISTRATIVA ANTE LOS TRIBUNALES DE JUSTICIA”.

SE ENUNCIAN (una aproximación a) LOS PRINCIPIOS GENERALES EN DISTINTOS ASPECTOS DE LA CONTRATACIÓN. DEBEN PONERSE EN CONEXION CON LOS CONCRETOS CASOS QUE RESUELVEN LAS SENTENCIAS CITADAS. UN MISMO PRINCIPIO GENERAL NO CONLLEVA UNA MISMA CONCLUSIÓN JURÍDICA PUES DEBE PONERSE EN INTIMA CONEXIÓN CON LOS DATOS FACTICOS DEL CASO.

El ámbito de la contratación administrativa abarca numerosos aspectos generales y distintas clases de contratos con su específica problemática judicial.

Por razones obvias de tiempo, la presente ponencia se centrará en dar una visión general de la Jurisprudencia en aquellos aspectos judicialmente más relevantes.

1.-CONTRATOS ADMINISTRATIVOS Y CONTRATOS PRIVADOS DE LA ADMINISTRACION. DISTINCION.

1”. La importancia de la distinción en su reflejo Jurisdiccional. Jurisdicción Competente.

En principio, los contratos que suscriba la Administración, como cualquier otra actuación suya, son susceptibles de control jurisdiccional. El problema se plantea al determinar qué orden jurisdiccional es el competente para conocer los litigios en que se planteen cuestiones relativas a los contratos en que una de las partes es una Administración Pública.

El reparto entre los Tribunales civiles y los contencioso-administrativos de las cuestiones surgidas en torno a los contratos

celebrados por la Administración Pública, constituye una cuestión polémica que ha traído consigo la siempre inacabada discusión sobre la distinción entre los contratos privados y los contratos administrativos de la Administración.

La LCSP ha tratado de resolver las cuestiones suscitadas partiendo de la diferenciación que hace entre contratos administrativos, contratos privados y contratos sujetos a regulación armonizada, sentando las siguientes reglas en su artículo 21:

a) El orden jurisdiccional contencioso-administrativo será el competente para resolver las cuestiones litigiosas relativas a la preparación, adjudicación, efectos, cumplimiento y extinción de los contratos administrativos.

b) Igualmente corresponderá a este orden jurisdiccional el conocimiento de las cuestiones que se susciten en relación con la preparación y adjudicación de los contratos privados de las Administraciones Públicas y de los contratos sujetos a regulación armonizada, incluidos los contratos subvencionados a que se refiere el artículo 17.

c) El orden jurisdiccional civil será el competente para resolver las controversias que surjan entre las partes en relación con los efectos, cumplimiento y extinción de los contratos privados. Este orden jurisdiccional será igualmente competente para conocer de cuantas cuestiones litigiosas afecten a la preparación y adjudicación de los contratos privados que se celebren por los entes y entidades sometidos a esta Ley que no tengan el carácter de Administración Pública, siempre que estos contratos no estén sujetos a una regulación armonizada.

Por tanto, se considerarán actos jurídicos separables los que se dicten en relación con la preparación y adjudicación de los contratos privados de las Administraciones Públicas y de los contratos sujetos a regulación armonizada, y en consecuencia podrán ser impugnados ante el orden jurisdiccional contencioso-administrativo.

Pese a que la mayor parte de la doctrina defiende la unidad jurisdiccional para el conocimiento de las impugnaciones de todos los contratos celebrados por la Administración, orientándose en favor de los Tribunales de lo Contencioso-Administrativo -por entender que conocen mejor que los Tribunales civiles la estructura y funcionamiento de la Administración-, la Ley mantiene la dualidad jurisdiccional en base a la diferenciación, no siempre fácil, entre contratos administrativos y contratos privados, pero, respecto a éstos últimos, introduciendo una importante

modulación derivada de la doctrina de los "actos separables" (es decir, los actos de preparación y adjudicación de los contratos celebrados por la Administración).¹

2”.- De la naturaleza administrativa de los contratos. Criterios Generales.

La LCSP (como hacían las anteriores Leyes y hace la LFCP con distinta semántica) se preocupa de distinguir entre los contratos administrativos y los privados de la Administración mediante una relación de los contratos generales o nominados y los contratos administrativos especiales (aunque la LFCP se separa de esta clasificación distinguiendo entre lo típicos -que califica como administrativos: obras, suministro, asistencia, concesión de obras públicas y concesión de servicios- y el resto, incluyendo los atípicos/especiales -que califica como privados- , una lectura somera de los Anexo I y II, sobre contratos de obra y asistencia, minimiza el impacto de la exclusión de los contratos atípicos como administrativos).

Nuestra Ley Foral diseña el siguiente régimen jurídico en este aspecto:

Artículo 31. Clasificación de los contratos .

1. A los efectos de esta Ley Foral, los contratos que celebre la Administración tendrán carácter administrativo o privado.
2. Son contratos administrativos los contratos de obras, suministro, asistencia, concesión de obras públicas y concesión de servicios.
3. Los restantes contratos celebrados por la Administración tendrán carácter privado.

Artículo 32. Régimen jurídico de los contratos administrativos .

1. Los contratos administrativos se regirán, en cuanto a su preparación, adjudicación, efectos y extinción, por la presente Ley Foral y sus disposiciones reglamentarias. Supletoriamente se aplicarán las restantes normas de derecho administrativo y, en su defecto, las normas de derecho privado.
2. La Administración ostentará la prerrogativa de interpretar los contratos, resolver las dudas que ofrezca su cumplimiento, modificarlos por razones de interés público en los estrictos términos señalados en la presente Ley Foral, acordar su resolución y determinar los efectos de ésta. Los acuerdos adoptados en el uso de estas prerrogativas podrán ser objeto de reclamación o recurso de conformidad con lo dispuesto en esta Ley Foral y las restantes normas de derecho administrativo. Contra los acuerdos que pongan fin a la vía administrativa habrá lugar al recurso contencioso-administrativo conforme a lo dispuesto en la Ley reguladora de dicha Jurisdicción.

Artículo 33. Régimen jurídico de los contratos privados .

1. Los contratos privados de la Administración se regirán, en cuanto a su preparación y adjudicación, en defecto de normas administrativas específicas, por la presente Ley Foral y sus

¹ Esta doctrina, surgida en Francia y aceptada por nuestro Tribunal Supremo a partir de un Auto de 17 de octubre de 1961, ya había recibido consagración legislativa en la Ley de Contratos que precedió a la que actualmente está en vigor. Por eso, aún cuando se trate de contratos privados, las cuestiones derivadas de la preparación y adjudicación, se consideran propiamente administrativas, y en cuanto tales, perfectamente separables de las restantes, lo que hace conveniente que sean resueltas por los Tribunales de lo Contencioso-Administrativo.

Así lo ha venido a ratificar la L.J.C.A. de 1998, que atribuye a los Tribunales del orden jurisdiccional contencioso-administrativo las cuestiones que surjan de "la preparación y adjudicación" de los demás contratos (distintos a los administrativos) sujetos a la legislación de contratos sujetos a la legislación de las administraciones públicas, como se deduce del apartado b) del artículo 2º.

disposiciones de desarrollo y en lo que respecta a sus efectos y extinción, por las normas de derecho privado.

2. El orden jurisdiccional civil será el competente para resolver las controversias que surjan entre las partes en los contratos privados. No obstante, se considerarán actos jurídicos separables los que se dicten en relación con la preparación y adjudicación del contrato y, en consecuencia, podrán ser impugnados ante el orden jurisdiccional contencioso-administrativo de acuerdo con la normativa reguladora de esta jurisdicción.

De estas normas se deduce que si bien el régimen de los contratos administrativos y el de los contratos privados es distinto, sin embargo en buena parte tienen zonas comunes como la relativa a la preparación y adjudicación de los contratos. Las diferencias radican en que las prerrogativas de interpretación, modificación y resolución unilateral del contrato que rigen en los contratos administrativos, no son de aplicación a los contratos privados.

Aun así ante los Tribunales se plantean supuestos en que se discute el carácter administrativo o no (con las consecuencias jurídicas antes señaladas).Así:

- a) La STS de 27-6-2003, afirma el carácter administrativo de un contrato de compra-venta de una parcela que celebra la Diputación Provincial de La Coruña. El Tribunal considera que el contrato fue el instrumento utilizado por la Administración contratante para realizar una función de fomento, concretada en el impulso del desarrollo de la zona y en el estímulo de la iniciativa empresarial privada. Esto demuestra que, a juicio del tribunal, dicho contrato estaba directamente conectado con el ejercicio de potestades públicas que forman parte de la competencia funcional que legalmente tiene atribuida la Administración contratante.
- b) Asimismo, siguiendo jurisprudencia anterior, la STS de 14-7-2003, Ar. 6344, califica como contrato administrativo un contrato de arrendamiento de la plaza de toros propiedad de un Ayuntamiento, lo que se considera adscrito al desenvolvimiento de un aspecto de la competencia municipal de ocupación del tiempo libre.
- c) Como contratos administrativo especial considera el TS la concesión para la explotación publicitaria de las marquesinas de las paradas de autobuses de un término municipal. **STS de 19-12-2003.**²

² Así califica al citado contrato la **STS de 19-12-2003**, Ar. 467, en la que se considera que la convocatoria de un nuevo concurso para adjudicar el aprovechamiento publicitario de las nuevas marquesinas instaladas por el

d) También es un contrato de naturaleza administrativa un contrato celebrado entre la Administración y un particular para el aprovechamiento cinegético de unos determinados montes catalogados de utilidad pública. STS 14-6-2005.³

e) El contrato por el cual un Ayuntamiento cede el uso o aprovechamiento de bienes patrimoniales, es de naturaleza privada. STS 16-3-2005.⁴

f) Naturaleza administrativa de un contrato de cesión de usufructo. STS 14-5-2002.⁵

g) Naturaleza administrativa de un contrato de suministro de energía eléctrica a una Casa Sindical dada la directa vinculación con el desenvolvimiento regular del servicio público prestado en esa edificación por la Organización Sindical.. STS 30-4-2002.

h) Nulidad del contrato de arrendamiento de una finca de dominio público municipal que no ha sido desafectada. STS 2-2-2004.⁶

Ayuntamiento no resulta contrario al contrato celebrado con una empresa concesionaria que tenía por objeto otras marquesinas distintas que habían sido instaladas anteriormente.

³ La **STS de 14 de junio de 2005**, Ar. 5873, establece en sus FFDD 3º y 4º que un contrato celebrado entre la Administración y un particular para el aprovechamiento cinegético de unos determinados montes catalogados de utilidad pública es un contrato de naturaleza administrativa. El Alto Tribunal fundamenta la calificación de este contrato como administrativo en la propia Ley de Montes, pues de su regulación se infiere que el aprovechamiento cinegético de un monte catalogado de utilidad pública afecta directamente a los intereses públicos o generales. Ha de tenerse en cuenta que el Tribunal aplica la derogada Ley de Montes de 1957, en la que los Montes Catalogados de Utilidad Pública aún no tienen la naturaleza demanial que sí les atribuye la actual Ley de Montes 23/2003, y que hace aún más evidente la calificación de este contrato para el aprovechamiento cinegético de montes catalogados como contrato administrativo.

⁴ La **STS de 16-3-2005**, Ar. 3672, establece en su FD 7º que un contrato sobre cesión del uso o aprovechamiento de bienes patrimoniales del Ayuntamiento con el fin de su explotación como cantera, es un contrato de carácter privado.

⁵ La **STS de 14 de mayo de 2002**, Ar. 9548, reitera la calificación que realiza la sentencia de instancia de un contrato de cesión gratuita en usufructo de un inmueble municipal para la construcción de una piscina cubierta y otras actividades deportivas. En dicho contrato se establece que la piscina y la demás instalaciones, así como los servicios públicos que mediante ellas se han de prestar, tendrán carácter eminentemente deportivo, no profesional, y ajeno a toda idea de lucro. Esto, junto a la obtención de titularidad pública de la totalidad del edificio una vez cumplido el plazo de treinta años de usufructo, engloba, en opinión del TS, un actividad que merece la calificación de servicio público. Por todo ello el Tribunal concluye calificando el contrato como administrativo y atribuyendo a la jurisdicción contencioso-administrativa el conocimiento de todas las cuestiones relativas al mismo.

⁶ El Tribunal Supremo, en **STS de 2 de febrero de 2004**, Ar. 448, considera no conforme a derecho el contrato por el que un Ayuntamiento arrienda una finca con destino a tanatorio a un particular en la medida que esta parcela tenía la consideración de bien de dominio público ya que había sido destinada a matadero municipal y no había sido expresamente desafectada. Considera esta sentencia que “los terrenos de dominio público que se destinen a uso privativo, como es la instalación de un servicio público explotado por una empresa particular, deben ser objeto de la oportuna concesión (art. 78.1 RBEL)”.

No admite el Tribunal que haya tenido lugar una mutación demanial, por cambio de afectación del terreno a un servicio público distinto al que cumplía, pues entiende que la mutación habría requerido un acuerdo expreso al respecto.

En la misma línea, y por contra el TS considera válido el contrato administrativo especial de permuta, el negocio jurídico en virtud del cual un Ayuntamiento cedió un solar de su propiedad, que previamente desafectó, a una sociedad mercantil a cambio de que ésta construyera un frontón cubierto y una plaza pública.

2.- “Sobre los convenios de colaboración.

--Sobre este tema se debe reseñar que ya la Jurisprudencia excluía (ahora lo hace la Legislación) del régimen de la contratación pública las encomiendas a entes instrumentales de la Administración (con base en la jurisprudencia comunitaria⁷) porque son adjudicaciones que no rebasan el ámbito interno dada la inexistencia de dos voluntades distintas que confluyen entre la entidad matriz y la entidad instrumental. (STJCE 18-11-1998 que precisa el denominado contrato in house).

Se requieren dos requisitos para su apreciación (de “ente instrumental propio”) :

- a) la ausencia de autonomía decisoria respecto a la entidad encomendante.
- b) y que la entidad proveedora realice la mayor parte de su actividad para la entidad encomendante STJCE 18-11-2009 y ahora art 8 LFCP.⁸

--Cuestión distinta es la recta configuración jurídica de los convenios de colaboración.

Los convenios interadministrativos de colaboración solo estarán excluidos de la legislación de contratos cuando concurren cumulativamente los siguientes requisitos:

- a) que los contratos celebrados entre Administraciones no sean onerosos.
- b) Que el objeto contractual no sea una prestación incluida en el ámbito de la aplicación de la Directiva comunitaria o la legislación de contratos.

⁷ Con dos requisitos: la ausencia de autonomía decisoria y que la entidad proveedora realice la mayor parte de su actividad para la entidad encomendante STJCE 18-11-2009.

⁸ La contratación con otra autoridad pública sobre la que se ejerce un control análogo al que se ejerce sobre los propios servicios no debe someterse a licitación pública, no siendo ello contrario a los principios de igualdad y de no discriminación por razón de la nacionalidad y la obligación de transparencia. STJCE 9-6-2009.

Es ajustado al Ordenamiento Jurídico Europeo que un municipio adjudique sin licitación alguna la gestión de su red de teledistribución municipal a una sociedad cooperativa intermunicipal cuyos socios son exclusivamente otros municipios y asociaciones de municipios. STJCE 13-11-2008⁸

- c) Y que esa relación jurídica se establezca entre personas jurídicas (que aunque tenga formalmente personalidad jurídica propia y diferente/autónoma) con relación de dependencia entre ellas(in house providing).
- d) Pero en todo caso si la entidad instrumental requiriese la ejecución de prestaciones por parte de terceros su adjudicación quedará sometida a las normas de contratación pública (STJCE 11-1-2005; art 8.4 LFCP).

--Sentado lo anterior deben hacerse dos matizaciones:

- a) Que la “empresa mixta” no puede ser considerada en modo alguno como “medio propio” a estos efectos pues quedaría falseada la libre circulación de servicios y competencia si las entidades adjudicatarias pudieran recurrir a estas técnicas para enmascarar la adjudicación de contratos públicos a sociedades de economía mixta (STJCE 10-11-2005).
- b) Que no pueden considerarse “medios propios” los convenios concertados con otros entes de otras Administraciones públicas distintas a la adjudicataria pues no cumple los requisitos señalados por la Jurisprudencia Comunitaria (y por ende se sujetarán a la normativa de contratos públicos).

Así lo ha señalado la Jurisprudencia Comunitaria STJCE 13-1-2005 y 18-1-2007 y lo ha recogido anteriormente nuestra jurisprudencia.⁹

3”.-*Otros aspectos relativos a las prohibiciones de contratar.*

-- Las prohibiciones de contratar se proyectan tanto sobre los contratos administrativos como sobre los contratos privados celebrados por la Administración. STS 4-7-2006..

Como precisa la **STS de 4 de julio de 2006**, Ar. 5986, las prohibiciones para contratar son absolutas y no admiten excepciones. Lo que supone, a juicio del Tribunal, que la persona que incurra en ellas no puede contratar con la Administración en ningún caso, sea cual sea el contrato e incluso la naturaleza del mismo. Y ello porque tales prohibiciones de contratar son “(...) aplicables a todos los contratos regulados en la Ley y también a aquellos a los que se aplican las normas de preparación y adjudicación de

⁹ a) Convenio de colaboración para impartir cursos de formación. STS 6-10-2003. En la **STS de 6-10-2003**, Ar. 7891, se conoce de un supuesto en el que la Administración suscribe con un centro ecuestre un Convenio de colaboración para que impartiera unos cursos de formación a jóvenes interesados en encontrar profesión en ese sector.⁹

b) Convenio de colaboración entre la Administración y una Asociación de educadores para el desarrollo de la gestión educativa en un centro de reforma. STJAragon 25-3-2003

los contratos administrativos y por ello no se excluye ningún contrato ni los privados de la Administración por existir el mismo e idéntico conflicto de intereses para aplicar la prohibición de contratar (...).”.

-- *PRESCRIPCION DE LA PROHIBICION DE CONTRATAR. La prohibición de contratar, cualquiera que sea su naturaleza, por aplicación del principio de seguridad jurídica, ha de tener un plazo de prescripción, ya que no es dable admitir que la Administración pueda ejercitar una potestad, que afecta a la capacidad de una empresa para intervenir en la contratación pública, y que le priva por tanto de un derecho, en cualquier momento y a su libre decisión y sin plazo. STS 13-5-2008. STS 7-11-2006.*

Y siendo ello así, ante la falta de regulación expresa de la norma que regula las prohibiciones de contratar se habrá de acudir a la integración de tal laguna (...). Y a tal efecto el TS aplica el plazo de prescripción previsto la LRJyPAC.¹⁰

Ha de señalarse que en aplicación de esta doctrina jurisprudencial, la vigente Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público, en sus artículos 49 y 50 sí prevé distintos plazos de prescripción referidos a los diferentes supuestos que constituyen prohibiciones de contratar.

4”.- Un último apunte relativo a las causas de exclusión or incompatibilidad (hoy artículo 20 LFCP). La Ley (también la LF anterior art 64.3) prevé: 3. *No podrán concurrir a los procedimientos de licitación las empresas que hayan intervenido en la determinación de las especificaciones técnicas de los contratos, así como las empresas vinculadas a aquéllas.*

El TSJNavarra en su Sentencia de fecha 25-11-2004 (Rc 32/2003)¹¹ extiende la previsión legal de incompatibilidad de las empresas también a las personas físicas (en concreto a un funcionario municipal-aparejador-que elaboró el pliego de condiciones y luego se le adjudicó el concurso) y señala:

¹⁰ en el artículo 132 LRJPAC para las sanciones administrativas (y su cómputo desde que se cometió la infracción) conforme los artículos 7 y 9 del TRLCAP, que establecen que los contratos administrativos se rigen en cuanto a su preparación, adjudicación, efectos y extinción por la Ley de Contratos, y supletoriamente por las restantes normas de derecho administrativo y en su defecto, por normas de derecho privado.

¹¹ Refiere la SSTJNavarra: “**SEGUNDO.**- La primera nulidad de lo actuado que nos plantea la parte actora y con el carácter de nulidad radical o de pleno Derecho es la relativa a la intervención del adjudicatario en las diversas fases del concurso. Efectivamente tal adjudicatario, como empleado que fue del Ayuntamiento YY fue el que redactó y propuso el Pliego de Condiciones regulador del contrato, así como la aprobación de dicho Pliego, la Publicación en el BON y la remisión del Acuerdo y el Pliego al Gobierno de Navarra. Así mismo tal adjudicatario, el aparejador Sr. XX, aparecía como componente de la Mesa de Contratación. Realizadas todas las actuaciones pertinentes en fecha 2 de Abril de 2.002 y poco antes de la publicación en el BON de la presentación de ofertas (12 de Abril de 2.002) el Sr. XX comunica al Ayuntamiento su voluntad de extinguir su contrato de trabajo para con el citado ente municipal, siendo que se presenta a la licitación y por acuerdo de la Comisión de Gobierno se adjudica la redacción del proyecto al citado Sr. XXXX.”.

“Nos dice el Ayuntamiento , en esencia, que el Sr. XX no es una empresa, amén de que para el momento de la licitación ya se había dado de baja como empleado del Ayuntamiento.

Ninguna de las dos razones nos es válida. Lo que la Ley citada predica de las empresas (está pensando en ellas que es lo común) es extensible a las personas físicas con toda lógica pues en caso contrario el fraude de Ley está servido. La Ley esta prohibiendo toda situación que, como la presente de un puesto de privilegio al licitador y tal puesto de privilegio recae cuando este interviene, como lo hizo, intensamente en todo el proceso, proponiendo nada menos que las cláusulas del Pliego de Condiciones (se las pudo hacer a su medida), propuesta que es aceptada. Esta conducta no puede ser mantenida y no puede ser tildada sino de escandalosa: el Sr. XXXX interviene en todo el proceso como empleado municipal, y poco antes de la licitación se da de baja en el Ayuntamiento interviniendo en dicha lid y resultando el adjudicatario; es no es de recibo en Derecho.

Por lo tanto consideramos que tal adjudicación está tocada por esta vía con causa de nulidad radical al haberse conculcado el Artículo 64.3 de la Ley Foral citada antes.”.

2.- EXPEDIENTE DE CONTRATACION. GENERALIDADES.

Distinguimos los siguientes aspectos:

1”.-SUBSANABILIDAD-INSUBSANABILIDAD DE DEFECTOS. CRITERIOS DE DISTINCION. STS 21-9-2004; STS 13-7-2005; STJANAVARRA 8-3-2005; STJANAVARRA 30-9-2009 Rollo Ap 190/08.

a. Subsanabilidad de defectos formales.

-Como doctrina general podemos señalar:

- a) Que los defectos (falta firma, etc) pueden ser requisitos esenciales.*
- b) Que tales defectos son defectos subsanables, y por ello debe darse posibilidad al interesado de subsanarlo.*
- c) Si no se subsana tras el traslado para ello hecho al interesado, procede la exclusión del concurso sin que pueda alegarse indefensión alguna.*

-Entre estos defectos formales subsanables cita la Jurisprudencia:

---Defecto por falta de firma en la proposición económica. STS 21-9-2004. SAN 20-11-2002¹²

---Posibilidad de subsanación de la falta de acreditación de la capacidad para contratar. STS 7-10-2003.¹³

--Se ha admitido como subsanable la defectuosa constitución de un aval (STS de 13-7-2005), la falta de bastanteo en aval presentado en garantía provisional (STS de 26-1-2005).

b.-Insubsanabilidad de las deficiencias materiales de las proposiciones económicas frente a la posibilidad de subsanación de los errores formales. STS 10-11-2006.¹⁴

El TSJNavarra ha tenido ocasión de pronunciarse recientemente al respecto sobre la Insubsanabilidad de la oferta realizada transcurrido el plazo. No posibilidad de subsanación. STJNavarra 30-9-2009.

Se discutía si era aplicable la LRJyPAC. En primer lugar debemos reseñar que la LRJyPAC sí que es aplicable, cuestión distinta es si está bien aplicada al caso que ocupa este proceso. Una cosa es que la regulación del sexteo sea propia de la legislación foral, y por su normativa ha de regirse, y otra cosa es que en materias transversales de procedimiento que afectan a principios del procedimiento administrativo no sea de aplicación la LRJyPAC y en concreto su artículo 71.

Lo que sucede es que el artículo 71 LRJyPAC no es aplicable al caso que nos ocupa pues no estamos ante “una subsanación de defectos del artículo 71 LRJyPAC”, como a continuación exponemos.

El TSJNavarra ha reiterado su doctrina en la aplicación de dicho precepto señalando, entre otras, la STJNavarra 28-6-2004--Rollo apelación 24/2004-, (15-1-2003, 23-2-2003....):

¹² La **SAN de 20 de noviembre de 2002**, Ar. 52/2003, se basa en la impugnación de la exclusión acordada por la mesa de contratación, del escrito de oferta económica presentada por uno de los concursantes por no constar en ese escrito la firma del licitador y no haber hecho alegación alguna al respecto en el acto de apertura de la oferta económica.

¹³ Sostiene la **STS de 7 de octubre de 2003**, Ar. 7615, que la falta de acreditación por parte de una de las empresas que se presentan a la subasta de su capacidad para contratar debe ser subsanada, de modo que no cabe que la Administración rechace a un licitador por defectos formales que puedan corregirse, tales como aquellos en los que se prueba la capacidad para contratar de la empresa.

¹⁴ La **STS de 10 de noviembre de 2006**, FD 8º, Ar. 3354, reitera la constante jurisprudencia del Alto Tribunal al mantener que “(...) no cabe la subsanación de deficiencias materiales aunque sí de los errores formales cometidos en la presentación de la documentación en el plazo de tres días antes de la apertura de la presentación de las proposiciones económicas.

“.....Y sin que sea admisible el requerimiento de subsanación previsto en el artículo 71.1 LRJyPAC por cuanto que la inteligencia de tal artículo , como tiene señalado esta Sala, es la siguiente:

a) La subsanación de defectos o de omitidos documentos preceptivos que prevé el artículo 71 LRJyPAC se refiere a aquellos defectos o documentos que afectan al propio procedimiento instado y no al fondo (cuestión material) de la resolución que pudiera adoptarse en dicho procedimiento.....

b) Es decir el requerimiento de subsanación es procedente y preceptivo respecto de aquellos defectos/omisión de documentación determinantes de la procedencia (deberíamos decir improcedencia que es lo que determina tales defectos) del procedimiento en sí mismo, esto es de la iniciación y consiguiente curso procedimental hasta llegar a la resolución de fondo (obsérvese que los defectos afectan a la solicitud de iniciación). No es procedente ni preceptivo respecto de aquellos defectos u omisión de documentos que afectan a los requisitos no procedimentales es decir, a los requisitos afectantes al derecho para cuyo reconocimiento se insta (requisitos materiales afectantes al derecho y no al procedimiento administrativo).¹⁵

Y concluye la Sentencia: “Es evidente la incorrección jurídica de la subsanación de defectos otorgada por el Ayuntamiento pues no se trata de un defecto formal que afecte a la prosecución del procedimiento sino , en todo caso, ante un defecto material del ofertante cuya oferta no alcanza el mínimo legal y que afecta a la resolución de fondo de la adjudicación.”

2.-“**.DEBER DE INCLUIR EL IVA EN LAS OFERTAS. STS 2-10-2001. Se entenderá incluido el IVA en los importes o cuantías que se hagan en las ofertas.**

3”.- **LOS DEFECTOS DEL EXPEDIENTE ADMINISTRATIVO SOLO PUEDEN PERJUDICAR A LA ADMINSTRACION RESPONSABLE. CONTRATO EJECUTADO A PESAR DE EXISTIR IRREGULARIDADES. OBLIGACION DE PAGO POR LA ADMNISTRACION. STS 29-3-1999.**

¹⁵ Continúa la Sentencia c) Es por ello que el propio artículo 71.1 in fine LRJyPAC, determina como consecuencia de la no subsanación “el tener por desistido de su petición” con el consiguiente archivo y no iniciación del curso del procedimiento administrativo. Obsérvese que no se refiere a una resolución relativa al fondo de la petición instada sino a una resolución de desistimiento de la petición. Y ello es lógico si se interpreta el citado artículo como hemos señalado ut supra. d) En conclusión el hecho de que no se hiciese requerimiento alguno de subsanación es irrelevante ya que no se trata de que le faltasen documentos con la solicitud para su tramitación-apreciación sino que de los documentos que presenta el solicitante no se deriva el derecho del solicitante. Nada debía requerir de subsanación la Administración, es al solicitante a quien incumbe presentar los documentos y si estos no revelan o no tienen fuerza probatoria o son insuficientes para lo que se pretende lo que procede no es el requerimiento de subsanación sino la denegación y en esta caso la no valoración de lo no presentado.....”.

La Administración no puede negarse al pago del precio de un contrato ejecutado a su satisfacción invocando la existencia de irregularidades en el expediente de contratación que, en todo caso, serían imputables a la propia Administración.

4”.- *RECUSACION DE LA DIRECCION FACULTATIVA. STJNAVARRA .26-3-2008 Rollo ap372/2006*

¹⁶ En la STJNavarra referida se invocaba por el apelante que de las causas de recusación tuvo conocimiento una vez dictada la resolución administrativa impugnada. Y señalaba a Sentencia:

“a)...b)Pues bien aún admitiendo tal circunstancia (conocimiento sobrevenido de las causas de recusación) y que por lo tanto solo pudo articularlas en sede judicial, esta Sala debe afirmar que no existe causa alguna de recusación de la Dirección facultativa en relación al procedimiento administrativo a que se refiere este proceso judicial.

c) Respecto a “tener interés en el asunto”.Confunde, interesadamente, el apelante enemistad-animadversión con opiniones discrepantes de la Dirección facultativa insertas en un prolijo procedimiento administrativo.

- En sede judicial.Señala el apelante que buena prueba de que tienen interés es que están personados en este proceso. Tal alegación incurre en temeridad manifiesta. La propia parte procuró por todos los medios que la Dirección facultativa estuviese en este proceso. Y lo está por que así debe serlo, pues en el suplico de la demanda se articulan pretensiones contra dicha Dirección facultativa por lo que es evidente su condición de interesados a los efectos de ser oídos en este proceso (derecho de audiencia); por eso fueron llamados a este proceso judicial. Pero no fueron llamados a este proceso porque tuviesen “interés personal” en el procedimiento administrativo de referencia constitutivo de causa de recusación en dicha sede administrativa, sino porque es “interesado” en esta sede judicial al articularse pretensiones contra dicha Dirección facultativa. **Confunde el apelante el “interés personal” en sede administrativa como causa de recusación y el concepto de interesado procesal en sede judicial.**
- Por otra parte en sede administrativa (repetimos que en el concreto procedimiento administrativo que dio lugar a la resolución impugnada y no otro) no existe tal interés personal a que se refiere la causa de recusación. **En el presente caso existe, es evidente, un**

¹⁶ Pretendía el apelante la recusación de la Dirección facultativa por estar incurso en las causas de abstención-recusación de los apartado a) -- tener interés personal... o tener cuestión litigiosa pendiente con algún interesado- , c)- tener amistad íntima o enemistad manifiesta....-- y d) –Haber tenido intervención como perito o testigo en el procedimiento de que se trate-- del apartado 2 del artículo 28 de la LRJyPAC. Debemos desestimar tal alegación.

interés profesional pues es la Dirección facultativa; pero no existe ningún interés personal. La tesis del apelante nos llevaría al absurdo de considerar que toda Dirección facultativa en toda obra pública incurriría en interés personal cuando discrepase de la contrata y manifestase opiniones técnicas contrarias defendiendo estas. La defensa por parte de la Dirección facultativa de opiniones contrarias a la contrata no evidencia ningún interés personal, lo que evidencia es un interés profesional , que es el propio y el debido (y exigible) a su desempeño profesional.

d) Por otra parte es evidente que tampoco concurre la causa ”o tener cuestión litigiosa pendiente con algún interesado”, pues, **como hemos dicho, su concurrencia como codemandado proviene del conflicto profesional derivado precisamente del procedimiento administrativo que motiva este proceso judicial. Y es que el apelante confunde también la concurrencia de la causa de recusación- que debe darse en el procedimiento administrativo de referencia y que en este caso no se da como luego ampliaremos- con la existencia de la posterior contienda judicial motivada precisamente por ese procedimiento administrativo.**

La tesis del apelante también nos llevaría al absurdo de considerar que existe esta causa de recusación cuando el procedimiento administrativo llega a los Tribunales de Justicia , precisamente para dilucidar las cuestiones de fondo del que las partes discrepan (si no discrepasen no habría proceso judicial alguno).

De los documentos que refiere y en los que la parte basa la enemistad manifiesta-animadversión, no cabe concluir, ni muchísimo menos, la concurrencia de la citada causa de recusación. De tales documentos se concluye (y basta su lectura sin mayores exégesis) una discrepancia profesional entre la Dirección facultativa y la contrata –intensa si se quiere (algo habitual en los asuntos que llegan a los Tribunales), pero tal discrepancia técnica (que evidentemente la parte no comparte) no revela ni por asomo la pretendida enemistad.”.

5”.- *Expediente de tramitación urgente. Es necesario motivar la existencia de la razones de “ necesidad inaplazable” o “interés público” que justifican la urgencia en la tramitación del expediente de contratación.*

a) La STJNavarra 28-11-2003 (Rc 941/2002), señala que cabe inferir la urgencia de los informes obrantes en el expediente administrativo.

b) La STJNavarra 30-12-2003 (Rc 1378/2002), con idéntico fundamento jurisprudencial, señala que no es razón suficiente que se haya convocado el concurso 25 días antes, cuando no se justifican las razones del retraso de esa convocatoria que puedan fundamentar la urgencia en el procedimiento de contratación.

3.-ACTOS PREPARATORIOS DE LOS CONTRATOS. PLIEGOS.

1”.CRITERIOS DE ADJUDICACION EN LOS PLIEGOS. DOCTRINA GENERAL. STS 15-3-2005.

La sentencia argumenta que la legislación (LFCP, LCSP):

“.....que en los pliegos de cláusulas administrativas particulares se establecerán los ‘criterios objetivos’ que han de servir de base para la adjudicación, enumerando una serie de ellos y admitiendo que puedan incluirse otros ‘semejantes’, esto es, otros criterios que también deben tener carácter objetivo.

Estos criterios deben referirse <al objeto del contrato y no cabe incluir aquí criterios atinentes a las cualidades de los licitadores que son criterios de selección del contratista (criterios de selección) y aquí nos referimos a criterios de adjudicación (STS 23-1-2006,15-3-2005.¹⁷

2”.--CLAUSULAS DE LOS PLIEGOS Y EL RESPETO A LOS PRINCIPIOS DE LA CONTRATACION.

Todas la Jurisprudencia parte de la consideración del principio de igualdad de trato que impide toda discriminación sin mediar justificación suficiente, objetiva y razonable.

Se pueden citar entre otros supuestos:

a-Cláusula de residencia en municipio. Criterios territoriales. Nulidad por discriminación por razón del domicilio. STS 15-1-2002. STJCataluña 16-12-2002.

-Son nulas las cláusulas que establece como mérito puntuable la residencia en un término municipal sin existir causas objetivas para ello. STS 15-1-2002

-La STSJ de Cataluña de 16 de diciembre de 2002, anula una cláusula del pliego de cláusulas administrativas que establece que se ha de tener en cuenta la experiencia previa de una empresa en la prestación de servicios análogos a los que son objeto de contratación como criterio para la adjudicación del contrato, circunscribiéndolo a un determinado ámbito

¹⁷ La STS de 15 de marzo de 2005, establece consecuencia la nulidad de una cláusula que se incluye en unos determinados pliegos de condiciones administrativas particulares bajo la rúbrica de “criterios que serán estimados por la Mesa para formular su propuesta”, y que contiene criterios subjetivos basados en la experiencia profesional y en proyectos concretos realizados por los concursantes,

territorial (Cataluña) en detrimento de los demás. Para el Tribunal esta cláusula resulta contraria al ordenamiento jurídico por suponer una restricción injustificada de los principios de objetividad y de libre concurrencia que rigen la contratación de las Administraciones Públicas.

b-Cláusula de imposición al contratista de determinadas obligaciones para el recto cumplimiento del contrato.

- Validez de cláusula relativa a la exigencia de contratación de determinado personal-cuantía y calificación como exigencia para el recto cumplimiento del contrato. No atenta a la libertad de empresa y es admisible en base al principio de libertad de pactos y de la potestad autoorganizativa de la Administración.- STS 25-2000.PAG 191.

-Sin embargo es nula la imposición de contratación de seguro de responsabilidad no solo para asegurar la responsabilidad frente a terceros, sino para responder del cumplimiento del contrato STS 10-12-2004 PAG 215

c-Cláusula de valoración de la experiencia. STS 5-7-2005; 10-5-2004; 27-10-2004.

-El establecimiento como “criterio de adjudicación” la “experiencia en contratos similares realizados”, sólo es ajustado a Derecho cuando en el expediente de contratación se ha justificado debidamente alguna singularidad que hiciera necesario recurrir a esa condición. STS 5-7-2005.ABRIL 2006.

- Sin embargo el establecimiento de la experiencia como requisito para concursar infringe el principio de libre concurrencia y es nula en cualquier caso, dicha cláusula. STS 10-5-2004

d-Cláusula relativa a productos de determinada marca.

Nulidad cuando su mención sea con la finalidad de imponer tal producto de marca (atenta al principio de competencia) pero no cuando se señalen las marcas como referencias a las características o calidad del producto (admitiendo otras marcas/productos semejantes.)

De ahí la inclusión del término “o equivalente” que viene exigiendo la Jurisprudencia y también la regulación legal.

La nulidad de la cláusula deriva de ser contrario al principio de libre concurrencia y competencia.

STS 5-10-1999.PAG201.; STJANAVARRA .26-3-2008 Rollo ap372/2006.

e-Cláusula de renuncia al cobro del interés de demora por abusiva, dada la posición dominante de la Administración en el ámbito de la contratación pública. STS 10-12-2004.

f--Cláusula que establece condiciones de carácter subjetivo en beneficio de un grupo de profesionales. Nulidad por no tratarse de criterios objetivos .15-3-2004.

g--Cláusula que establece como criterio de selección del contratista una forma jurídica determinada (cooperativa de vivienda) STJMadrid 6-3-2003. No vulnera principio de igualdad siempre que resulte ,en el caso (construcción de viviendas multifamiliares y no unifamiliares), razonada y razonable tal exigencia.

h--Cláusula del Pliego que excluye a los licitadores respecto de los cuales conste un informe des favorable emitido por órgano administrativo. Nulidad pues encierra una sanción encubierta ajena a los principio de la contratación. STJAsturias 30-1-2003.¹⁸

i--Los pliegos no vulneran el principio de igualdad si prevén un trato diferente para los usuarios (de una autovía de peaje) basados en criterios objetivos y razonables. STS 4-7-2006.¹⁹

Y ello (se trata del túnel de Soller), dado que se proyectan sobre los residentes de los dos municipios a los que más directamente afecta la construcción de la carretera de peaje, aprovechando igualmente también económicamente a la concesionaria **porque induce a aquéllos al uso continuado del servicio (lo que redundaría en la satisfacción de un interés público que persigue dicha obra)** que en otras condiciones más gravosas, como las que soportan los usuarios sujetos al precio del peaje general, podrían prescindir de utilizar la carretera, prefiriendo circular por la antigua vía como opción alternativa para no someterse al pago del peaje.

¹⁸ En el caso del que conoce la **STSJ de Asturias de 30 de enero de 2003**, Ar. 256, se analiza si una cláusula del Pliego (que establece la exclusión de aquellos licitadores con respecto a los cuales conste un informe desfavorable de actuación emitido por un servicio administrativo) es admisible por tener acomodo en la libertad de pactos consagrada en el art. 4 LCAP o si se trata de una norma netamente sancionadora, erróneamente ubicada y que por tanto escapa a toda forma de contradicción y defensa. La Sentencia considera que el requisito apuntado viene a funcionar como una sanción encubierta.

¹⁹ La previsión en el pliego de cláusulas administrativas de unas tarifas diferentes para los usuarios que residiesen en los municipios afectados por la vía de peaje no constituye una desigualdad de trato con el resto de usuarios o discriminatoria, como precisa la STS de 4 de julio de 2006, Ar. 5989, si responde a razones objetivas y razonables (se trata del túnel de Soller), dado que se proyectan sobre los residentes de los dos municipios a los que más directamente afecta la construcción de la carretera de peaje, aprovechando igualmente también económicamente a la concesionaria porque induce a aquéllos al uso continuado del servicio que en otras condiciones más gravosas, como las que soportan los usuarios sujetos al precio del peaje general, podrían prescindir de utilizar la carretera, prefiriendo circular por la antigua vía como opción alternativa para no someterse al pago del peaje.

2”.- EL PLIEGO DE CLÁUSULAS ADMINISTRATIVAS PARTICULARES ES LA LEY DEL CONCURSO.

LAS BASES SON LA LEY DEL CONTRATO ESTABLE E INDISPONIBLE PARA LAS PARTES.

STS 9-2-2001. STS 4-11-1997.

--Generalidades.

La jurisprudencia ha venido afirmando tradicionalmente que los pliegos de condiciones constituyen la ley del contrato con fuerza vinculante para las partes. La expresión no debe inducir a confusión, sin embargo, en orden a la naturaleza de los pliegos, que carecen de toda sustancia normativa en sentido propio, en cuanto simples piezas integrantes del contenido de un contrato, que extraen su fuerza, precisamente, de su inclusión en el mismo por las partes contratantes (al respecto las ya antiguas Sentencias de-12-1988 y 25-7 y 26-9-1989).

a) La naturaleza contractual y no reglamentaria (no normativa) impide la impugnación indirecta en vía procesal contenciosa.

Solo tendrían carácter normativo , según la Jurisprudencia, los pliegos de cláusulas generales.

b)La naturaleza contractual, y no reglamentaria, de los pliegos explica que la falta de impugnación de éstos convalide sus posibles vicios, a menos que se trate de vicios de nulidad de pleno derecho(al menos la infracción de derechos fundamentales TSJNavarra) , en cuyo caso la denuncia no está sujeta lógicamente a ningún plazo preclusivo en aplicación de las reglas generales (así lo decía expresamente el artículo 24.3 del Reglamento de Contratación de las Corporaciones Locales de 1953). Del mismo modo se explica la posibilidad de que los pliegos particulares puedan modificar los generales, sin otro requisito que el informe previo y preceptivo de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa.

d))Conviene notar, por último, que, tratándose de contratos administrativos, una de cuyas características es, precisamente, la facultad de que dispone la Administración para modificar y configurar unilateralmente el contenido de los pliegos, la proclamada inalterabilidad de los pliegos sólo existe en la fase previa de adjudicación del contrato, en cuyo procedimiento constituyen, desde luego, el término obligado de referencia.(si quiere modificarlos tendrá que ir al procedimiento de modificación)

En base a lo dicho la Jurisprudencia ha señalado al respecto:

a) Por la vía de impugnación del resultado del concurso no se pueden impugnar las bases o convocatoria de dicho concurso. STS 8-5-2005.²⁰

b) No pueden impugnarse las bases de un concurso, una vez adjudicado, por el licitador que no las haya impugnado con anterioridad a la adjudicación, salvo que estén afectadas por un vicio de nulidad de pleno derecho (por vulneración de derechos fundamentales añade el TSJNavarra, entre otras 21-9-2004 Rc 249/2003) , en cuyo caso la acción de nulidad tendrá como límites el principio de buena fe y de seguridad jurídica, a cuya preservación tiende la firmeza de los actos para quienes los han consentido STS 11-7-2006.

--Así se sostiene que la aceptación del pliego y sus criterios imposibilita impugnar con motivo de la adjudicación el pliego resultado de su aplicación.. STS 4-11-1999.²¹

-- Pero la no impugnación de los pliegos de cláusulas administrativas de un concurso por parte de los licitadores ante la ausencia total de criterios objetivos predeterminados en ningún caso supone la convalidación de la decisión adoptada que pueda poner fin a dicho concurso y ello con base en que tal falta de criterios lo que supone es una falta de motivación de la adjudicación propiamente dicha, lo que es contrario a los principios de la contratación pública. STS29-3-2005²²

²⁰ La STS de 8 de mayo de 2005, FD 3º, Ar. 1784, de acuerdo con la asentada doctrina del TS afirma que "(...) las bases del concurso no impugnadas se convierten en Ley del concurso, y que por la vía de la impugnación del resultado del concurso no se pueden atacar o impugnar las bases o convocatoria del concurso (...)".

²¹ Pero se admite al posibilidad de impugnación de la aplicación de los criterios de los Pliegos de Cláusulas Administrativas en el momento de la adjudicación del contrato. STS 28-9-2004. En realidad lo que se viene a admitir es la impugnación de la aplicación irracional de los criterios (arbitrariedad en la decisión-adjudicación) y no tanto los criterios en sí mismos.

Tras reiterar la consolidada doctrina según la cuál no podrán impugnarse los criterios o las bases fijadas en el Pliego de Condiciones con ocasión de la adjudicación del contrato, ya que ello sólo puede hacerse en el momento de hacerse pública la convocatoria del concurso, dado que la presentación de proposiciones implica o presume la aceptación in condicionada por el empresario de la totalidad de dichas cláusulas, encontrando su razón de ser en la doctrina de los actos propios y la buena fe contractual, así como en razones de seguridad jurídica, la STS de 28 de septiembre de 2004, Ar. 5977, puntualiza que lo que sí cabe impugnar con motivo de la adjudicación del contrato son los criterios de adjudicación, y ello porque "(...) no cabe equiparar criterios de adjudicación (criterios en lo que habrá de basarse la decisión y bajo los que habrán de analizarse las distintas proposiciones) con los pliegos de referencia (...)". Pero además, establece como excepción a la doctrina anteriormente reseñada los supuestos en que la impugnación de los pliegos o bases es posible en el momento de la adjudicación, circunscribiéndolos a los supuestos en que se justifique la vulneración de derechos fundamentales.

²² En consonancia con la reiterada doctrina del Tribunal Supremo (entre otras, SSTs de 20 y 21 de julio de 2000, y 19 y 24 de junio y 12 de julio de 2004), la STS de 29 de marzo de 2005, FD 3º, Ar. 3114, argumenta que "(...) lo que se persigue con la expresión motivada de las razones que han conducido a efectuar la adjudicación en un concurso es evitar la arbitrariedad, fomentar los principios de libre concurrencia e igualdad de oportunidades y otorgar razonabilidad a una decisión que siempre debe ir encaminada a la mejor satisfacción del interés público (...)". Por ello considera la sentencia del Alto Tribunal que "(...) La tolerancia –por virtud de la inactividad de los concursantes– de la ausencia de unos criterios objetivos predeterminados en la adjudicación que consten en el mismo Pliego de Condiciones del concurso, no supone la convalidación de la decisión inmotivada que pueda poner fin al mismo (...)".

3”.- En relación con lo anterior debemos referirnos a FALTA DE CONCRECIÓN DE LOS CRITERIOS DE ADJUDICACIÓN. STS 24-6-2003..STJAndalucía 29-10-2002.

a---Criterios indiscriminados. Nulidad de las bases. STS 24-6-2003.

La STS de 24 de junio de 2003, Ar. 5731, considera que las bases de un concurso vulneran lo establecido en el apartado 2 del artículo 87 LCAP **porque otorgan a todos los criterios que fija el mismo valor.** Esto incumple el mandato que dicho precepto prescribe al requerir que se fijen por orden decreciente y por la ponderación que se les atribuya.

b—Criterios indeterminados. La ausencia de los criterios objetivos de adjudicación del concurso determina su nulidad. Con infracción del principio de seguridad jurídica lo que impide el recto control judicial. STJAndalucía 29-10-2002

La STSJ de Andalucía de 29 de octubre de 2002, Ar. 289/2003, anula las bases de un concurso por considerar que carece de todo criterio objetivo para la adjudicación del mismo, limitándose a la mera indicación siguiente: **“El concurso se resolverá con arreglo a los criterios que resulten más favorables y concernientes a los intereses públicos, pudiendo introducirse las modificaciones que se consideren necesarias en dicho Proyecto”.**

Para el Tribunal, esta previsión supone una absoluta falta de seguridad jurídica, que impediría el control de la adjudicación, vulnerándose el art. 87 LCAP, por lo que el recurso es estimado.

23

4”.- Nulidad por inconcreciones del pliego. STS 10-5-2004.

Podemos señalar:

--Nulidad por falta del imprescindible proyecto técnico , que es una pieza clave en el esquema del concurso pues aporta los datos que los licitadores deben conocer para formular sus propuestas y que ha de ser elaborado antes de convocar la licitación. STS 10-5-2004.²⁴

²³ 4”.- LOS DOCUMENTOS ACREDITATIVOS DEL CUMPLIMIENTO DE LOS REQUISITOS PARA CONTRATAR HAN DE REFERIRSE A LA FECHA DE PRESENTACIÓN DE LAS SOLICITUDES, STSJ País Vasco 3-5-2008. Asimismo la circunstancia de estar al corriente en el cumplimiento de las obligaciones tributarias se refiere a la legislación vigente en el momento de la presentación de solicitudes. STS 28-5-2002-

5”.- INSUFICIENCIA DEL PLAZO PARA LA PRESENTACION DE OFERTAS: valoración desde el punto de vista técnico y objetivo. Anulación si resulta insuficiente desde el punto de vista técnico y objetivo, dada la complejidad del proyecto a presentar y la documentación que se debe aportar .STJ Castilla-Leon.15-7-2002.²³

²⁴ La STS de 10 de mayo de 2004, Ar. 3495, reitera la nulidad del concurso determinada por la sentencia de instancia en virtud de la falta del imprescindible proyecto técnico, que es una pieza clave en el esquema del concurso pues aporta los datos que los licitadores deben conocer para formular sus propuestas y que ha de ser elaborado antes de convocar la licitación. En el caso enjuiciado, tal proyecto no existe y no se puede considerar sustituido por el

-- **Nulidad por falta de fijación en el pliego de la fianza definitiva y de garantía de la financiación, no bastando la remisión a lo que diga la normativa.**²⁵

--**Nulidad por falta de establecimiento de un sistema de puntuación para cada uno de los criterios.**²⁶

²⁷

4.-ADJUDICACION DE CONTRATOS.

Como características de la nueva regulación de la LCSP en este particular conviene resaltar las siguientes:

1.- Se han abandonado, los términos « **concurso** » y « **subasta** » -que hasta ahora se referían, a « formas de adjudicación » del contrato como instrumento que debía utilizarse en conjunción con los « procedimientos de adjudicación » , y que ahora se subsumen en la expresión « oferta más ventajosa » que remite en definitiva, a los criterios que el órgano de contratación ha de tener en cuenta para valorar las ofertas de los licitadores en los diferentes procedimientos abiertos, restringidos o negociados, y ya se utilice un único criterio (el precio, como en la antigua « subasta ») o ya se considere una multiplicidad de ellos (como en el antiguo « concurso »)-.

estudio elaborado por una sociedad anónima, ni por las memorias que el Pliego exige presentar a los licitadores, pues es la Administración la que tiene que fijar las condiciones mínimas en que debe prestarse el servicio.

²⁵ La **STS de 10 de mayo de 2004**, Ar. 3495, reitera la nulidad del concurso determinada por la sentencia de instancia por no establecerse en el Pliego la fianza definitiva que exige el art. 14 de la Ley de Contratos del Estado. Sin embargo, el aprobado por el Ayuntamiento en cuestión lo que hace es remitirse a lo que determinen los reglamentos, los cuales no resuelven cuál haya de ser la fianza en este caso.

En cuanto a la financiación, el Pliego se limita a decir que las tarifas serán las que se aprueben en el momento de la adjudicación, por lo que tampoco se puede considerar cumplido lo que preceptúa el art. 115.6 del Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales, conforme al cual han de precisarse sus factores constituidos.

²⁶ La **STS de 10 de mayo de 2004**, Ar. 3495, reitera la nulidad del concurso determinada por la sentencia de instancia por no establecerse en el Pliego un sistema de puntuación. Si se opta por el concurso, entonces se debe asignar en el Pliego uno o más puntos para cada uno de los criterios, para efectuar la adjudicación a quien obtuviere la puntuación más alta. Naturalmente, la determinación de una serie de criterios generales en los que ha de basarse tal decisión no sirve para suplir esta deficiencia.

²⁷ *Carácter taxativo de las causas de exclusión en los procedimientos de licitación de contratos públicos basadas en la honradez profesional, solvencia y capacidad económica y financiera del licitador, y ello sin perjuicio de los Estados miembros para establecer otras medidas de exclusión que tengan por objeto garantizar la observancia de los principios de igualdad de trato entre los licitadores y de transparencia, siempre que tales medidas resulten proporcionadas a dicha finalidad.*

Y sin perjuicio de reconocer la competencia de los Estados miembros para establecer otras medidas de exclusión que tengan por objeto garantizar la observancia de los principios de igualdad de trato entre los licitadores y de transparencia, siempre que tales medidas resulten proporcionadas a dicha finalidad. *STJCE 16-12-2008 y STJCE 19-5-2009.*²⁷

2.- Por tanto, ya no podemos hablar de concurso o subasta, puesto que los **criterios** que hayan de servir de base para la adjudicación del contrato se determinarán siempre por el propio órgano de contratación y se deberán detallar, de forma específica, en los pliegos de cláusulas administrativas particulares o en el documento descriptivo.

Sentado lo anterior, la Jurisprudencia, en doctrina también aplicable a la actual legislación señala:

1º FACULTADES DE LA MESA DE CONTRATACION.

Se mueven sus facultades en el ámbito de la discrecionalidad técnica:

- a) *Su función es ofrecer elementos de juicio técnicos (que intrínsecamente tienen un margen de discrecionalidad) que faciliten el cometido del órgano decisor. STS 13-2-2004.²⁸*
- b) *Carecen de facultades decisorias. Su misión es hacer propuestas al órgano de contratación.(STS 26-1-2005.STJNavarra adjudicación radio). Por esta razón, las reglas de funcionamiento interno que haya podido establecer la mesa para formular sus observaciones no vinculan a la autoridad que ha de efectuar su adjudicación, ni tampoco le vincula el resultado o la solución que preconicen esas observaciones.²⁹Ahora bien como señala la STS 3-11-2004, aunque la propuesta no tenga carácter vinculante, constituye la motivación fundamental de la resolución de adjudicación cuando se acomoda a la propuesta, y ,en caso contrario, exige una motivación específica que justifique la razón de la adjudicación no conforme con la propuesta. (este criterio jurisprudencial se ha plasmado, llevándose hasta sus últimas consecuencias, en los artículos 92.4 y 5 de la LFCP).*
- c) *Tienen evidente importancia pues la Jurisprudencia ha considerado que la ausencia de una propuesta de adjudicación es constitutiva de nulidad radical al amparo del artículo 62.1 e) LRJyPAC (STS 3-11-2004).*

²⁸ La STS de 30 de septiembre de 2004, Ar. 7679, reitera que el órgano que debe resolver sobre la contratación es quien debe considerar todas las ofertas y variantes que ofrezcan los licitadores, quedando circunscrita la Mesa de Contratación a calificar simplemente los documentos presentados, formulando una propuesta pero no adoptando resolución en cuanto al fondo. Por ello, la Mesa de Contratación no puede excluir las variantes introducidas por los licitadores, siendo ello competencia del órgano de contratación. Pero a continuación, el TS puntualiza que aun en el supuesto de que la Mesa acuerde la exclusión de tales variantes, la adjudicación no será nula siempre y cuando el órgano de contratación haya tenido en consideración la variante de la oferta presentada, alcanzando la anulabilidad únicamente al acto de trámite de la Mesa, pero no al acto definitivo de adjudicación a tenor del artículo 64.1 LRJPAC.

²⁹ La STS de 13 de febrero de 2004, Ar. 2348, considera que la afirmación de la discrecionalidad de la sentencia recurrida está referida más propiamente a la llamada “discrecionalidad técnica”, pues con ello se quiere resaltar que la calificación de las ofertas participantes en el concurso es una operación que exige saberes especializados y comporta un cierto margen de apreciación.

2".ADJUDICACION Y DISCRECIONALIDAD ADMINISTRATIVA
ALCANCE. CRITERIOS GENERALES. STS 11-7-2006.
CONCURSO (CRITERIO DE LA "OFERTA MAS VENTAJOSA") Y
SUBASTAS(CRITERIO DEL "PRECIO OFERTADO").

Se pueden apuntar los siguientes grandes parámetros en que se mueve la Jurisprudencia en este punto.

A) Criterios generales. STS 11-7-2006.

La STS de 11-7-2006³⁰ hace un acertado resumen de la doctrina jurisprudencial al respecto del margen de valoración de la Administración en la adjudicación de un contrato por concurso y que puede resumirse en que "En el concurso la Administración ejerce potestad discrecional en la fijación de los criterios objetivos contenidos en los pliegos de condiciones; pero en la fase de adjudicación del contrato la Administración debe respetar absolutamente dichos criterios."

b) Ejercicio de "discrecionalidad técnica" en la adjudicación de un concurso y margen de control por parte de los Tribunales. STS 4-6-2002, 29-6-2004 y 9-12-2004.

---- 1.- La apreciación de la oferta más ventajosa corresponde al órgano de contratación en una potestad dotada de una amplia discrecionalidad .SAN 19-3-2009.

La STSJNavarra 21-1-2005 afirma, en consonancia con la jurisprudencia más asentada del Tribunal Supremo que la apreciación de la oferta más

³⁰ La STS de 11 de julio de 2006, Ar. 4107, FFDD 5º y 6º, realiza una exposición muy completa de la doctrina sentada por el Tribunal Supremo en lo que concierne al margen de valoración que tiene la Administración en la adjudicación de un contrato por concurso:

"(...) Es tajante el artículo 87 de la LCAP (RCL 1995, 1485, 1948) al establecer la necesidad de que los pliegos de cláusulas administrativas particulares del concurso fijen los criterios objetivos que han de servir de base para la adjudicación los cuales se indicarán por orden decreciente de importancia y por la ponderación que les atribuya. Tal exigencia obstaculiza la discrecionalidad administrativa en la adjudicación del concurso por cuanto la administración para resolverlo ha de sujetarse a la baremación previamente determinada. Su discrecionalidad sólo juega con anterioridad a la adjudicación al decidir con libertad de criterio cuáles son los criterios objetivos más significativos respetando, eso sí, las reglas esenciales que impregnan nuestra actual normativa sobre contratación administrativa a partir de la transposición de las múltiples Directivas sobre la materia: publicidad, libre concurrencia y transparencia administrativa.

Por su parte el artículo 89 de la LCAP declara que el concurso se adjudicará tras motivar, en todo caso, con referencia a los criterios de adjudicación del concurso que figuren en el pliego. Finalmente el artículo 75.3 LCAP declara que la adjudicación recaerá en el licitador que, en su conjunto, haga la proposición más ventajosa, teniendo en cuenta los criterios que se hayan establecido en los pliegos.

Lo acabado de exponer evidencia que si bien la Administración ostenta, en un primer momento, un margen de discrecionalidad en la fijación de los criterios que han de reunir los que concurran al concurso así como en la determinación de la puntuación atribuible a cada uno de aquéllos no acontece lo propio con la asignación particularizada a cada uno de los concursantes a la vista de la documentación presentada. En esta segunda fase la administración debe respetar absolutamente las reglas que ella estableció en el correspondiente pliego. Es incontestable que en materia de concursos el pliego de condiciones se constituye en la Ley del concurso (Sentencias de 28 de junio de 2004, recurso de casación 7106/2000, y de 24 de enero de 2006, recurso de casación 7645/2000) (...).

ventajosa corresponde al órgano de contratación, en una potestad dotada de una amplia discrecionalidad (...)

-----2.-Ahora bien ello no quiere decir que no sea fiscalizable esta decisión, pues siempre lo será por los Tribunales:

- en cuanto existan elementos reglados,
- en cuanto el órgano de contratación se aparte de los criterios establecidos en el pliego de cláusulas
- o cuando los errores o defectos en la valoración, primero, sean ostensibles, manifiestos, y segundo no exijan conocimientos técnicos (pues nos encontraríamos en la arbitrariedad y no en la discrecionalidad).³¹

Y ello porque tales aspectos que siempre vinculan a la Administración y son fiscalizables por los Tribunales.

c) La valoración del interés público para declarar como más beneficiosa una oferta corresponde exclusivamente al órgano de contratación (tampoco a la Mesa que es un órgano técnico de asesoramiento/propuesta) y nunca a los Tribunales.STS 29-6-2004.

La misma **STS de 29 de junio de 2004**, Ar. 8258 (FD 3º), que acabamos de tratar en el apartado anterior, argumenta en orden al control por parte de los Tribunales de la decisión de la Administración de resolución de un concurso que: “(...) no es conforme al ordenamiento ni a la reiterada doctrina de esta Sala, el que el Tribunal a quo declare, como hace en la sentencia recurrida, que la oferta de la recurrente es la más beneficiosa para el interés público, pues la valoración del interés público para declarar como más beneficiosa una oferta es actuación que corresponde a la Administración (...), y el Tribunal que revisa un acto que resuelve un concurso, podrá o no estar conforme con la puntuación otorgada a cada empresa y podrá incluso revisarla, y hasta realizar una nueva puntuación, en los casos que proceda y adjudicarla a quien tenga mejor puntuación, pero no puede resolver el concurso por estimar que la oferta es más beneficiosa para el interés público (...).”

³¹ La STS de 29 de junio de 2004, Ar. 8258 (FD 3º), reitera la doctrina mayoritaria del Tribunal Supremo en esta materia y establece literalmente:

“(....) por amplio que sea el control, que nuestro ordenamiento permite, siempre hay que poner límites determinados, como acontece, en los supuestos en los que es preciso un juicio fundado de elementos de carácter exclusivamente técnico que sólo puede ser formulado por un órgano especializado y que en sí mismo escapa, por su propia naturaleza al control jurídico, que es el único que pueden ejercer los órganos jurisdiccionales, fácilmente se aprende, que la revisión de la valoración realizada por el órgano previsto para resolver el concurso la Mesa de Contratación (sic), sólo puede hacerse cuando los errores o defectos en la valoración, primero, sean ostensibles, manifiestos, y segundo no exijan conocimientos técnicos (...).”

d)-Respecto a las ofertas anormalmente bajas. El derecho Comunitario no admite que la normativa de los Estados miembros pueda regular una exclusión automática de las ofertas que se consideran anormalmente bajas con relación a la prestación, dado que la adjudicación del contrato debe efectuarse basándose en criterios objetivos: bien el precio más bajo, o bien la oferta económicamente más ventajosa. STJCE de 15 de mayo de 2008, y así se recoge ahora en nuestra legislación.

Por lo tanto no puede rechazarse sin más automáticamente “las ofertas anormalmente bajas” por mera aplicación de simples criterios matemáticos sin comprobar la posibilidad de su cumplimiento. SAN 21-11-2007

e.-La adjudicación exige necesariamente motivación suficiente de su decisión. Necesidad pero tiene carácter suficiente la remisión a informes en el expediente. SAN 22-3-2006 y 7-11-2007

³²El Tribunal Supremo viene aceptando la corrección de la motivación escueta asignando puntuación a las empresas ateniéndose al pliego de condiciones y con remisión a él (STS de 23 de junio de 2004, recurso 5035/2000).³³

Asimismo se acepta la motivación por referencia a los informes técnicos obrantes en el expediente, en los que su detalle da razón objetiva de la adjudicación (SAN de 22 de marzo de 2006)

f.- Nulidad de adjudicación realizada sin tener en cuenta los criterios establecidos en el Pliego, a pesar de ser uno de éstos contrarios al ordenamiento jurídico. STS 24-5-2004.

En opinión del Tribunal Supremo, situada la mesa de contratación ante la comprobación de que el Pliego era contrario a derecho, no fue conforme al ordenamiento jurídico continuar el procedimiento de selección, sino que, por el contrario, éste debería haberse declarado en suspenso, elevándose a la autoridad competente el informe que procediera y, en su caso, la propuesta que se considerase oportuna.

g.- Posibilidad de declarar un concurso desierto solo cuando las ofertas de los licitadores no sean admisibles conforme a las base, y salvo la concurrencia de un interés público cualificado y justificado en que cabe declararlo desierto- que corresponde apreciarlo al órgano de contratación y no a la

³² La SAN de 7 de noviembre de 2007 (recurso contencioso-administrativo 273/2005), FFDD 3º y 4º, recoge la asentada jurisprudencia en esta materia y afirma que “(..)

³³ Ello es lógico pues estamos en un proceso de concurrencia al que se ha de aplicar lo establecido en el artículo 54.2 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, según el cual la motivación de los actos que pongan fin a los procedimientos de concurrencia competitiva se realizará de conformidad con lo que dispongan las normas que regulen sus convocatorias, debiendo en todo caso quedar acreditados en el procedimiento los fundamentos de la resolución que se adopte.

Mesa por su propia naturaleza (circunscrita esta salvedad para los supuestos del criterio de “oferta más ventajosa”-concepto jurídico indeterminado) ver art 92.6 LFCP); así lo recoge la LCSP actual.

Y todo ello, tal doctrina, en base al principio de interdicción de la arbitrariedad).

Se exige pues , en todo caso, la existencia de ese interés cualificado de interés público y una motivación específica al respecto. STS 18-2-2002.

5.-NULIDAD Y ANULABILIDAD SUPUESTOS. CRITERIOS DE ADOPCION Y REPERCUSIONES JURIDICAS. STS 24-9-1999. STS 8-7-2005.

Además de los casos en que la invalidez derive de la ilegalidad de su clausulado, los contratos de las Administraciones Públicas y los contratos sujetos a regulación armonizada, incluidos los contratos subvencionados a que se refiere el artículo 17, serán inválidos cuando lo sea alguno de sus actos preparatorios o los de adjudicación, por concurrir en los mismos alguna de las causas de derecho administrativo o de derecho civil a que se refieren los artículos siguientes.³⁴

En cuanto a los efectos de la declaración de nulidad (invalidez -art 127 LFCP), señala el artículo 35:

a) que la declaración de nulidad de los actos preparatorios del contrato o de la adjudicación, cuando sea firme, llevará en todo caso consigo la del mismo contrato, que entrará en fase de liquidación, debiendo

³⁴ Contempla expresamente la Ley las causas de nulidad y anulabilidad de los contratos que regula, concretamente en sus artículos 32 y 33.

Así, son causas de nulidad de derecho administrativo las siguientes: a) las indicadas en el artículo 62.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre; b) la falta de capacidad de obrar o de solvencia económica, financiera, técnica o profesional, debidamente acreditada, del adjudicatario, o el estar éste incurso en alguna de las prohibiciones para contratar señaladas en el artículo 49; y c) la carencia o insuficiencia de crédito, de conformidad con lo establecido en la Ley 47/2003, de 26 de noviembre, General Presupuestaria, o en las normas presupuestarias de las restantes Administraciones Públicas sujetas a esta Ley, salvo los supuestos de emergencia. Son causas de anulabilidad de derecho administrativo las demás infracciones del ordenamiento jurídico y, en especial, las de las reglas contenidas en la presente Ley, de conformidad con el artículo 63 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre.

restituirse las partes recíprocamente las cosas que hubiesen recibido en virtud del mismo y si esto no fuese posible se devolverá su valor. La parte que resulte culpable deberá indemnizar a la contraria de los daños y perjuicios que haya sufrido.

b) **La nulidad de los actos que no sean preparatorios** (*esto es los actos producidos en las fases de ejecución y resolución*) sólo afectará a éstos y sus consecuencias.

c) Si la declaración administrativa de invalidez de un contrato produjese un grave trastorno al servicio público, podrá disponerse en el mismo acuerdo la continuación de los efectos de aquél y bajo sus mismas cláusulas, hasta que se adopten las medidas urgentes para evitar el perjuicio.

REFERENCIA A SENTENCIA DE LA PLAZA DEL CASTILLO Y SUS AUTOS- actos anulables no son actos ya anulados judicialmente. STJNavarra 12-11-2002 Rc 214/2001 y Autos de ejecución de 2-11-2005 y 12-12-2005

6.-EJECUCION DE LOS CONTRATOS

Distinguimos los siguientes aspectos más relevantes:

1.-PRERROGATIVAS DE LA ADMINISTRACIÓN

Las prerrogativas de la Administración se predicen de la fase de ejecución (y no de la de preparación y adjudicación) y solo respecto a los contratos administrativos (art 32 LFCP).

1”.- Plazo de ejercicio y consecuencia de la caducidad del expediente

La **STS de 19 de julio de 2004**, Ar. 7113, precisa que el plazo de resolución de los procedimientos administrativos a través de los que se articulen las facultades legales y contractuales atribuidas a la Administración contratante debe acomodarse a las prescripciones de la Ley 30/1992, sin que sea admisible la pretensión de la Administración contratante de que dicho plazo es el de vigencia del contrato.³⁵

En este sentido lo prevé ahora la LCSP (art 195) que prevé la necesaria audiencia del contratista.

2”.-Límites al ius variandi de la Administración. STS 31-5-2002

³⁵ La caducidad de dicho procedimiento, en la medida en que puede generar daños al contratista, determina el surgimiento de un supuesto de responsabilidad contractual. Y ello porque “(...) una de las partes ha impuesto a la otra el cumplimiento de unas exigencias que la posterior caducidad del expediente ha convertido en ilegales y eso determina que en virtud del artículo 1101 del Código.

La potestad de modificación, que permite a la Administración variar el contenido del contrato por razones de interés público debido a necesidades nuevas o causas imprevistas

1.-La finalidad de esta potestad es procurar la satisfacción del interés público. Así resulta clara, la Administración, como gestora de los intereses públicos vinculados a la ejecución del contrato administrativo, no puede venir obligada por el pacto celebrado si ello va en perjuicio precisamente del interés público que se pretendía satisfacer con la ejecución del contrato en los términos pactados.

2.-Por tanto, el ius variandi permite a la Administración, una vez perfeccionado el contrato modificar el mismo por razones de interés público y para atender a causas imprevistas, justificando debidamente su necesidad en el expediente; modificando el proyecto en lo menester, bien porque haya sido mal elaborado, por dificultades técnicas imprevistas o por resultar más conveniente lo modificado o reformado; suspender temporalmente la ejecución por distintas causas (no disponibilidad de los terrenos sobre los que va a realizarse la obra, por ejemplo); e incluso desistir de su ejecución porque así lo exija el interés público.

3.-Estas modificaciones no podrán afectar a las condiciones esenciales del contrato.

4.-No tendrán la consideración de modificaciones del contrato las ampliaciones de su objeto que no puedan integrarse en el proyecto inicial mediante una corrección del mismo o que consistan en la realización de una prestación susceptible de utilización o aprovechamiento independiente o dirigida a satisfacer finalidades nuevas no contempladas en la documentación preparatoria del contrato, que deberán ser contratadas de forma separada,.

5.-Las modificaciones del contrato deberán formalizarse y si no lo hiciere ello no le exime de sus obligaciones contractuales.

6.-La modificación acordada es obligatoria para el contratista, salvo que le sea muy onerosa, o representen una alteración sustancial del proyecto inicial objeto del contrato

7.- Ejercicio del ius variandi: la Administración puede modificar el lugar de la prestación del servicio público por razones de interés público, con la correspondiente indemnización de daños y perjuicios al particular. STSJ de Andalucía de 30 de julio de 2003.

8.-La Administración debe señalar el nuevo plazo para la ejecución (STS 9-2-20004).Modificación sin establecimiento de plazo: Consecuencias jurídicas.STS 28-6-2002.

En la **STS de 28 de junio de 2002**, Ar. 7071, el Tribunal Supremo aprecia que después de haberse convenido la modificación de la obra inicial, no se ha fijado otro plazo para la nueva obra que había de ser realizada a consecuencia de esa modificación, lo que impide aceptar que haya existido un incumplimiento contractual en cuanto al plazo de ejecución que pudiera justificar la penalización.

9.-Modificación indemnizable es aquella que no es decidida unilateralmente por el contratista, salvo que la propuesta y admitida (aun no formalizada por la admón.) se dirija a subsanar defectos del proyecto. TS 10-7-2002. y STS 28-3-2005. y STJNavarra 24-2-2009 Rc201/2007)

La STS de 10 de julio de 2002, Ar. 7081, declara al respecto:

“La doctrina jurisprudencial reiterada viene declarando que si bien es cierto que el contratista tiene derecho al abono de la obra realmente ejecutada, constituye regla general que el cumplimiento y efecto de los contratos no pueden dejarse al arbitrio de una de las partes contratantes y, en consecuencia, ningún contratista puede pretender el abono de obras que excedan en calidad o cantidad de las que expresamente fueron convenidas, cuando no ha mediado orden alguna ni consentimiento (expreso o tácito) de la Administración para su realización³⁶ .

10.- La Modificación exige la audiencia del contratista.- Si la modificación del contrato, en cuanto que se introducen unidades de obra no contempladas en el proyecto inicial o se modifican las ya contempladas para dar respuesta a nuevas necesidades, se realiza sin permitir la intervención del contratista, a fin de que pueda oponerse a los nuevos precios fijados, se produce la nulidad de pleno derecho de la decisión del órgano de contratación, al haberse causado una indefensión material en el contratista (STSJ de Castilla y Leon de 24 de octubre de 2006, Ar. 256.658).

3”.- Potestad de interpretación de los contratos.

1.-Aplicación de los principios generales en la interpretación de los contratos.STS 4-4-2007

La STS de 4 de abril de 2007, Ar. 2000, reitera la doctrina del Tribunal referida a que las dudas sobre la interpretación de las cláusulas contenidas en los contratos ha de realizarse de acuerdo con el artículo 1288 del Código Civil, en el sentido más favorable para la parte que hubiera suscrito el contrato, ya que su oscuridad no puede favorecer los intereses de quien los ha ocasionado.

2.- Alcance y significado de la prerrogativa de interpretación unilateral de los contratos administrativos

-- Se trata, como finalidad, de evitar que las posibles divergencias entre la Administración y el contratista puedan traducirse en un perjuicio para el interés público, como inevitablemente ocurriría si, producidas éstas, hubiera de quedar en suspenso la ejecución de la obra o la prestación del

³⁶ Sentencia de 28 de enero de 2000 (RJ 2000\1579), entre otras muchas]. Pero, esta doctrina no es aplicable al caso controvertido, desde el momento que la sentencia de instancia considera acreditado que el exceso de obras sobre el proyecto inicial y posterior proyecto reformado (tanto en el volumen de obra como en las calidades superiores a las inicialmente convenidas) fue asumido y aceptado por ambas partes, por lo que no puede sostenerse que la ejecución de ese tan citado exceso de obras respondiera a una decisión unilateral.

servicio hasta tanto se resolviese en firme la controversia por el Juez competente.

--La prerrogativa de interpretación unilateral de los contratos administrativos así justificada carece, por lo tanto, de todo contenido material o sustantivo.

No se trata de que la Administración pueda decidir libremente sobre el alcance real de lo pactado, sino de asegurar una decisión que provisionalmente permita continuar la obra, servicio o suministro contratados sin interrupciones perjudiciales para el interés general.

--La facultad interpretativa que se reconoce a la Administración no tiene otro alcance ni se traduce en reglas especiales distintas de las que establecen con carácter general los artículos 1.281 y siguientes del C.C..

--Por lo demás, esa facultad interpretativa está sometida a reglas estrictas en garantía de su objetividad. Este sentido tiene la tradicional exigencia del previo y precepto dictamen del Consejo de Estado siempre que se formule oposición por parte del contratista (artículo 22.11 de la Ley Orgánica del Alto Cuerpo de 22 de abril de 1980, en relación con el artículo 195.3 de la L.C.S.P.:).

--En cualquier caso, la interpretación de la Administración es revisable por los Tribunales de Justicia que no quedan vinculados por la misma, sino que deben ponderar la racionalidad y justeza de la interpretación impuesta por la Administración.

Aunque, naturalmente, como cualquier otra potestad la interpretación administrativa se impone como decisión administrativa que goza de los privilegios de ejecutividad y ejecutoriedad, por lo que debe ser cumplimentado de inmediato y traslada al contratista la carga de recurrir, caso de estar disconforme.

--En definitiva la potestad de interpretación del contrato viene a impedir cualquier interrupción en el cumplimiento del contrato a pretexto de discrepancias sobre el alcance de sus cláusulas y sin perjuicio de las posteriores consecuencias que puedan derivarse de un incorrecto uso de esta facultad por la Administración contratante.

4”.-El Reglamento para el ejercicio de la potestad sancionadora de la Administración no es aplicable en el ámbito de la contratación administrativa. STJAndalucía 8-7-2002.

2.-.-CUMPLIMIENTO.

a) Obligaciones de la administración

1”.Pago.

a.-Precio cierto. STJCastilla y Leon 31-10-2006³⁷

La certeza del precio no tiene que exigirse razonablemente de la totalidad del precio sino que la certidumbre se predica de los elementos que lo integran. En consecuencia, no cabe equiparar el término precio cierto con el de precio alzado. La certitud o fijeza implica inamovilidad en los elementos a salvo de que se hubiere pactado una revisión de precios.

b.- Extinción de la obligación de pago por compensación. STJNavarr 24-9-2004

La STSJ de Navarra de 24 de septiembre de 2004, Ar. 1030, afirma, con carácter general, que la compensación de créditos como forma de extinción de las obligaciones es una institución jurídica básica y genérica regulada como una forma de extinción de las obligaciones en los artículos 1195 y siguientes del Código Civil y, de una forma general, en cuanto concurren los requisitos previstos para su operatividad en dichos preceptos es aplicable a los créditos recíprocos que puedan existir entre la Administración y el contratista.

b.-Objeto Cierto

En lo que atañe al objeto del contrato del sector público este deberá ser determinado y no podrá fraccionarse un contrato con la finalidad de disminuir la cuantía del mismo y eludir así los requisitos de publicidad o los relativos al procedimiento de adjudicación que correspondan

2”.-Intereses de demora.

a) Fijación del dies ad quo del cómputo del plazo para la determinación de los intereses de demora. SAN de 18 de julio de 2007

La determinación de la fecha inicial para el cómputo de los intereses de demora debe arrancar de la fijación del plazo del que dispone la Administración para hacer efectivo el importe de la certificación de obra, pues sólo rebasado dicho plazo y desde esa fecha se constituirá en mora y comenzará a devengarse intereses.

b) No deben computarse las cantidades correspondientes al IVA a la hora de fijar la cuantía de los intereses de demora

Así lo declara la STS de 30 de enero de 2004 siguiendo jurisprudencia anterior.

c) Se reconoce jurisprudencialmente el devengo de los intereses legales de los intereses vencidos derivados de cantidades “líquidas y vencidas” adeudadas por la Administración por demora en el pago, desde el momento de la interposición del recurso contencioso-administrativo y

³⁷ Las SSTSJ de Castilla y Leon de 31 de octubre de 2006, Ar. 256.583 y 10 de octubre de 2006, Ar. 257.053, precisan, en relación a un contrato de gestión de servicios públicos, que en el expediente de contratación deberá haberse determinado con exactitud el precio

hasta la fecha de la notificación de la Sentencia firme. Aplicación supletoria de la figura del “anatocismo” (artículo 1109 CC) SSTs de 18 de febrero de 2009 y 18 de marzo de 2009.

Recogen una Jurisprudencia asentada del Tribunal Supremo en la que se afirma que ha de estimarse la pretensión de pago de intereses sobre intereses vencidos ³⁸, Y, establecen estas sentencias, que los intereses legales de los intereses vencidos de cantidades liquidadas y vencidas devengará, conforme reiterada jurisprudencia, intereses legales desde la fecha de interposición del recurso contencioso-administrativo (y no desde la presentación de la demanda) y hasta la fecha de notificación de la sentencia firme, por aplicación del artículo 1109 del Código Civil (en aras de lo dispuesto en el artículo 7.1 de la LCAP –actual artículo 19.2 LCSP–) a la contratación administrativa, que permite, en casos como el presente –en el que está determinada la cantidad a satisfacer en concepto de intereses y sólo requiere para su concreción de una simple operación matemática–, que se devenguen intereses legales sobre intereses de demora vencidos (anatocismo).

d) Para el devengo de tales intereses legalse se exige que las cantidades sean “ liquidadas y exigibles”, y así el TS solo aprecia falta de liquidez cuando exista una efectiva contradicción sobre el importe de la deuda principal .STS 20-10-1999 y 1-6-2000.

e) La existencia de un contrato nulo, no cabe por el contratista reclamar intereses de demora por el retraso en el pago.STS 24-10-2005

La existencia de un contrato nulo determina que el autor material de las obras no pueda reclamar los intereses por demora en el pago de las correspondientes certificaciones, dado que al resultar aplicable el artículo 65 del Texto Refundido las partes están obligadas a restituirse recíprocamente las cosas o resarcirse, indemnizando los daños y perjuicios la parte culpable, como señala la **STS de 24-10-2005**

3.- “ Restablecimiento del equilibrio financiero

- a) Compensación por el ejercicio del ius variandi.
- b) Cláusulas de revisión de precios.
- c) Indemnización en supuestos de fuerza mayor.

4”.- Enriquecimiento injusto.

Distinguimos:

1”.- Principio general del “enriquecimiento injusto”. Teoría general.

³⁸ con la siguiente fundamentación jurídica.

Parten de que el Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Contratos del Estado, dispone en su artículo 99.4, en igual sentido, que el artículo 100.4 de la Ley 13/1995, que “La Administración tendrá la obligación de abonar el precio dentro de los dos meses siguientes a la fecha de la expedición de las certificaciones de obras o de los correspondientes documentos que acrediten la realización total o parcial del contrato, sin perjuicio del plazo especial establecido en el apartado 4 del artículo 110, y, si se demorase, deberá abonar al contratista, a partir del cumplimiento de dicho plazo de dos meses, el interés legal del dinero incrementado en 1,5 puntos, de las cantidades adeudadas”.

Al respecto, ha de tenerse en cuenta que, en la actualidad, de acuerdo con lo previsto en el artículo 205.4 LCSP, la Administración deberá liquidar dentro del plazo de un mes a contar desde la fecha de recepción (excepto en los contratos de obras –artículo 218 LCSP–). Si se produce demora en el pago del saldo de liquidación, el contratista tendrá derecho a percibir los intereses de demora y la indemnización por los costes de cobro en los términos previstos

a.- La **STS de 10 de noviembre de 2004**, Ar. 7354, siguiendo una jurisprudencia reiterada, sintetiza la doctrina sobre el enriquecimiento injusto, afirmando que el mismo únicamente tiene lugar:

- a) cuando se producen excesos sobre el proyecto a consecuencia de órdenes de la Administración debidamente informadas o consentidas por el Arquitecto Director de las obras o por persona que tuviera apariencia de efectiva potestad, o
- b) cuando se trata de obras necesarias recibidas por la Administración sin oponer reparos, en la medida en que la Administración no puede oponer sus propias infracciones para incumplir los compromisos contraídos.

En definitiva:

- a) *el enriquecimiento injusto se produce cuando existe un desequilibrio económico “(...) constituido por prestaciones del particular que no se deban a su propia iniciativa ni revelen una voluntad maliciosa del mismo, sino que tengan su origen en hechos, dimanantes de la Administración pública, que hayan generado razonablemente en ese particular la creencia de que le incumbía un deber de colaboración con dicha Administración (...)”.* Y
- b) *No existe enriquecimiento injusto para la Administración en el caso en el que la Administración no abone al contratista obras ejecutadas no previstas en el proyecto, y sin que medie orden expresa o consentimiento de la Administración. STS 2-10-2006*

2”.-La Jurisprudencia ha aplicado tal principio del enriquecimiento injusto en los siguientes supuestos:

1.-Aplicación en caso de realización de prestaciones sin prueba de haberse celebrado de contrato alguno con la Administración. STJCastilla Leon 10-7-2007³⁹.

³⁹ La STSJ de Castilla y Leon, Valladolid, num. 1358/2007, de 10 de julio, ante un supuesto en el que “ni en el proceso ni en el expediente administrativo existe prueba alguna de la celebración de un contrato de suministro, tampoco de un expediente de contratación”, aplica el principio general del enriquecimiento injusto, para fundamentar la pretensión de pago de la actora, a propósito de lo cual realiza una exhaustiva exposición de dicho principio “(...) En razón de ese planteamiento habrá que decir a la actora que el único título jurídico que puede fundar su pretensión es el principio general que prohíbe el enriquecimiento injusto. Su incidencia en el ámbito de la contratación administrativa ha sido reconocida en sede jurisprudencial y así consta en la sentencia de esta Sala (Sección 1ª) de 24 de abril de 2007, decisoria del recurso 3113/2002, lo siguiente: ‘Así las cosas, el único título jurídico en el que sería posible apoyar el pedimento de la parte demandante es el principio general que sanciona la prohibición del enriquecimiento injusto, el cual viene siendo admitido de manera constante y uniforme en el ámbito de la contratación administrativa por la jurisprudencia de la Sala Tercera del Tribunal Supremo; siendo exponentes recientes de que ello es así las Sentencias de 11 de mayo de 2004 (Sección Cuarta), la de 15 de marzo de 2006 (Sección Cuarta) y la de 19 de junio de 2006 (Sección Cuarta)’. La primera de las expresadas dice en el fundamento de derecho 3º lo siguiente: El Código Civil alemán (artículo 812BGB), consagra expresamente la obligación de restituir para quien por prestación de otro, o de otro modo a costa de éste se enriquece sin causa. Sin embargo, nuestro CC, posiblemente, por el sistema causalista que consagra para los contratos y obligaciones omite,

2.-Obligación de abonar las obras adicionales ejecutadas, aunque no se hayan formalizado

El Tribunal Supremo viene aplicando reiteradamente el principio que veda la prohibición de enriquecimiento injusto para justificar la obligación de abonar el coste de las obras realmente ejecutadas, como consecuencia de órdenes de la Administración, aunque no se hubiesen formalizado las oportunas modificaciones del proyecto y del contrato En esta misma línea y con invocación de otras sentencias del más Alto Tribunal se sitúan la STSJ de Galicia de 26 de septiembre de 2002, Ar. 1277 y la SAN de 19 de diciembre de 2002.

3.- Pero como contrapartida la Jurisprudencia ha exigido para su apreciación que no concurra voluntad maliciosa del contratista .STS 18-7-2003⁴⁰

inicialmente, cualquier referencia al enriquecimiento injusto, y sigue sin regularlo, aunque ahora haga referencia a él en el artículo 10.9 en la redacción dada por la reformada 1974, al establecer como norma de Derecho internacional privado que en el enriquecimiento sin causa se aplicará la ley en virtud de la cual se produjo la transferencia del valor patrimonial en favor del enriquecido (...) la admisión, entre nosotros, de la figura de enriquecimiento injusto, tanto en lo que respecta a su construcción como a sus requisitos y consecuencias, es obra de la jurisprudencia civil. La labor y el mérito de ésta, a lo largo de casi una centuria, ha sido pasar de la regla de la prohibición de los enriquecimientos torticeros de Las Partidas a la delimitación de una acción de enriquecimiento sin causa en sentido estricto, tratando de evitar los peligros que presentaba la indeterminación de aquella regla para la certeza y seguridad jurídica. Así, de una parte, se llega a la distinción del principio y de la acción del enriquecimiento sin causa mediante la construcción de una figura jurídica que tiene como ‘sentencia de referencia’ la ya antigua, pero tantas veces reiterada, de 28 de enero de 1956. Y, de otra, se supera la originaria subsidiariedad de dicha acción dotándola de una amplia funcionalidad y de un progresivo ensanchamiento de los supuestos en que aquélla se reconoce.

La jurisprudencia del orden contencioso-administrativo, al menos, desde los años sesenta viene también admitiendo la aplicación de la figura del enriquecimiento injusto a determinados supuestos en el ámbito específico del Derecho administrativo, especialmente proyectados, por su naturaleza revisora de la actuación administrativa, a las Administraciones públicas. En cualquier caso, ya en dos conocidas Sentencias de 22 de enero y 10 de noviembre de 1975, se produce su reconocimiento sobre la base de la concurrencia de ciertos supuestos o requisitos.

El análisis de la referida jurisprudencia de esta Sala (cfr. SSTs, Sala 3ª, de 30 de abril y de 12 de septiembre de 2001, 15 de abril de 2003 y 6 de octubre de 2003, ad exemplum, admitiendo la figura en Derecho administrativo y acogiendo los requisitos elaborados por la Sala 1ª de este Alto Tribunal) denota una consideración del enriquecimiento injusto como principio general o como supraconcepto, que le otorga una cierta identidad y unidad, aunque ello no supone que no se manifieste con una cierta autonomía y singularidad en su proyección a la Administración respecto a su actuación sujeta al Derecho administrativo. Pero, en cualquier caso, son los requisitos establecidos por la jurisprudencia civil, acogidos expresamente por esta Sala, los que rigen y se aplican a los supuestos en que la Administración o un particular, eventual o supuestamente empobrecido, exige la restitución del enriquecimiento injusto o sin causa de un administrado o de una Administración, en este caso, de una entidad local.

Por consiguiente, ha de reconocerse que el enriquecimiento injusto, como principio general y como específica acción, forma parte, por obra de la jurisprudencia, del ordenamiento jurídico y, en concreto, del ordenamiento jurídico administrativo (...).”

⁴⁰ Conforme a la jurisprudencia del Tribunal Supremo, y concretamente la reciente STS de 18 de julio de 2003, Ar. 7778, el núcleo esencial del enriquecimiento injusto está representado por el propósito de evitar que se produzca un injustificado desequilibrio patrimonial a favor de un particular. Para que se produzca realmente y no sea un fácil medio de eludir las exigencias formales y procedimentales establecidas para asegurar los principios de igualdad y libre concurrencia que rigen en la contratación administrativa el desequilibrio, según la citada sentencia (FD 3º), ha de cumplir las siguientes exigencias:

“Ha de estar constituido por prestaciones del particular que no se deban a su propia iniciativa ni revelen una voluntad maliciosa del mismo, sino que tengan su origen en hechos, dimanantes de la Administración pública, que hayan generado razonablemente en ese particular la creencia de que le incumbía un deber de colaboración con esa Administración.”

3”.- *Enriquecimiento injusto: prescripción de la acción para reclamar.* STS 27-1-2003

Este importante aspecto de la doctrina del enriquecimiento injusto es abordado frontalmente por la STS de 27 de enero de 2003, Ar. 2282, al resolver un recurso de casación para la unificación de doctrina. La controversia se centraba en torno al plazo de prescripción aplicable a los supuestos de reclamación de cantidades por enriquecimiento injusto de la Administración: el de quince años establecido en el artículo 1964 del Código Civil o el de cinco años previsto en la Ley General Presupuestaria [art. 46.1.a)].

La sentencia se pronuncia a favor de la aplicación de este último, por tratarse del cumplimiento de una obligación de Derecho Público y porque, conforme al art. 4.1 de la Ley de Contratos del Estado de 1965 (ahora, art. 7.1 LCAP), “la aplicación de las normas jurídico- privadas sólo procede subsidiariamente, esto es, en defecto de previsiones de Derecho Administrativo y aquí no se da ese defecto” (FD 4).

b) Obligaciones del contratista.

a) *Entrega*

1.-*Recepcion tácita.* STS 21-2-1005

Aunque la Ley exige una recepción formal y expresa, la **STS de 21 de febrero de 2005**, Ar. 2519, constata que en la realidad práctica el acto formal de recepción no se produce, aconteciendo lo que se ha denominado por la jurisprudencia una recepción tácita. La misma se configura:

- a) como la adscripción de una obra al uso público sin que por la administración contratante se hubieren manifestado reservas frente al contratista sobre el estado de la obra.
- b) adscripción que se realiza mediante un acto material no documentado formalmente
- c) pero ello implica una recepción en la que se desplaza a la Administración la posesión y los riesgos mientras comienza para el contratista el período de garantía así como la obligación de subsanar y responder de los defectos de que adolezca la obra.⁴¹

⁴¹ Ver STS 21-2-2005 RJ2005/2519) que trata el tema y repasa los casos en que se acepta la tácita.

En el concreto supuesto, el Tribunal considera que dicha recepción tácita sólo es parcial, puesto que si bien se pone a disposición del público la obra pública, faltaban dos capítulos o fases importantes respecto un Proyecto consistente en la ejecución de obras de infraestructura sanitaria, urbanización, mobiliario urbano y otras para conseguir espacio público entre Puerta Real y el Paso Territorial de Lázaro Camas. Por un lado, el ornamental o jardinería y, por otro, una parte fundamental en un espacio público como es la iluminación mediante la instalación de la correspondiente canalización de energía eléctrica y la subsiguiente implantación de los correspondientes puntos de luz por medio de las farolas destinadas a tal fin.

De aquí se deriva la máxima importancia que la jurisprudencia da al contenido del acta de recepción a la hora de acreditar en sede judicial los defectos de la obra. STJNavarra26-1-2004 Rc12/2003. y 24-9-2004 Rc 385/2003.

b) Riesgo y ventura del contratista.(art 98 LFCP)

1.- El carácter parcialmente flexible del concepto de fuerza mayor(que desaparece su mención en la LFCP) con el fin de evitar un enriquecimiento injusto de la Administración.

La STS de 22 de marzo de 2005, Ar. 3567, reitera la naturaleza de la fuerza mayor como excepción al principio de riesgo y ventura, al considerar que en el supuesto concreto se ha producido un evento atmosférico anormal, imprevisible y ajeno a la obra, que ha dado lugar a unos perjuicios que exceden de los riesgos asumidos por el contratista de acuerdo con el principio de riesgo y ventura.⁴²

Frente a esta interpretación “académica”, las SSTS de 28-3-2005, Ar. 3304, y 15-3-2005, Ar. 3194, tras reiterar la doctrina jurisprudencial relativa al carácter tasado de los supuestos de fuerza mayor y la interpretación restrictiva de los mismos, señalan, no obstante, que en determinados supuestos el Alto Tribunal realiza una interpretación flexible de los mismos, ampliándolo a otros supuestos no equivalentes a supuestos catastróficos (por ejemplo, movimiento de tierras y la no posibilidad de que un estudio geotécnico pudiera prever con total seguridad el movimiento de tierras; lluvias torrenciales, aun sin referencia al desbordamiento catastrófico de ríos o arroyos), apreciando en el supuesto concreto la concurrencia de un concurso de causas en el hundimiento del terreno (falta de estudios geotécnicos previos al movimiento de tierras, y posterior acuerdo con el contratista para intentar solucionar las grietas del túnel que resulta infructuoso), pues no cabe realizar una interpretación restrictiva del principio de riesgo y ventura del contratista para eximir de responsabilidad a la Administración ni para imponer al contratista el deber de soportar sin compensación cualquier actuación de la Administración.

2.-“ *La Administración no puede eludir el principio de riesgo y ventura que debe soportar el contratista acordando la resolución del contrato y el abono de una indemnización al contratista que le evite cualquier pérdida.* STS 4-12-2004.

En el mismo sentido se pronuncia la STSJ de Madrid de 10 de febrero de 2005.

⁴² En concreto, considera que concurre dicha fuerza mayor porque se ha producido una inundación catastrófica como consecuencia del desbordamiento de arroyos, concepto en el que no resulta desproporcionado ni supone una interpretación extensiva la inclusión de barrancos, que no son sino quiebras de la tierra producidas por las corrientes de las aguas, por las que discurren éstas, fundamentalmente con ocasión de abundantes lluvias, que cuando dan lugar a desbordamientos e inundaciones catastróficas se contemplan en la Ley como supuesto de fuerza mayor, en cuanto excede del riesgo que legalmente asume el contratista, que recibe la indemnización correspondiente en consideración al principio de equilibrio financiero.

Ante la decisión municipal de resolver el contrato de construcción y explotación de un aparcamiento subterráneo, ante la falta de cumplimiento de las expectativas económicas del contratista en la venta de las plazas de aparcamiento, a través de un expediente de supresión del contrato por razones de interés público con otorgamiento de una elevada indemnización al contratista (que cubre las expectativas de éste), la **STS de 4 de diciembre de 2004**, Ar. 970 de 2005, anula dicha supresión del servicio, en la medida en que esta causa de extinción del contrato no es el medio adecuado para lograr una compensación equitativa del menoscabo sufrido como consecuencia de la necesidad de preservar el equilibrio financiero que el concesionario tenía derecho a exigir. Por el contrario, para el Tribunal ello supone una auténtica liquidación de la concesión con la casi exclusiva finalidad de satisfacer las expectativas de ganancia de este último y un considerable perjuicio para los intereses públicos que encarna el Ayuntamiento.

d.-Aplicación de la teoría del riesgo imprevisible. STJCastilla y Leon 21-12-2007⁴³. STS 19-12-1990 (ahora art 79.2 LCSP)

Efectivamente, en nuestro ordenamiento jurídico el contrato administrativo tiene un carácter ciertamente aleatorio, al indicar que la ejecución del contrato se realizará a riesgo y ventura del contratista. Sin embargo, la doctrina científica y jurisprudencial han venido atenuando la estricta aplicación de tal principio en base a la cláusula *rebus sic stantibus* o en la llamada teoría del riesgo imprevisible, adaptándose así el objeto del contrato, a las circunstancias sobrevenidas (y extraordinarias) durante su ejecución por hechos que no pudieron preverse en el momento de la celebración o perfección del contrato ni en el de la fijación de sus plazos de ejecución, permitiéndose de este modo el restablecimiento del adecuado equilibrio conmutativo de las respectivas contraprestaciones. En definitiva,

⁴³ La STSJ de Castilla y León (Burgos) 608/2007, de 21 diciembre realiza un resumen de la doctrina jurisprudencial sobre la llamada teoría del riesgo imprevisible, que por su interés doctrinal reproducimos:

“Para la solución del caso debe ser pauta a seguir la que marca la Sentencia de 19 de diciembre de 1990 siguiendo la doctrina de la antigua Sala Tercera de este Tribunal de 16 de septiembre de 1988, cuyo Fundamento Tercero sienta la doctrina de que frente al principio general *pacta sunt servanda* llevado a sus últimos y exagerados términos – *summum ius summa iniuria*–, en aras de una formalística ‘seguridad jurídica’, se impone en el derecho administrativo el principio del ‘valor superior de la justicia’ proclamado en el párrafo primero del artículo 1 de la Constitución Española de 1978, ya que no se debe desconocer que en las relaciones entre la Administración y los ciudadanos, aquélla debe actuar en el campo estricto del derecho administrativo, mas que en el de sus intereses patrimoniales, estando dichas relaciones jurídicas marcadamente influenciadas por los principios de ‘equidad’ y ‘buena fe’, los cuales exigen mitigar la excesiva y por tanto antijurídica onerosidad no necesaria en las prestaciones de los ciudadanos, cuando hechos o eventos transcendentales o inéditos concurren en sus situaciones jurídicas.

Desde esas referencias de equidad (artículo 3.2 CC) y buena fe (artículo 1258 CC), y desde el principio de equilibrio contractual o equivalencia de las prestaciones, como pauta interpretativa de todo contrato oneroso (artículo 1289 CC), parece lógico entender que la prestación contractual, aunque sea parcial, debe retribuirse con el precio pactado para las unidades contractuales realizadas, sin que sea admisible, por ser contrario a la veda del enriquecimiento injusto, que un contratante acceda a recibir la prestación parcial, pero que no la retribuya según lo pactado.

todo ello, no es sino la plasmación expresa del principio de buena fe en la ejecución de los contratos reconocido en el artículo 1258 del Código Civil. (STS de 30 de abril de 2001⁴⁴).

3.-INCUMPLIMIENTO.

a) *Demora. Efectos*

b) *Efectos del incumplimiento.*

7.-REVISION DE PRECIOS. Especial referencia.

Otra excepción al principio de riesgo y ventura es la revisión de precios (art 106 LFCP y art 77 LCSP).

Podemos destacar:

1”.-. Improcedencia de la revisión de precios instada pues tal revisión está excluida por el pliego de Cláusulas Administrativas Particulares. Extensión (formal y material) de la motivación de la exclusión . STJNAVARRA .26-3-2008 Rollo ap372/2006

La Citada STJNavarra contiene la doctrina al respecto invocando la Jurisprudencia del Tribunal Supremo y señal:

“1.- En primer lugar debemos reseñar que el apelante confunde la figura de la “revisión de precios” con “el precio de los modificados del proyecto”, que ni tienen la misma naturaleza, si persiguen la misma finalidad ni el régimen de cálculo es el mismo.

2.- En cualquier caso, fundamenta su petición de “revisión de precios” en el artículo 103 de la Ley de Contratos del Estado y en el artículo 126 de la

⁴⁴ Ponente don Juan José González Rivas, en la que se precisa que:

‘(...) ya la doctrina de esta Sala contenida en la precedente Sentencia de 12 de diciembre de 1979, legitimaba la revisión de precios no prevista en el contrato, en el caso de circunstancias extraordinarias sobrevenidas que escapasen a la capacidad de previsión del contratista, acudiendo para legitimar esa revisión de precios a la figura jurídico-doctrinal de la cláusula *rebus sic stantibus* o riesgo imprevisible, como ya había reconocido la precedente jurisprudencia de esta Sala, contenida en las Sentencias de 29 de mayo, 5 de junio y 4 de julio de 1951, entre otras, tendentes a un restablecimiento del equilibrio financiero del contratista cuando en las vicisitudes de la contratación concurrían circunstancias y alteraciones económicas extraordinarias, anormales, imprevistas y profundas que afectaban grandemente a éste, dentro de una previsión razonable.

Estas circunstancias no concurren en la cuestión examinada, en donde se impone el respeto al principio general *pacta sunt servanda*, que llevado a sus últimos términos y en las relaciones entre la Administración y los ciudadanos, en el campo estricto del Derecho Administrativo, está influido por los principios de equidad y buena fe, cuando hechos o eventos trascendentales, extraordinarios o inéditos concurren en las situaciones jurídicas que no son de aplicación en la cuestión examinada’.

Y con aplicación de dichos precedentes jurisprudenciales lo mismo cabe concluir en el presente caso, donde las reiteradas circunstancias extraordinarias ya eran conocidas por la parte recurrente cuando presentó el Plan sobre costes económicos, sin que puedan estimarse a la vista de los hechos recogidos en el anterior Fundamento de la presente sentencia, que concurren los requisitos para la procedencia de la factura cuyo importe se reclama y que constituye el objeto del presente recurso jurisdiccional, procediendo por todo ello y al haberlo declarado así igualmente la sentencia de instancia, la desestimación del recurso de apelación y la confirmación íntegra de aquélla.”

Ley Foral de Contratos de la Administraciones Públicas de Navarra (relativos a la revisión de precios), que en lo sustancial y que sirve de fundamento a la demanda y apelación establecen semejante regulación. Señala el demandante-apelante que conforme a las citadas disposiciones se dan los supuestos para la revisión de precios, y, *” a mayor abundamiento, aunque fuese cierto que el pliego determina la no revisión, esta disposición sería nula por cuanto no existe resolución motivada que justifique la no aplicación de la revisión”*.

3.- Establece el citado artículo de la Ley Foral, en lo que aquí interesa,: *“El pliego de cláusulas administrativas particulares deberá detallar la fórmula o sistema de revisión aplicable y, en resolución motivada, podrá establecerse la improcedencia de la misma, que igualmente deberá hacerse constar en dicho pliego”*.

4.- Por su parte la cláusula 14ª del pliego de Cláusulas Administrativas Particulares del contrato que nos ocupa establece que *“la ejecución del contrato se realizará a riesgo y ventura del contratista”*, añadiéndose, en lo que aquí interesa, que *“dadas las características de las obras, no se aprecian causas justificadas para contemplar revisión de precios”*.

5.- Debemos afirmar la improcedencia de la revisión de precios instada pues tal revisión está excluida por el pliego de Cláusulas Administrativas Particulares (documento legalmente idóneo para ello) del contrato que nos ocupa:

- a) En primer lugar debemos reseñar que dicho pliego forma parte de contrato que fue adjudicado, y desde su adjudicación vincula a todas las partes. Todo el expediente de contratación se verificó con pleno conocimiento del adjudicatario hoy apelante no impugnando ninguna de las previsiones de los pliegos integrantes del contrato , por lo tanto no puede ahora discutir en la fase de ejecución del mismo la validez de las cláusulas del contrato que el apelante asumió sin tacha y que le resultan vinculantes desde su adjudicación.

En este sentido se ha pronunciado la Jurisprudencia (SAN 14-9-2006 , STS 2-7-2004, recogiendo ésta última la doctrina del TS al respecto) que establece que *“conforme a la Ley de Contratos, los contratos se perfeccionan por la adjudicación, y tras la adjudicación se ha de celebrar el oportuno contrato administrativo, y el objeto del contrato deberá ser determinado y ha de tener un precio cierto, por lo que es claro que una vez consentido y firmado por los contratistas el contrato de adjudicación con un precio determinado ese precio, y no otro, es el que debe regir las relaciones del contratista con la Administración a salvo, claro está, las posibilidades de revisión de precios expresamente previstas en las normas que regulan los contratos administrativos y si los licitadores voluntariamente o por las razones que estimaron oportunas no retiraron sus ofertas, y en el momento de celebrar el contrato no hicieron alegación o petición de actualización, es claro que dieron su pleno consentimiento al contrato que firmaban, y por tanto a las previsiones y términos concretos de tal contrato se ha de estar, máxime cuando se trata de un contrato de obras que se ha de cumplir a riesgo y ventura del contratista”*. O la sentencia de la Sala 3ª del Tribunal Supremo de 7 febrero 2006 que hace referencia a los pliegos de condiciones particulares, diciendo que *“incluyen los pactos y condiciones definidoras de los derechos y obligaciones de las partes del contrato, cuyas cláusulas se consideran parte integrante del mismo. Por esto mismo, la aceptación debe remitirse a las condiciones previstas en el propio pliego, pues es la garantía de que la adjudicación se hará respetando aquellas exigencias públicas y del principio de concurrencia en igualdad de*

oportunidades de los licitadores. Los pliegos de cláusulas administrativas -dice más adelante la sentencia- son el documento principal del contrato con arreglo al cual el mismo debe ser cumplido. Es un principio básico de la contratación administrativa que los términos de un contrato no pueden quedar a la libre discrecionalidad de una de las partes (SSTS 10 marzo 1999, 10 marzo 1982 53 , 18 abril 1979 y 11 marzo 1980).” Como ha destacado la jurisprudencia, “el pliego de condiciones es para las partes la Ley del contrato, cualquiera que sea el objeto de éste, por lo que ha de estarse siempre en lo que en aquél se consignare para el cumplimiento de éste” (SSTS 20 abril 1992, 20 julio 1988, 6 febrero 1988, 18 noviembre 1987 y 23 enero 1985).

- b) Es evidente, de acuerdo con esta expresiva doctrina jurisprudencial, que el pliego de condiciones administrativas particulares (documento idóneo para ello) alcanza entre las partes una plena eficacia, que impone la absoluta vigencia, en el presente caso, de la cláusula 14. Y es que el caso que nos ocupa hay una exclusión expresa de la revisión de precios que no fue impugnada, deviniendo vinculante para las partes (ST 17-2-1987...). Es por ello que lo reseñado en la Sentencia en la instancia en este concreto respecto no es correcto, aunque sí el resultado desestimatorio, pues las Sentencias que reseña (STJGalicia 22-12-2004 y STJCataluña 30-12-2004) resuelven impugnaciones a las convocatorias del concurso de contratación (la primera : resolución del Gerente General del Complejo Hospitalario Universitario de Santiago de Compostela, de fecha 23 de julio de 2003, por la que se desestima recurso administrativo formulado contra la convocatoria y pliego que han de regir el Concurso público 26/2003, para la contratación de suministros) y la aprobación del pliego de cláusulas administrativas (la segunda: La aprobación definitiva por el Pleno del Ayuntamiento de Girona del pliego de cláusulas jurídico-administrativas y económicas generales regulador del concurso para la ejecución de obras) , lo que evidentemente no es el presente caso, lo que determina que la doctrina allí contenida no sea aplicable al caso que nos ocupa, doctrina que por otra parte , no solo no contradice sino que cohonesta perfectamente (en atención al acto administrativo que aquí y allí se impugnan) con la reseñada doctrina del TS. Baste este fundamento para desestimar la alegación de revisión de precios pretendida.
- c) En cualquier caso y enlazando con lo anterior la alegación de que tal exclusión no está motivada en resolución independiente y que por ello sería nula debe rechazarse.-- La previsión legal exige la motivación de la exclusión con la finalidad de que los licitadores tengan pleno conocimiento de los términos del contrato para en su caso asumirlo y bien impugnar los términos que estimen contrarían el ordenamiento jurídico. --En definitiva tal motivación se establece en garantía del licitador a fin de que tenga pleno conocimiento material del contenido del contrato y sus estipulaciones. --Pues bien en el presente caso existe la suficiente motivación material de la exclusión de la revisión de precios para determinar el pleno conocimiento de su existencia y causas por los licitadores, lo que excluiría cualquier nulidad como la alegada. La citada cláusula del pliego fundamenta la exclusión en las características de la obra, siendo así que tales características están perfectamente determinadas y son del pleno conocimiento de los licitadores por estar incorporadas en el expediente de contratación del que forman parte tal pliego. --Por lo tanto existe una motivación expresa (“las características de las obras”) y plena, pues tal afirmación encuentra minuciosa motivación en el propio expediente de contratación del que forma aparte (motivación in aliunde) que explicita

tales características.

- d) Así el que no exista “resolución independiente” que señala el apelante es irrelevante pues existe plena motivación material (que es lo relevante) que determina la consecución de la finalidad que persigue la Ley con tal prescripción y destierra así todo viso de falta de conocimiento material de la exclusión de la revisión de precios que pudiera determinar indefensión ante lo contratado. En las Sentencias citadas en la Sentencia de instancia se señalaba (además de referirse a la impugnación de la convocatoria del contrato, lo que tampoco es el caso presente), en atención a lo allí acreditado, “*que no hay la menor motivación ni justificación de la improcedencia de la revisión*”, lo que como queda expuesto no sucede en el presente caso. Por el contrario la doctrina que sostiene este TSJNavarra ha sido reiterada por STJBaleares 24-7-2007, STJLa Rioja 11-2-2000 y 8-5-2000 entre otras.....).

2”.- Criterios generales. Supuestos improcedentes.

a— Denegación de la revisión de precios por variaciones entre el momento de la adjudicación y la firma del contrato.STJMadrid 26-5-2008

La **STSJ de Madrid de 26 de mayo de 2008** (recurso de apelación 1005/2008), FD 2º, rechaza la pretensión del contratista que firmó un contrato para la ejecución de las obras del Proyecto Complementario por un determinado precio, sin realizar salvedad alguna y que con posterioridad a la terminación y abono de las obras, pretende que el precio fijado, conforme al que las obras le han sido valoradas, no fue correcto por cuanto que fue fijado sin tener en cuenta el precio del contrato inicial, una vez actualizado.

El argumento que adopta la Sentencia es rotundo: el contrato se perfecciona por la adjudicación, pero la firma, aunque suponga sólo la formalización, implica que el contratista conocía y aceptaba las condiciones, lo que hizo sin reserva ninguna. Por tanto, al haber podido rechazar la firma y no aceptar las condiciones del contrato y no haberlo hecho, el contratista no puede pretender ser adjudicataria, pero en condiciones distintas de las contenidas y expresadas en el contrato.

b.- Cuestión distinta es determinar si se produce una demora en la adjudicación por un tiempo sustancialmente amplio si ha de procederse o no a la revisión de precios desde el propio momento de la presentación de las ofertas, o si es posible o no que existan otras formas que tiendan a restaurar el equilibrio financiero del contrato. STS 10-10-2006

Al respecto, la **STSde 10 de octubre de 2006**, Ar. 7.649 y la **STSJ de Castilla y Leon de 10 de octubre de 2006**, Ar. 257.046, precisan, de una parte, que ha de estarse al precio cierto pactado en el contrato, en atención al momento de la adjudicación. De otra parte, la demora en la adjudicación del contrato sólo trae como consecuencia que los licitadores puedan retirar sus ofertas, de tal forma que si los licitadores voluntariamente o por las

razones que estimaron oportunas no retiraron sus ofertas, y en el momento de celebrar el contrato no hicieron alegación o petición de actualización, debe estarse a las previsiones y términos del contrato. Finalmente, se precisa que al tratarse de una actuación precontractual de la Corporación se podría derivar una responsabilidad puntual de dicha Administración por su actuación indebida que comprende aquellas partidas que teniendo su base en la actuación indebida de la Administración se correspondan con los gastos efectivamente realizados y constatados y como derivados de esa actuación de la Administración.

c.- Imposibilidad de acordar una revisión de precios si el retraso en la ejecución es, al menos parcialmente, imputable al contratista. STS 2-4-2007 El retraso imputable al contratista justifica la denegación de la revisión de precios.

Esta doctrina (el retraso en la ejecución) se modula ahora en la LFCP pues admite la revisión de precios en estos caso de de mora en la ejecución, si bien el momento de aplicación de las fórmulas no sería el normal (salvo que fuese menor el índice- que es la de presentación de las ofertas) sino el que hubiese correspondido de ejecutarse la prestación en plazo (art 119 LFCP).⁴⁵

3”.- La revisión de precios debe regirse por la norma vigente en el momento de la adjudicación del contrato, con independencia de que en la fecha en que fue aprobado el pliego rigiera otra normativa distinta.STS de 17 de julio de 2006

4”.- En la revisión de precios el IPC debe girarse sobre el presupuesto de ejecución material en el momento de la revisión. Asimismo la revisión de precios incluye el beneficio industrial y los gastos generales. STS 18-7-2003 STJCantabria 30-5-2003. Aunque ahora la LCSP (art 79.1) excluya los costes de mano de obra y financieros salvo las excepciones que marca

5”.- Límite temporal. STSJ de Cataluña de 23-12-2002

En la STSJ de Cataluña de 23 de diciembre de 2002, se afirma que “la revisión de precios, como derecho que constituye una excepción al principio de que el contrato se hace a la ‘ventura’ del contratista, (...) nace

⁴⁵ La **STS de 2 de abril de 2007**, Ar. 4079, confirma la adecuación a Derecho de la denegación por el órgano de contratación de la revisión de precios en un contrato de obra. A pesar de haberse producido una considerable demora en la ejecución del contrato, la Administración no acordó su resolución sino que otorgó distintas prórrogas a la empresa adjudicataria permitiéndole que de ese modo cumpliera el contrato. A la vista de los hechos acaecidos, el Alto Tribunal considera cierto que la causa de alguna de esas prórrogas en un momento inicial de la ejecución del contrato pudieron no ser imputables a la contratista, pero posteriormente, por causa a ella únicamente imputable, se suspendió la ejecución del contrato al menos en una ocasión y por un plazo superior a un año, lo que hizo imposible que el mismo se ejecutase al ritmo previsto y que concluyese en el plazo establecido.

de la inclusión en los pliegos de condiciones particulares, y se ejerce durante la vigencia del contrato, no una vez expirado”.

8.- ESPECIAL (Y BREVE) REFERENCIA A ASPECTOS PROBLEMATICOS DEL CONTRATO DE OBRAS

Señalaremos los siguientes puntos interesantes jurisprudencialmente:

1”.- Momento de efectuar la revisión(en el contrato de obra)Sólo con carácter excepcional y con motivación suficiente, puede admitirse que el importe de la liquidación por revisión de precios se haga en el momento de la liquidación y no se haga conjuntamente con las certificaciones parciales. SAN 16-7-2008.⁴⁶

Por tanto, lo normal es que el abono se haga juntamente con la certificación parcial. Si la Administración efectúa esta determinación con la liquidación del contrato debe justificar y motivar las razones por las que demoró el pago, lo que no sucede en este caso. Y, sólo si éstas tienen una explicación razonable puede ser admitida tal excepción. Este modo de actuar, previsto en la norma tiene una justificación lógica, pues si así no fuese el contratista se convertiría en financiador de la obra ya ejecutada, teniendo en cuenta que la revisión de precios permite establecer el equilibrio económico con el coste real de la obra en el momento de su ejecución”.

2”.- Carácter excepcional de la contratación conjunta de redacción de proyecto y ejecución de obra, lo que debe motivarse y justificarse cumplidamente..STS 14-5-2008

⁴⁶ La **SAN de 16 de julio de 2008** (recurso contencioso-administrativo 1190/2007), JUR 2008\259891, FD 1º, recoge la asentada jurisprudencia en esta materia y afirma que a pesar de que el Pliego de Condiciones administrativas del contrato permita que la Administración pueda hacer efectivas las revisiones de precios no sólo a través de las certificaciones de obras sino también mediante la liquidación definitiva del contrato, en aplicación del artículo 108 TRLCAP y teniendo en cuenta el sentido lógico de dicha norma, la liquidación por revisión de precios debe realizarse con la certificación o pago parcial, y sólo excepcionalmente y motivado suficientemente en el momento de la liquidación del contrato. Téngase en cuenta que la regulación contenida en el vigente artículo 82 de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público, es idéntica a la del antiguo artículo 108 TRLCAP. Concretamente el Alto Tribunal argumenta lo que sigue:

“(…) El artículo 108 sólo admite que el importe de la liquidación por revisión de precios se haga en el momento de la liquidación excepcionalmente cuando no haya podido incluirse en dicha certificaciones o pagos parciales.

Respecto al contrato regulado en el artículo hoy 108.1 LCSP, en aplicación de la doctrina jurisprudencial, afirma el Alto Tribunal que para que se pueda entender ajustado a Derecho la elección por parte de la Administración de la contratación conjunta de proyecto y obra, ha de justificarse de forma suficiente en la Memoria “las diferencias sustanciales que permitirían la entrada en juego del sistema extraordinario y no debe olvidarse, excepcional de contratación frente al ordinario”.⁴⁷

3”.-”.-Naturaleza jurídica de las certificaciones de obra STS 2-10-2006

a.- La STS de 2 de octubre de 2006 precisa que las certificaciones de obra constituyen “un auténtico título de crédito” cuyo reconocimiento por la Administración “está comprendido en el acto administrativo que autoriza o acuerda su expedición”.

b.- La STSJ de Castilla y León (Burgos) de 14 de octubre de 2005, afirma, a efectos de la apreciación o no de acto firme y consentido, que la naturaleza jurídica de las certificaciones de obras es la de simples actos de trámite, mientras que, por el contrario, la liquidación final de la obra, si se acompaña con la recepción de la obra y con la devolución de las fianzas depositadas en garantía del cumplimiento del contrato, lo que implica que se ha realizado una liquidación definitiva de la obra, debe configurarse como un acto definitivo, el cual habrá sido consentido si no se recurre en tiempo y forma.

c.- STJNavarra 2-1-2008 R Ap 183/2007.

4”.- El día inicial del cómputo de los intereses de demora frente al impago por parte de la Administración de certificaciones de obra, se sitúa en el día en que expira el plazo para realizar el pago de las certificaciones. Dicho plazo viene establecido ex lege y es indisponible. STS 2-10-2006. STJNavarra 10-10-2002

5”.- La capital importancia (en este contrato sobre todo) del ejercicio de las potestades de dirección, inspección (y también sanción) y control, que implica el poder dar órdenes e instrucciones de obligado cumplimiento por

⁴⁷ Vid., en el mismo sentido, entre otras, las SSTs de 18 de marzo de 2008 (recurso de casación 2633/2005) y de 9 de abril de 2008 (recurso de casación 3329/2005).

el contratista(lo que es muy relevante procesalmente ante los Tribunales-constancia en libro de ordenes)

8.-RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL. ADMINISTRACIÓN PÚBLICA Y CONTRATISTAS. TESIS DEL TSJNAVARRA SOBRE LA ARTICULACION DE ESTA RESPONSABILIDAD

Derivación del principio de riesgo y ventura nos encontramos con la responsabilidad por daños y perjuicios causados a terceros en el ejecución del contrato.

Se regula en el artículo 101 LFCP y en el 198 LCSP (en este de manera más detallada.

La LFCP con acierto señala que los daños imputables a la Admon se tramitarán con arreglo al procedimiento de responsabilidad patrimonial (no menciona/ suprime el requerimiento previo del art 198 LCSP); no obstante deja abierto el tema del procedimiento por daños imputables al contratista y sobre el pronunciamiento concreto de la responsabilidad.

1.-Principios generales Responsabilidad del contratista por daños a terceros

La **STS de 24 de mayo de 2007** (recurso de casación 5950/2003), reitera la doctrina de la Sala a tenor de la cual debe estarse a la valoración del caso concreto valorando la prueba existente conforme a los siguientes principios generales:

“(…) frente a la regla general de responsabilidad del contratista por los daños y perjuicios causados a terceros como consecuencia de la ejecución del contrato de obras, la responsabilidad de la Administración sólo se impone:

- a) cuando los daños deriven de manera inmediata y directa de una orden de la Administración o
- b) de los vicios del proyecto elaborado por ella misma, modulando así la responsabilidad de la Administración en razón de la intervención del contratista, que interfiere en la relación de causalidad de manera determinante, exonerando a la Administración, por ser atribuible el daño a la conducta y actuación directa del contratista en la ejecución del contrato bajo su responsabilidad, afectando con ello a la relación de causalidad, que sin embargo se mantiene en lo demás, en cuanto la Administración es la titular de la obra y el fin público que se trata de satisfacer, e incluso en los casos indicados de las operaciones de ejecución del contrato que responden a órdenes de la Administración o vicios del proyecto elaborado por la misma.

2”.- Cauce procedimental pertinente.Procedimiento a seguir.

La STJNavarra de 9-9-2004 contiene la doctrina uniforme de la Sala en supuestos como , bastante comunes, en que la Administración no establece expresamente mediante resolución las responsabilidades de los hechos. Tal doctrina señala:

- a”.- La alegación procesal de que los daños que se reclaman no tienen su causa u origen en la actividad de sus servicios públicos, sino en la propia actividad del contratista en virtud del contrato de conservación-mantenimiento debe rechazarse, en virtud de lo dispuesto la Ley de Contratos y la correspondiente Ley Foral de Contratos.
- b”.- La normativa establece **primero**, con carácter general, la obligación del contratista de indemnizar todos los daños que se ocasionen como consecuencia de la ejecución de las obras; **el segundo**, impone esa obligación a la Administración cuando sean consecuencia de una orden directa suya o del cumplimiento de las propias cláusulas del contrato- o de vicios o defectos del proyecto-; Y **tercero**, el procedimiento a seguir, consistente en presentar la reclamación ante la Administración dentro del plazo de un año, que decidirá, oído al contratista, sobre la procedencia de la reclamación.
- c”.-Consecuentemente, el artículo 134 del Reglamento General de Contratación del Estado señalaba, concordando con lo que respecto a los daños causados por concesionarios establece el artículo 123 de la Ley de Expropiación Forzosa , que "las reclamaciones de los terceros se presentarán, en todo caso, en el término de un año ante el órgano de contratación, que decidirá en el acuerdo que dicte, oído el contratista, sobre la procedencia de aquellas, su cuantía y la parte responsable".Con la citada regulación el procedimiento a seguir resultaba claro, el tercero perjudicado presentaba la reclamación ante la administración quien debía resolver tanto sobre la procedencia de la indemnización como sobre quien debe pagarla.
- d”.- Con la Ley de Contratos de las administraciones públicas, más concretamente su artículo 98 parecen plantearse confusiones respecto al procedimiento a seguir, ya que aunque aparentemente su redacción es similar al 123 Expropiación , lo que antes era exigencia

imperativa (la cual resolverá ...), ahora se convierte en una simple opción (podrán requerir previamente...), sobre a cual de los partes contratantes corresponde responder por los daños causados, como medio para conocer por parte del perjudicado la identidad del responsable, debiéndose entender, como ha hecho la jurisprudencia, que toda reclamación previa de responsabilidad efectuada por terceros lleva implícita necesariamente la indicación de a quien corresponde la responsabilidad en los daños, constituyendo la omisión de esta obligación por parte de la Administración motivo suficiente para atribuir la responsabilidad por daños a la propia Administración sin que pueda verse exonerada por la aplicación del párrafo primero del precepto, que con carácter general atribuye la obligación de indemnizar a la empresa contratista y ello, porque la resolución que dicte la Administración, asumiendo o no la responsabilidad es susceptible de recurso en esta vía contencioso administrativa tanto por el perjudicado como por la empresa contratista.

- e”.-Pues bien, en el presente asunto se presentó reclamación previa a la vía judicial por el recurrente narrando los hechos e indicando los daños, desestimándola por no quedar acreditado el hecho dañosos y no ser consecuencia de un servicio municipal, y absteniéndose de hacer indicación alguna sobre la existencia de responsabilidad que no fuere la suya.
- f”.-En definitiva, como quiera que la Administración demandada, en vía administrativa, en ningún momento atribuyó responsabilidad alguna a la contratista, no puede ahora intentar desviar tal responsabilidad en sede jurisdiccional en perjuicio del administrado, ello con independencia de lo que resulte procedente en el ámbito interno de las relaciones Administración-contratista, y sin perjuicio de repetir contra la Entidad que corresponda por aplicación del citado contrato o de cualquier otro que tuviere concertado.

3”.- Jurisdicción competente. Jurisdicción contencioso administrativa.
Opiniones en contra.,
En contra

a) Incompetencia de la jurisdicción contencioso-administrativa si la reclamación de responsabilidad se dirige exclusivamente frente al contratista de la Administración.

Así lo declara el **ATS de 11 de abril de 2003**, Ar. 8694, Sala de Conflictos de Jurisdicción, en el que, con base en el art. 97.3 TRLCAP⁴⁸,

b) El acuerdo de la Administración por el que se declara la responsabilidad del contratista no debe determinar la cuantía de la indemnización

Así lo entiende la **STSJ de Cataluña de 31 de octubre de 2003**, Ar. 999, que considera que si bien la reclamación de daños la puede realizar el tercero perjudicado frente a la Administración contratante, ésta se ha de limitar a determinar si la reparación le corresponde al contratista o si pesa sobre ella misma. Una vez que ha declarado que la responsabilidad incumbe al contratista, la reclamación ha de realizarse por el perjudicado ante los órganos de la jurisdicción civil. A estos efectos la legislación de contratos establece que interrumpe el plazo de prescripción de la acción civil el previo requerimiento a la Administración para que se pronuncie sobre a cuál de las partes contratantes corresponde la responsabilidad de los daños.

El TSJNavarra se inclina por la unidad jurisdiccional contencioso-administrativa, como se expone ut supra.

9.-CUESTIONES PROCESALES.

No quiero dejar de lado algunas cuestiones procesales que considero relevantes en el ámbito de la contratación pública y ello tanto en el ámbito administrativo como en el proceso judicial subsiguiente. Es por ello relevante tanto para la Administración como para las partes privadas y los técnicos que intervienen a instancia de ambos tanto en sede administrativa como judicial.

1.-Silencio negativo.Efectos procesales. STC 39/2006

⁴⁸ se declara, FD 3º, lo siguiente:

“En función de la naturaleza de la acción ejercitada, dirigida exclusivamente contra el contratista, ha de determinarse la jurisdicción competente para conocer de la misma que en modo alguno corresponde a la jurisdicción Contencioso-Administrativa (...), cuando la Administración pública no ha sido demandada conforme a lo dispuesto en el art. 21.1.a) de la Ley Reguladora de la Jurisdicción vigente. (...) De todo ello se infiere que solamente queda atribuido el conocimiento de la responsabilidad extracontractual de la Administración a la jurisdicción contencioso-administrativa cuando dicha reclamación se dirija frente a una Administración pública, mas no cuando, como en el presente caso, la acción se ejercita exclusivamente frente a la empresa contratista. Distinto sería el criterio a adoptar (...), si el demandante hubiera dirigido la acción contra la Administración y contra el contratista, ya que, en este hipotético supuesto, sería aplicable lo dispuesto en el art. 2.e) de la Ley reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa.”

En el supuesto de la STC 39/2006 una constructora reclama el abono de una cantidad de la Dirección General de la Guardia Civil, derivada de la ejecución de un contrato, sin obtener respuesta. Planteado el recurso contencioso administrativo fuera del plazo habilitado para impugnar el acto producido por silencio, la Sala del Tribunal Superior de Justicia de Navarra estima la causa de inadmisibilidad consistente en considerar el acto inimpugnable al ser confirmatorio de un acuerdo consentido y firme.

Desde luego, la jurisprudencia constitucional es clara al afirmar que en caso de silencio no existe extemporaneidad. Debe considerarse por tanto que en este supuesto la seguridad jurídica cede ante la lesión del derecho a la tutela judicial efectiva. El fundamento de las sentencias apuntadas es que la Administración está taxativamente obligada a resolver y no puede verse favorecida como consecuencia de su silencio, además no puede ser de mejor condición aquel a quien se le ha notificado defectuosamente un acto sin mención de los recursos que pueda interponer que aquel a quien no se ha contestado.

2.-“Inadmisibilidad por actos confirmatorios de acto anteriores firmes y consentidos. Actos de ejecución. Extensión y límites.STJNavarra 28-11-2003.Rc 941/2002.

Señala la STSJNavarra “En lo que respecto al acuerdo de la Comisión de Gobierno de 10 de abril de 2.002, considera la Administración demandada, que existe también una causa de inadmisibilidad del mismo en cuanto que es confirmatorio del precedente acuerdo de 29 de octubre de 2.001.

Tal causa de inadmisibilidad se regula en el artículo 69.c) de la Ley Reguladora de esta Jurisdicción, en relación con el 28 de la misma Ley. Al respecto ha de decirse que ciertamente el acto impugnado es de ejecución.

Al respecto ha de decirse que el acto de ejecución dictado por la Administración autora del acto originario, puede ser susceptible de impugnación ante la jurisdicción contenciosa, mas en forma tasada, en lo relativo a las causas o motivos en que el acto de ejecución se pudiera separar del acto declarativo o en cuanto se aparte del procedimiento que debe seguirse para la ejecución del acto. Es decir es fiscalizable, entre otras causas, la existencia del presupuesto que constituye la existencia del acto declarativo, el procedimiento objeto de ejecución y la congruencia entre el acto declarativo y el ejecutivo. Lo que no es posible es que al socaire de dictar un acto de ejecución por el órgano al que le corresponde, se reabra nuevamente la impugnación del acto declarativo, ya que en este aspecto el mismo es firme y consentido, pudiendo solo ser impugnables por motivos tasados, en forma similar a lo que ocurre en el procedimiento de apremio en el procedimiento administrativo general.

De esta forma, no puede entenderse que en este caso exista inadmisibilidad del recurso si bien ha de decirse que tal impugnación ha de contraerse a

los concretos motivos en que tal acto pudiera separarse o contemplar aspectos distintos a los comprendidos en el acto objeto de ejecución, **sin que pueda reabrirse el debate procesal respecto a aspectos contenidos en actos ya firmes.** Por lo tanto la causa de inadmisibilidad ha de desestimarse, si bien solo puede considerarse como impugnabile lo relativo a la forma en que se ha procedido a la contratación, al haber procedido la Administración al uso de un procedimiento negociado, por la causa prevista en el artículo 80.c) de la Ley Foral 10/1998, de 16 de junio, y ello ya con un carácter abierto, en cuanto a la legitimación de la recurrente para impugnar estos acuerdos.”.

3”.- Silencio positivo en materia de contratación.

Como señala la reciente STJNavarra de 29-6-2009 (Rollo Ap1112009), en materia de contratación no opera el silencio positivo en ninguno de sus aspectos y señala : “las SS.T.S. de 17 de diciembre y 2 de febrero de 2008, que no resulta aplicable la regulación del silencio administrativo general de las solicitudes planteadas a instancia de parte, en los procedimientos de naturaleza contractual que se halla sometida a su legislación particular. La reclamación de cantidad constituye una actuación incardinada en el conjunto de derechos y obligaciones que integran la relación jurídica contractual por lo que, en ningún modo, puede entenderse una petición o solicitud autónoma desvinculada del procedimiento contractual iniciado de oficio por la Administración local; por ello se aplicará la consecuencia del acto presunto desestimatorio, contemplado en la L.R.J.A.P.A.C., artículo 44”.

Esta tesis alcanza a los distintos supuestos que pueden darse en materia contractual (falta de contestación respecto a *reclamación de cantidades de todo tipo*-la solicitud de abono de gastos soportados, de intereses de demora-, *ejercicio de prerrogativas administrativas* -de solicitud de modificación del contrato, suspensión de la ejecución del contrato- *cuestiones relativas a la ejecución del contrato* etc....

Aquí debe precisarse que esta solución jurisprudencial ha sido recogida expresamente e incorporada al Derecho Positivo por la Disposición Final Octava de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público.⁴⁹

⁴⁹ al disponer que “En todo caso, en los procedimientos iniciados a solicitud de un interesado que tengan por objeto o se refieran a la reclamación de cantidades, el ejercicio de prerrogativas administrativas o a cualquier otra cuestión relativa de la ejecución, consumación o extinción de un contrato administrativo, una vez transcurrido el plazo previsto para su resolución sin haberse notificado ésta, el interesado podrá considerar desestimada su solicitud por silencio administrativo, sin perjuicio de la subsistencia de la obligación de resolver”.

4".Legitimación ante la Jurisdicción contenciosa en Navarra en materia de contratación administrativa.

a) Legitimación vecinal en el ámbito local. STJNavarra 12-11-2004 Rc214/01.

Los demandantes son residentes en Pamplona y están plenamente legitimados para interponer el presente recurso en virtud del ejercicio de la acción vecinal que prevé el artículo 337.3 de la Ley Foral 6/1990 de Régimen de la Administración Local en conexión con el artículo 19 h) de la LJCA.

3.- Establece el artículo 19 h) de la LJCA: *"1. Están legitimados ante el orden jurisdiccional contencioso-administrativo: h) Cualquier ciudadano, en ejercicio de la acción popular, en los casos expresamente previstos por las Leyes."*

4.- Establece la Ley Foral 6/1990 de Régimen de la Administración Local:

a) Artículo 333: *1. Los actos y acuerdos de las entidades locales de Navarra sujetos al control de la jurisdicción contencioso-administrativa podrán ser impugnados por alguna de las siguientes vías: a) Mediante la interposición ante el órgano competente de dicha jurisdicción, y previo recurso de reposición, en los casos en que proceda, del recurso contencioso-administrativo establecido en la legislación general . b) Mediante la interposición ante el Tribunal Administrativo de Navarra del recurso de alzada a que se refiere la Sección Segunda de este Capítulo. Las resoluciones, expresas o presuntas, de dicho tribunal pondrán fin a la vía administrativa foral y serán impugnables ante los órganos competentes de la mencionada jurisdicción, con arreglo a lo establecido en la legislación general. 2. La vía de impugnación a que se refiere el párrafo a) del número anterior se regirá por lo dispuesto en la legislación general. 3. La vía de impugnación a que se refiere el párrafo b) del núm. 1 de este artículo se regirá por lo dispuesto en la Sección Segunda de este Capítulo.*

b) Artículo 337 : *3. Estarán legitimados para la interposición del recurso de alzada quienes lo estuvieran para impugnar los actos y acuerdos de las entidades locales conforme a la legislación general, y los vecinos, aunque no les afecte personalmente el acto o acuerdo.*

5.- Pues bien de los artículos precedentes se deriva sin duda el reconocimiento en el ámbito local navarro de la acción vecinal (acción pública vecinal) pues si los vecinos están legitimados para el ejercicio de la acción pública (contra acuerdos de entes locales artículo 337.3 de la Ley Foral 6/1990 de Régimen de la Administración Local) en la vía administrativa es evidente que continúan legitimados (artículo 19 h) LJCA) para discutir la eventual denegación de sus pretensiones en la vía judicial ante la Jurisdicción Contenciosa a quien corresponde el control de los actos de la Administración.

Y ello bien articulen su acción directamente ante los Tribunales bien la articulen vía previa de recurso potestativo administrativo, pues entender lo contrario además de desconocer el artículo 19 h) LJCA (que per se habilita la legitimación) llevaría al absurdo de reconocer la legitimación en el caso de que se recurriese previamente en vía administrativa y a negarla si se dirigiese directamente a la vía judicial sin interponer el previo recurso administrativo potestativo ante el TAN, debiendo rechazarse toda argumentación que conduzca a conclusiones absurdas contrarias al principio pro actione por requisitos u obstáculos rigoristas (que no rigurosos), meramente literales y formales sin contenido ni justificación material alguna (pues si el ordenamiento reconoce a los vecinos su legitimación en la vía administrativa –que reconoce y explicita ese interés popular vecinal- , mal puede desconocerse esa legitimación-con el mismo fundamento de acción popular- en la vía judicial).

Así debe concluirse que si se reconoce legitimación a los vecinos para accionar contra actos de entes locales en la vía administrativa debe necesariamente concluirse que ostentan legitimación ex acción vecinal para recurrir tales actos en la vía judicial (bien directamente o bien posteriormente al recurso administrativo) y sin que el hecho de que se acuda directamente a la vía judicial o previamente a la vía administrativa potestativa pueda alterar la naturaleza y esencia del interés (popular vecinal) que la normativa Navarra reconoce a los vecinos en relación a los actos de los entes locales, excluyendo de manera injustificada en unos mismos casos sí y en otros no el control judicial de los referidos actos.

b) Falta de legitimación. Valoración del interés en el caso concreto. STJNavarra 4-10-2005 Rc740/2003.

La atribución a un sujeto de legitimación para promover un recurso contencioso-administrativo responde a la idea fundamental de que dicho sujeto afirme ser titular de un derecho subjetivo o de un interés legítimo en que prospere su pretensión.

La relación entre el sujeto y el objeto de la pretensión, con la que se define el interés legítimo, comporta el que la anulación del acto o disposición general que se impugna en vía contencioso-administrativa produzca un efecto positivo (beneficio) o su confirmación un efecto negativo (perjuicio) actual o futuro (pero cierto y no hipotético) para el legitimado (el interés legítimo, al que se refiere el art. 24.1, «equivale a titularidad potencial de una posición de ventaja o de una utilidad jurídica por parte de quien ejercita la pretensión y que se materializaría de prosperar ésta»

En el caso de la Sentencia referida consta que en la adjudicación del contrato que se discute la adjudicataria obtuvo una puntuación determinada; y en segundo lugar otra empresa obtuvo puntuación menor

puntos y en tercer y último lugar la demandante con, evidentemente una puntuación menor.

Por ello es palmario que el demandante, en el caso concreto, no ostentaba legitimación activa en este proceso pues en ningún caso la estimación del recurso le supondría un beneficio cierto al demandante con relación al objeto de este proceso, pues en ningún caso podría resultar adjudicataria.

c) Sujetos legitimados para impugnar el expediente de contratación. Interés legítimo del excluido por las propias condiciones que impugna. STS 20-9-2004 que confirma la STJNavarra de 15-9-1999 Rc 109/96.

Como afirma la **STS de 20 de septiembre de 2004**, Ar. 6282, lo que otorga legitimación activa es la titularidad de cualquier interés legítimo en la anulación del acto administrativo impugnado, sin que pueda erigirse en exigencia formal ineludible para la impugnación de cualquier acto relacionado con un concurso para la adjudicación de un contrato el haber participado o concurrido. Esto es, “(...) aunque dicha participación evidencie un interés en el resultado del concurso, no puede excluirse un interés legítimo en la impugnación de la convocatoria misma del concurso en el que no se participa por las propias condiciones en que es convocado (...)”. Por ello, si el expediente de contratación configura al contrato como de “asistencia técnica”, que requiere una determinada calificación empresarial, una empresa que no posee dicha calificación y, por tanto, no puede presentarse al concurso, considera que el objeto del contrato es realmente un contrato de suministro para el que si reúne la calificación requerida, estará legitimada para impugnar el expediente de contratación.

5”.- Desestimación por silencio de la recepción de las obras. No existe inactividad material sino desestimación presunta. SAN 23-7-2008

La SAN de 23 de julio de 2008, JUR 300149/2008, considera incorrecto utilizar la vía del recurso frente a la inactividad de la Administración regulado en el artículo 29.1 LJCA cuando el contratista dirige una reclamación a la Administración para que proceda a la recepción definitiva de las obras y al pago de una determinada cantidad, donde se incluyen los excesos de obra ejecutados.

Para el órgano jurisdiccional, el contratista “(...) acude a la Jurisdicción Contencioso- Administrativa impugnando lo que no es más que la desestimación presunta de la petición de liquidación de unas obras, liquidación no reconocida por la Administración y cuya cuantía no resulta, de forma incuestionable y clara, del contrato de obra. Resulta por ello

patente que en el presente caso no nos encontramos ante la existencia de prestaciones concretas a favor de una persona previamente establecidas, o reconocidas por la Ley o por actos o contratos administrativos, sino precisamente ante la reclamación de una pretensión no reconocida de forma clara y expresa por la Administración, por lo que no resulta aplicable el artículo 29 (...).⁵⁰

6”.-Momento de articulación de la prueba pericial. Demanda y proposición de prueba.

7”.- Carácter de la prueba. Diferencias entre pericial, testifical, testifical-pericial e interrogatorio de parte.

8”.- Contenido del informe pericial.

a) Estructura.

b) Aclaraciones en juicio.

9”.- Valoración de la prueba pericial

10”.-Posibilidades de Acuerdo extrajudicial y judicial (art 77 LJCA).Art 39 LCSP establece el arbitraje pero solo para entes del sector público que no tengan el carácter de Administraciones Públicas.

11”.-Posibilidad de entrada en la ejecución a personas interesadas aunque no fueran parte en la fase declarativa (STS con ocasión de urbanismo). Cuestión relativa a la ejecución por terceros interesados.(Jurisprudencia en Urbanismo-aunque aquí con acción popular- para evitar “corrupciones-. Problemas de la ejecución a instancia de parte (y no ex oficio).

⁵⁰ Una cuestión interesante que resuelve la Sentencia es la petición de inadmisibilidad formulada por la Administración contratante, dado que el acto impugnado es la desestimación por silencio de la recepción de las obras y el pago de la cantidad, siendo dicha solicitud la segunda formulada por el contratista. La AN desestima dicha inadmisión, porque el silencio no puede beneficiar a la Administración. Tras ello, se afirma que la falta de recepción provisional formal de las obras es imputable exclusivamente a la Dirección Facultativa de la obra, no al contratista. Los intereses de demora los fija la SAN a partir de la fecha de la segunda reclamación, y no de la primera, dado que desistió del control judicial de ésta, en atención al principio de reparación integral.

PLAZOS DE PRESENTACIÓN DE PROCEDIMIENTOS DE ADJUDICACIÓN

<i>Procedimientos de Adjudicación superiores al Umbral Comunitario:</i> superiores a 193.000 Euros IVA excluido en asistencia, suministros, y a 4.845.000 euros en obras y concesiones			
PROCEDIMIENTO ABIERTO			
Envío en papel			52 días
Envío papel + anuncio previo			36 días(22)
Envío por e-mail/formulario on line			45 días
Anuncio previo + e-mail/formulario on line			2.9 días (22)
Envío en papel + Portal de Contratación			47 días
Envío en e-mail/formulario on line + Portal de Contratación			4 0 días
Anuncio previo + e-mail/formulario on line + Portal de Contratación			24 días
PROCEDIMIENTO NEGOCIADO CON PUBLICIDAD COMUNITARIA			
Envío en papel			37 días
Envío por e-mail/formulario on line			30 días
Urgente con envío en papel			15 días
Urgente con envío e-mail/formulario on line			10 días
PROCEDIMIENTO RESTRINGIDO			
Envío en papel			
		solicitudes.	37 días
		ofertas	40 días.
Envío papel + Anuncio previo			
		solicitudes	37 días
		ofertas	36 días (22)
Envío e-mail/formulario on line			
		solicitudes.	30 días
		ofertas	40 días.
Anuncio previo + e-mail/formulario on line			
		solicitudes	30 días
		ofertas	29 días
Envío en papel + Portal de Contratación			
		solicitudes	37 días
		ofertas	35 días
Envío e-mail + Portal de Contratación			
		solicitudes	30 días
		ofertas	35 días
Anuncio previo + e-mail/formulario on line + Portal de Contratación			
		solicitudes	30 días
		ofertas	24 días
Urgente envío papel			
		solicitudes	15 días
		ofertas	10 días
Urgente envío e-mail/formulario on line			
		solicitudes	10 días
		ofertas	10 días
<i>Procedimientos de Adjudicación inferiores al Umbral Comunitario</i>			
PROCEDIMIENTO ABIERTO			
Presentación de ofertas			18 días
PROCEDIMIENTO RESTRINGIDO			
PROCEDIMIENTO NEGOCIADO			
<i>Presentación de ofertas</i>			Se determina en cada caso

LÍMITES DE CUANTÍAS EN LOS PROCEDIMIENTOS DE ACTUACIÓN (IVA EXCLUIDO) ¹

<u>PROCEDIMIENTO</u>	<u>OBRAS</u>	<u>CONCESIONES</u>	<u>SUMINISTRO</u>	<u>ASISTENCIA</u>
FACTURA	Hasta 3.000 euros	No procede	Hasta 3.000 euros	Hasta 3.000 euros
Reserva de crédito + factura	Hasta 40.000	No procede	Hasta 15.000 euros	Hasta 15.000 euros
Negociado sin publicidad comunitaria	Hasta 750.000 o menos de 4.845.000 euros (sólo supuestos del art. 71)	<u>Concesión de obra pública:</u> hasta 4.845.000 euros (sólo supuestos del art. 71)	Hasta 90.000 euros o menos de 193.000 euros (sólo supuestos del art. 71)	Hasta 90.000 euros o menos de 193.000 euros (sólo supuestos del art. 71)
Negociado sin publicidad comunitaria con publicidad en el Portal de Contratación (SOLO PARA ENTIDADES LOCALES)	Por encima de 300.000 euros	No cabe negociado sin publicidad	Por encima de 60.000 euros	Por encima de 60.000 euros
Negociado con publicidad comunitaria	Por encima de 4.845.000 euros	<u>Concesión de obra pública:</u> Por encima de 4.845.000 euros (sólo supuestos art. 71)	Por encima de 90.000 euros o menos de 193.000 euros (sólo supuestos del art. 71)	Por encima de 193.000 euros (sólo supuestos del art. 71), para Anexo II A
Abierto por debajo del umbral comunitario	Por encima de 750.000 euros y hasta 4.845.000 euros	<u>Concesión de obra pública:</u> hasta 5.150 euros. <u>Concesión de servicios:</u> todos independientemente de su cuantía.	Por encima de 90.000 y hasta 193.000 euros	Por encima de 90.000 y hasta 193.000 euros para Anexo II A Para Anexo II B por encima de 90.000
Abierto por encima del umbral comunitario	Por encima de 4.845.000 euros	<u>Concesión de obra pública:</u> Por encima de 4.845.000 euros. <u>Concesión de servicios:</u> No procede	Por encima de 193.000 euros	Por encima de 193.000 euros para Anexo II A

¹ Actualizado según Reglamento (CE) 1177/2009 de la Comisión de 30 de noviembre de 2009. (cuantías aplicables a partir del 1/1/2009)
Página 119 de 129

SUMARIO-INDICE JURISPRUDENCIA DEL TJCE EN MATERIA DE CONTRATACIÓN PÚBLICA
(selección de julio de 1997 a diciembre de 2009)

2009

- de 3 de diciembre de 2009. Recurso de casación - Reglamento (CE, Euratom) n.º 1605/2002 y 2342/2002 - Contratos celebrados por las instituciones comunitarias por cuenta propia - Error en el informe del Comité de Evaluación - Obligación de motivar el rechazo de la «licitador»

-de 12 de noviembre de 2009 «Incumplimiento de Estado – Contratos públicos – Directiva 93/38/CEE – Anuncio de licitación – Realización de un estudio – Criterios de exclusión automática – Criterios de selección cualitativa y de atribución» (asunto C-199/07).

-de 29 de octubre de 2009 «Incumplimiento de Estado – Contratos públicos de obras – Directiva 93/37/CEE – Contrato entre un ente público y una empresa privada relativo al arrendamiento, por la primera, de pabellones feriales que ha de construir la segunda – Retribución de la empresa privada mediante el pago de una renta mensual durante 30 años» - de 15 de octubre de 2009 - «Artículos 43 CE, 49 CE y 86 CE – Contratación pública – Adjudicación del servicio de aguas a una sociedad de economía mixta – Procedimiento de concurso – Designación del socio privado encargado de la explotación del servicio – Adjudicación al margen de las normas de contratación pública»

-de 15 de octubre de 2009 «Procedimientos de adjudicación de contratos públicos de obras – Procedimientos iniciados después de la entrada en vigor de la Directiva 2004/18/CE y antes de la expiración del plazo para la adaptación del Derecho interno a esta Directiva – Procedimientos negociados con publicación de un anuncio de licitación – Obligación de admitir un número mínimo de candidatos adecuados – Obligación de garantizar una competencia real» (asunto C-138/08)

-de 10 de septiembre de 2009 «Contratos públicos – Procedimientos de adjudicación – Contrato relativo al servicio de recogida, transporte y eliminación de residuos urbanos – Adjudicación sin licitación pública – Adjudicación a una sociedad por acciones cuyo capital social pertenece totalmente a entidades públicas pero cuyos estatutos prevén la posibilidad de una participación de capital privado» (asunto C-573/07)

- de 10 de septiembre de 2009 «Procedimientos de adjudicación de contratos en los sectores del agua, de la energía, de los transportes y de los servicios postales – Servicio público de suministro de agua potable y de tratamiento de aguas residuales – Concesión de servicios – Concepto – Traspaso a la otra parte contratante del riesgo vinculado a la explotación del servicio de que se trata» (asunto C-206/08).

-de 11 de junio de 2009 - Comisión /República Francesa (Asunto C-327/08) (Incumplimiento de Estado - Directivas 89/665/CEE y 92/13/CEE - Procedimientos de recurso en materia de adjudicación de los contratos públicos - Garantía de un recurso eficaz - Plazo mínimo que ha de respetarse entre la notificación de la decisión de adjudicación del contrato a los candidatos y a los licitadores y la firma del contrato correspondiente).

- de 9 de junio de 2009 - Comisión / República Federal de Alemania (Asunto C-480/06) (Incumplimiento de Estado - Directiva 92/50/CEE - No tramitación de un procedimiento formal europeo de licitación para la adjudicación de servicios de tratamiento de residuos - Cooperación entre entidades locales).

-de 4 de junio de 2009 «Incumplimiento de Estado – Directiva 93/38/CEE – Contratos públicos en los sectores del agua, de la energía, de los transportes y de las telecomunicaciones – Licitación sin anuncio previo – Requisitos – Comunicación de los motivos de rechazo de una oferta – Plazo».

- STPI de 9 de septiembre de 2009 — Brink's Security Luxembourg/Comisión (Asunto T-437/05) (Contratos públicos de servicios — Procedimiento comunitario de licitación — Seguridad y vigilancia de inmuebles de la Comisión en Luxemburgo — Desestimación de la oferta de un licitador — Igualdad de trato — Acceso a los documentos — Tutela judicial efectiva — Obligación de motivación — Transmisión de empresas — Recurso de indemnización) (2009/C 256/39)

- de 20 de mayo de 2009 «Contratos públicos de servicios – Procedimiento comunitario de licitación – Transporte de los miembros del Parlamento Europeo en automóvil y en minibus con chófer durante los períodos de

sesiones en Estrasburgo – Desestimación de la oferta de un licitador – Obligación de motivación – Denegación de la información del precio propuesto por el licitador seleccionado – Recurso de indemnización».

-de 19 de mayo de 2009, «Directiva 92/50/CEE – Artículo 29, párrafo primero – Contratos públicos de servicios – Normativa nacional que no permite la participación como competidoras en un mismo procedimiento de adjudicación de contratos a aquellas sociedades entre las que exista una relación de control o de influencia considerable».

-de 23 de abril de 2009 - Comisión / Reino de Bélgica (Asunto C-292/07) (Incumplimiento de Estado - Contratos públicos - Directiva 2004/18/CE - Procedimientos de adjudicación de contratos públicos de obras, de suministro y de servicios -Adaptación incorrecta o insuficiente del Derecho interno a la Directiva - No adaptación del Derecho interno dentro del plazo señalado).

-de 19 de marzo de 2009 «Incumplimiento de Estado – Directivas 93/36/CEE y 93/42/CEE – Contratos públicos – Procedimientos de adjudicación de contratos públicos de suministro – Suministros para hospitales» asunto C - 489/06.

-de 28 de enero de 2009 «Contratos públicos de servicios – Procedimiento de licitación relativo a la gestión completa de una guardería infantil – Decisión de recurrir a los servicios de la Oficina de Infraestructuras y Logística (OIB) y de renunciar a un procedimiento de licitación».

2008

-de 16 de diciembre de 2008 (petición de decisión prejudicial planteada por el Symvoulio tis Epikrateias - Grecia) - Michaniki AE / Ethniko Symvoulio Radioteleorasis, Ypoyrgos Epikrateias (Asunto C-213/07) (Contratos públicos de obras - Directiva 93/37/CEE - Artículo 24 - Causas de exclusión de la participación en un contrato - Medidas nacionales que establecen una incompatibilidad entre el sector de las obras públicas y el de los medios de comunicación).

-de 11 de diciembre de 2008 de 13 de noviembre de 2008 «Contratos públicos – Procedimientos de adjudicación – Concesiones de servicios públicos – Concesión relativa a la explotación de una red municipal de teledistribución – Adjudicación por un municipio a una sociedad cooperativa intermunicipal – Obligación de transparencia – Requisitos – Ejercicio, por parte de la autoridad concedente sobre la entidad concesionaria, de un control análogo al que se ejerce sobre los propios servicios».

-de 12 de noviembre de 2008 - Evropaiki Dynamiki /Comisión(Asunto T-406/06) ("Contratos públicos de servicios - Licitación respecto a los servicios de apoyo al sistema de registro establecido en virtud de la Directiva 2003/87/CE - Decisión de descartar la oferta de un licitador - Decisión de adjudicación a otro licitador - Error manifiesto de apreciación - Obligación de motivación - Recurso de indemnización de daños y perjuicios").

- de 13 de noviembre de 2008 (petición de decisión prejudicial planteada por el Conseil d'État, Bélgica) - Coditel Brabant SPRL / Commune d'Uccle, Région de Bruxelles-Capitale. (Asunto C-324/07) (Contratos públicos - Procedimientos de adjudicación - Concesiones de servicios públicos - Concesión relativa a la explotación de una red municipal de teledistribución - Adjudicación por un municipio a una sociedad cooperativa intermunicipal - Obligación de transparencia - Requisitos - Ejercicio, por parte de la autoridad concedente sobre la entidad concesionaria, de un control análogo al que se ejerce sobre los propios servicios).

- de 8 de octubre de 2008 «Contratos públicos de obras – Licitación de la Agencia Europea de Reconstrucción – Decisión de cancelar la licitación y de publicar otra – Recurso de anulación – Competencia del Tribunal de Primera Instancia – Necesidad de reclamación administrativa previa – Plazo para recurrir – Mandato – Obligación de motivación – Recurso de indemnización de daños y perjuicios»(asunto T 411/06).

- de 2 de octubre de 2008, «Incumplimiento de Estado – Contratos públicos de suministro –Directiva 93/36/CEE – Adjudicación de contratos públicos sin previa publicación de un anuncio – Helicópteros ligeros para la Policía y el Cuerpo Nacional de Bomberos» (asunto 157/06).

- de 24 de septiembre (asunto T-264/06) <<contratos Públicos de suministro – programa TACIS - decisión de cancelar la licitación - Recurso de anulación - Obligación de motivación>>.

- de 11 de septiembre de 2008 «Operaciones comerciales – Directiva 2000/35/CE – Lucha contra la morosidad en los pagos – Procedimiento de cobro de créditos no impugnados».
- de 10 de septiembre de 2008, Evropaiki Dynamiki/Tribunal de Justicia, (Asunto T-272/06) (Contratos de servicio público - Comunidad que ofrece procedimiento - Rehazo de la oferta - Selección y criterios de adjudicación - Obligación de declarar motivos).
- (TPI) de 10 de septiembre de 2008 - Evropaiki Dynamiki/Comisión (Asunto T-465/04) - "Contratos públicos de servicios - Procedimiento comunitario de licitación - Prestación de servicios informáticos y suministros conexos relacionados con los sistemas de información de la Dirección General "Pesca" - Desestimación de la oferta de un licitador - Obligación de motivación".
- de 17 de julio de 2008, Comisión de las Comunidades Europeas/República Italiana, (Asunto C-371/05) (Incumplimiento de Estado - Directiva 92/50/CEE - Artículos 11 y 15, apartado 2 - Contratos públicos de servicios - Adjudicación de los servicios informáticos del municipio de Mantua (Italia) - Adjudicación directa sin previa publicación de anuncio de licitación).
- de 19 de junio de 2008 (petición de decisión prejudicial planteada por el Bundesvergabeamt - Austria) presstext Nachrichtenagentur GmbH / Republik Österreich (Bund), APA-OTS Originaltext-Service GmbH, APA Austria Presse Agentur registrierte Genossenschaft mit beschränkter Haftung (Asunto C-454/06) - (Contratos públicos - Directiva 92/50/CEE - Procedimientos de adjudicación de contratos públicos de servicios - Concepto de "adjudicación de contrato").
- de 19 de junio de 2008, «Contratos públicos – Directiva 92/50/CEE – Procedimientos de adjudicación de contratos públicos de servicios – Concepto de “adjudicación de contrato”» Asunto C-454/06.
- de 21 de mayo de 2008 - Belfass/Consejo (Asunto T-495/04) ["Contratos públicos de servicios - Procedimiento comunitario de licitación - Error material manifiesto - Concesión a la oferta económicamente más ventajosa - Oferta anormalmente baja - Artículo 139, apartado 1, del Reglamento (CE, Euratom) nº 2342/2002 - Excepción de ilegalidad - Pliego de condiciones - Admisibilidad"].
- de 15 de mayo de 2008 (petición de decisión prejudicial planteada por el Consiglio di Stato - Italia) - SECAP SpA (C-147/06) / Comune di Torino, en el que participan: Tecnoimpresa Srl, Gambarana Impianti Snc, ICA Srl, Cosmat Srl, Consorzio Ravennate, ARCAS SpA, Regione Piemonte, y Santorso Soc. coop. arl (C-148/06) / Comune di Torino, en el que participan: Bresciani Bruno Srl, Azienda Agricola Tekno Green Srl, Borio Giacomo Srl, Costrade Srl.
- de 10 de abril de 2008 (petición de decisión prejudicial planteada por el Vergabekontrollsenat des Landes Wien - Austria) - Ing. Aigner, Wasser-Wärme-Umwelt, GmbH / Fernwärme Wien GmbH. Entidad adjudicadora que ejerce actividades comprendidas parcialmente en el ámbito de aplicación de la Directiva 2004/17/CE y parcialmente en el de la Directiva 2004/18/CE - Organismo de Derecho público - Poder adjudicador).
- de 8 de abril de 2008 - Comisión de las Comunidades Europeas / República Italiana (Incumplimiento de Estado - Contratos públicos de suministro - Directivas 77/62/CEE y 93/36/CEE - Adjudicación de contratos públicos sin previa publicación de un anuncio - Falta de licitación - Helicópteros de las marcas Agusta y Agusta Bell).
- de 3 de abril de 2008, Comisión de las Comunidades Europeas/Reino de España (Incumplimiento de Estado - Directiva 89/665/CEE - Contratos públicos de suministros y de obras - Procedimiento de recurso en materia de adjudicación de contratos públicos) (Asunto C-444/06).
- de 3 de abril de 2008 (petición de decisión prejudicial planteada por el Oberlandesgericht Celle, Alemania) —Rechtsanwalt Dr. Dirk Rüffert que actúa como administrador judicial de Objekt und Bauregie GmbH & Co. KG/ Land Niedersachsen (Asunto C-346/06) (Artículo 49 CE — Libre prestación de servicios — Restricciones— Directiva 96/71/CE — Desplazamiento de trabajadores efectuado en el marco de una prestación de servicios — Procedimientos de adjudicación de contratos públicos de obras — Protección social de los trabajadores).
- de 12 de marzo de 2008. . Asunto T-332/03. Mercados públicos de servicios - Procedimiento de licitación colectiva - Prestación de servicios relativos al desarrollo y a la disposición de servicios de apoyo para el servicio de información sobre la búsqueda y el desarrollo colectivos (CORDIS) - Desestimación de la oferta de un licitador -

Principios de igualdad de tratamiento de los licitadores y de la transparencia - Respeto de los criterios de atribución establecidos en el pliego de condiciones.

- de 26 de febrero de 2008, declara que Luxemburgo ha incumplido su obligación de transposición de sus disposiciones internas a las Directivas 2004/17/CE y 2004/18/CE, (asunto C-273/07).

- de 21 de febrero de 2008, sentencia en el asunto C-412/04, Comisión de las Comunidades Europeas / República Italiana (Incumplimiento de Estado – Contratos mixtos, contratos de obras y servicios- Directivas 92/50, 93/38/CEE y 93/37/CEE, 97/52 CE -).

- de 14 de febrero de 2008, (asunto C-450-06), en relación a la decisión prejudicial planteada por el Consejo de Estado Belga, equilibrio entre el principio de contradicción y el derecho al respeto de los secretos comerciales – Protección, por el organismo responsable de los procedimientos de recurso, de la confidencialidad de la información facilitada por los operadores económicos».

- de 24 de enero de 2008, (asunto C-532), Directiva 92/50/CEE – Contratos públicos de servicios – Realización de un estudio sobre el registro catastral, la urbanización y el acto de aplicación de una pedanía – Criterios que pueden utilizarse como “criterios de selección cualitativa” o “criterios de adjudicación” – Oferta más ventajosa económicamente.– Observancia de los criterios de selección establecidos en el pliego de condiciones o en la licitación –Determinación a posteriori de coeficientes de ponderación y de subcriterios relativos a los criterios de adjudicación – Principio de igualdad de trato de los operadores económicos y obligación de transparencia.

2007

- de 18 de diciembre de 2007 (petición de decisión prejudicial planteada por el Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia, Italia) - Frigerio Luigi & C. Snc / Comune di Triuggio(Asunto C-357/06) (Directiva 92/50/CEE - Contratos públicos de servicios - Legislación nacional que limita la adjudicación de los servicios públicos locales de interés económico a sociedades de capital - Compatibilidad).

- (Sala Octava) de 18 de diciembre de 2007 - Comisión de las Comunidades Europeas / República Helénica(Asunto C-481/06) (Incumplimiento de Estado - Contratos públicos - Infracción del artículo 6, apartado 3, de la Directiva 93/36/CEE - Principios generales del Tratado - Principio de igualdad de trato y obligación de transparencia - Disposición nacional que permite recurrir al procedimiento negociado para los contratos públicos de suministro relativos a determinados materiales médicos).

- de 13 de diciembre de 2007 (petición de decisión prejudicial planteada por el Oberlandesgericht Düsseldorf - Alemania) - Bayerischer Rundfunk, Deutschlandradio, Hessischer Rundfunk, Mitteldeutscher Rundfunk, Norddeutscher Rundfunk, Radio Bremen, Rundfunk Berlin-Brandenburg, Saarländischer Rundfunk, Südwestrundfunk, Westdeutscher Rundfunk, Zweites Deutsches Fernsehen / GEWA - Gesellschaft für Gebäudereinigung und Wartung mbH(Asunto C-337/06) (Directivas 92/50/CEE y 2004/18/CE - Contratos públicos de servicios - Organismos públicos de radiodifusión - Entidades adjudicadoras - Organismos de Derecho público - Requisito que exige que la actividad del organismo esté "mayoritariamente financiada por el Estado").

- de 15 de noviembre de 2007, sentencia en el asunto C-162/06, que tiene por objeto la decisión prejudicial planteada por el Tribunal Supremo en el procedimiento internacional Mail Spain, SL contra la Administración del Estado, correos.

- de 4 de octubre de 2007 el Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea ha dictado sentencia, en el asunto C-217/06, en la que se declara que la República de Italia ha incumplido las obligaciones derivadas de la Directiva 71/305/CEE, sobre coordinación de procedimiento de adjudicación de contratos de obras.

- de 13 de noviembre de 2007 Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea ha dictado sentencia en el asunto C-507/03 (la Comisión contra Irlanda).

- de 11 de octubre de 2007: asunto C-241/06, en la que se condena a la República Alemana ya que su ordenamiento no se adecua a la Directiva 89/665.

- de 11 de octubre de 2007: asunto C-237/05, en la que se declara la inadmisibilidad del recurso interpuesto por la Comisión contra la República Helénica.

- de 13 de septiembre de 2007: Sentencia por la que declara que la República de Italia ha violado los principios de transparencia y publicidad en la renovación de concesiones para la gestión de apuestas hípcas al margen de cualquier procedimiento de licitación.

-de 18 de julio de 2007: Sentencia en la que se declara que la República Federal Alemana no ha adoptado las medidas necesarias para la ejecución de una sentencia relativa a la celebración de un contrato para la eliminación de residuos.

- de 18 de julio de 2007: Sentencia en la que se declara que la República Italiana ha incumplido las obligaciones que derivan de la Directiva 92/50/CEE.

- de 14 de junio: Asunto C-6/05, que tiene por objeto una petición de decisión prejudicial a los efectos de interpretar la Directiva 93/36/CEE.

-de 3 mayo 2007: Competencias especiales: Contratos: contrato de compraventa: Art. 5.1 b) primer guión del Reglamento (CE) núm. 44/2001: Tribunal del lugar de cumplimiento de la obligación contractual que sirve de base a la demanda: lugar de entrega de las mercancías.

-de 19 abril 2007: ámbito de aplicación: exclusión: TRACSA: contrato entre ente territorial (poder adjudicador) y persona sobre la que dicho ente ejerce un control análogo al que ejerce sobre sus propios servicios y esta persona realiza la parte esencial de su actividad con el ente que lo controla: supuestos: inclusión: normativa nacional que permite que una empresa pública realice operaciones por encargo directo de las autoridades públicas sin que se aplique el régimen general de adjudicación de contratos públicos.

-de 18 enero 2007: Contratos de obras: Ámbito de aplicación: inclusión: convenio celebrado entre dos entidades adjudicadoras para la realización de un proyecto de ordenación con independencia del hecho de que se prevea o no que la primera entidad adjudicadora sea o pase a ser a propietaria de la totalidad o de parte de dicha obra; Ámbito de aplicación: Determinación: Contratos de obras cuyo valor alcance el umbral establecido: «valor» del contrato: método de cálculo: consideración del valor global del contrato de obras desde el punto de vista del licitador: totalidad de importes abonados por la entidad adjudicadora incluidos los ingresos que procedan de terceros; Participación: Criterios de adjudicación del contrato: obligación de su cumplimiento: procedencia: entidad adjudicadora que en virtud de un convenio nacional debe encargar a una segunda entidad adjudicadora la realización de una obra y esta recurre a subcontratistas: irrelevancia de que las subcontratas sean por un valor inferior al establecido en el artículo 6 de la Directiva 93/37/CEE.

2006

-de 11 de mayo de 2006, «Directiva 93/36/CEE – Contratos públicos de suministro – Adjudicación sin licitación – Adjudicación del contrato a una empresa en cuyo capital participa el poder adjudicador».

2005

-de 24 de noviembre de 2005. «Contratos públicos de servicios – Directivas 92/50/CEE y 93/38/CEE – Criterios de adjudicación – Oferta más ventajosa económicamente – Observancia de los criterios de adjudicación contenidos en el pliego de condiciones o en el anuncio de licitación – Fijación en el pliego de condiciones o en el anuncio de licitación de subcriterios relativos a uno de los criterios de adjudicación – Decisión que prevé una ponderación – Principios de igualdad de trato de los licitadores y de transparencia».

-de 27 de octubre de 2005, «Libertad de establecimiento – Libre prestación de servicios – Directiva 92/50/CEE – Contratos públicos de servicios – Principio de no discriminación – Servicios sanitarios de terapias respiratorias domiciliarias – Requisito de admisión – Criterios de valoración».

-de 13 de octubre de 2005, «Contratos públicos – Procedimientos de contratación pública – Concesión de servicios – Gestión de aparcamientos públicos de pago».

-de 8 de septiembre de 2005, «Contratos públicos – Directiva 89/665/CEE – Procedimiento de recurso en materia de adjudicación de contratos públicos – Personas a las que los procedimientos de recurso deben ser

accesibles – Unión temporal de empresas licitadora – Prohibición para uno de los miembros de una unión temporal de empresas de interponer un recurso a título individual – Concepto de “interés en obtener un contrato público”»

-de 2 de junio de 2005, «Contratos públicos – Directiva 89/665/CEE – Procedimiento de recurso en materia de contratación pública – Acuerdo por el que se cancela una licitación con posterioridad a la apertura de ofertas – Control jurisdiccional – Alcance – Principio de eficacia».

-de 17 de marzo de 2005, «Programa TACIS – Licitación – Irregularidades en el procedimiento de adjudicación – Recurso de indemnización»

- de 3 de marzo de 2005, «Contratos públicos – Obras, suministros y servicios – Sectores del agua, de la energía, de los transportes y de las telecomunicaciones – Prohibición de participar en un procedimiento o de presentar una oferta para cualquier persona que haya contribuido al desarrollo de las obras, del suministro o de los servicios de que se trata».

-de 13 de enero de 2005, «Incumplimiento de Estado – Directivas 93/36/CEE y 93/37/CEE – Contratos públicos – Procedimiento de adjudicación de contratos públicos de suministro y de obras – Ámbito de aplicación – Concepto de entidad adjudicadora – Convenios de colaboración interadministrativos – Concepto de contrato – Recurso al procedimiento negociado en casos no previstos por la Directiva».

de 11 de enero de 2005, «Directiva 92/50/CEE – Contratos públicos de servicios – Adjudicación sin licitación pública – Adjudicación del contrato a una empresa de economía mixta – Tutela judicial – Directiva 89/665/CEE».

2004

- de 18 de noviembre de 2004, «Incumplimiento de Estado – Directiva 92/50/CEE – Contratos públicos – Servicios de transporte de residuos – Procedimiento sin previa publicación de un anuncio de licitación – Contrato celebrado por una entidad adjudicadora en el marco de una actividad económica sujeta a la competencia – Contrato celebrado por una entidad adjudicadora con el fin de poder presentar una oferta en un procedimiento de adjudicación de un contrato – Justificación de la capacidad del prestador – Posibilidad de invocar las capacidades de un tercero – Subcontratación – Consecuencias de una sentencia en la que se declara un incumplimiento».

-de 14 de septiembre de 2004, «Incumplimiento de Estado – Directiva 93/37/CEE – Contratos públicos de obras – Procedimiento negociado sin publicación previa de un anuncio de licitación».

- de 29 de abril de 2004 << - Modificación de condiciones esenciales de la licitación. Comisión/CAS Succhi di Frutta SpA. C-496/99 P. 29-4-2004.>>

de 18 de marzo de 2004, «Contratos públicos - Directiva 89/665/CEE - Procedimientos de recurso en materia de adjudicación de contratos públicos - Efectos de una resolución del organismo responsable de los procedimientos de recurso por la que se anula la decisión de la entidad adjudicadora de no revocar un procedimiento de adjudicación de contrato público - Restricción del recurso a la subcontratación».

- de 12 de febrero de 2004, «Contratos públicos - Directiva 89/665/CEE - Procedimientos de recurso en materia de adjudicación de contratos públicos - Artículos 1, apartado 3, y 2, apartado 1, letra b) - Personas a las que deben ser accesibles los procedimientos de recurso - Concepto de "interés en obtener un contrato público"».

2003

-de de 4 de diciembre de 2003, «Directiva 93/36/CEE - Contratos públicos de suministro - Concepto de oferta económicamente más ventajosa - Criterio de adjudicación que atribuye preferencia a la electricidad producida a partir de fuentes de energía renovables - Directiva 89/665/CEE - Procedimientos de recurso en materia de contratos públicos - Decisiones ilegales - Posibilidad de anulación sólo en caso de que influya decisivamente en el resultado del procedimiento de adjudicación - Ilegalidad de un criterio de adjudicación - Obligación de cancelar la licitación».

-de 16 de octubre de 2003, «Directiva 93/37/CEE - Contratos públicos de obras - Concepto de variante - Requisitos relativos a la consideración y evaluación para la adjudicación del contrato público»

-de 16 de octubre de 2003, «Incumplimiento de Estado - Contratos públicos - Directiva 93/37/CEE - Procedimiento de adjudicación de contratos públicos de obras - Sociedad mercantil estatal regulada por el Derecho privado - Objeto social consistente en la ejecución de un plan de amortización y de creación de centros penitenciarios - Concepto de entidad adjudicadora».

-de 16 de octubre de 2003, «Incumplimiento de Estado - Procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de servicios - Directiva 92/50/CEE - Prórroga de un contrato relativo a la observación de la costa belga mediante fotografías aéreas»-

- de 16 de octubre de 2003, «Directiva 93/37/CEE - Contratos públicos de obras - Concepto de variante - Requisitos relativos a la consideración y evaluación para la adjudicación del contrato público

-de 19 de junio de 2003,«Contratos públicos - Directiva 89/665/CEE - Procedimientos de recurso en materia de adjudicación de contratos públicos - Facultad del organismo responsable de los procedimientos de recurso de examinar de oficio cualquier infracción – de 19 de junio de 2003.”Contratos públicos. Directiva 93/36/CEE - Procedimientos de adjudicación de contratos públicos de suministro - Criterios de aptitud - Criterios de adjudicación»

-de 22 de mayo de 2003: «Directiva 92/50/CEE - Contratos públicos de servicios - Concepto de entidad adjudicadora - Organismo de Derecho público - Sociedad creada por un ente territorial para fomentar el desarrollo de actividades industriales y comerciales en su territorio».

-de 15 de mayo de 2003: «Incumplimiento de Estado - Directiva 89/665/CEE – Procedimientos de recurso en materia de contratos públicos - Adaptación del Derecho interno - Concepto de entidad adjudicadora - Organismo de Derecho público - Actos recurribles - Medidas provisionales»de 10 de abril de 2003, «Incumplimiento de Estado - Admisibilidad - Interés en ejercitar la acción - Directiva 92/50/CEE - Procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de servicios - Procedimiento negociado sin publicación previa de un anuncio de licitación - Requisitos».

-de 27 de febrero de 2003:«Directiva 93/36/CEE - Contratos públicos de suministro - Directiva 89/665/CEE - Procedimientos de recurso en materia de contratos públicos - Plazo de caducidad - Principio de efectividad».

-de 27 de febrero de 2003: «Directiva 93/36/CEE - Contratos públicos de suministro - Concepto de entidad adjudicadora - Organismo de Derecho público - Empresa de pompas fúnebres» 23 de enero de 2003: «Contratos públicos de obras - Normas de participación - Agrupación de empresarios licitadora - Cambios en la composición de la agrupación - Prohibición prevista en el pliego de condiciones -Compatibilidad con el Derecho comunitario - Recursos»

2002

-de 12 de diciembre de 2002: «Directiva 93/37/CEE - Contratos públicos de obras - Concepto de entidad adjudicadora - Organismo de Derecho público - Procedimiento restringido. - Reglas de ponderación de los criterios de selección de los candidatos admitidos a presentar ofertas - Publicidad - Directiva 89/665/CEE -Procedimientos de recurso en materia de adjudicación de contratos públicos - Plazos para recurrir»

-de 17 de diciembre de 1998: «Cláusula compromisoria - Existencia del contrato - Responsabilidad extracontractual - Retirada de una licitación - Confianza legítima - Evaluación del perjuicio»

-de 17 de septiembre de 2002, «Contratos públicos de servicios en el sector de los transportes - Directivas 92/50/CEE y 93/38/CEE - Ayuntamiento adjudicador que organiza los servicios de transportes en autobús, una de cuyas entidades vinculadas, económicamente independiente, participa como licitadora - Consideración de criterios relativos a la protección del medio ambiente para determinar la oferta más ventajosa económicamente - Procedencia cuando la entidad municipal licitadora cumple más fácilmente dichos criterios».

-de 18 de junio de 2002, «Contratos públicos - Directiva 92/50/CEE - Procedimiento de adjudicación de los contratos públicos de servicios - Directiva 89/665/CEE - Ámbito de aplicación - Acuerdo por el que se cancela una licitación - Control jurisdiccional - Alcance».

-de 11 de junio de 2002, «Contratos públicos - Transporte de personas en vehículos con conductor durante las sesiones parlamentarias en Estrasburgo - Conformidad con el Derecho francés».

-Auto de 14 de abril de 2002, «Contratos públicos de servicios - Directiva 92/50/CEE - Ámbito de aplicación - Traslado de las instalaciones de un banco central - Contrato que tiene por objeto servicios que figuran tanto en el anexo I A como en el anexo I B de la Directiva 92/50 - Preponderancia, en términos de valor, de los servicios del anexo I B».

-de 26 de febrero de 2002 –Tribunal de Primera instancia-, Contrato público de servicios - Servicios de gestión de una guardería - Principio de no discriminación - Anuncio de licitación - Pliego de condiciones - Motivación de la decisión de no adjudicación - Desviación de poder».

2001

-de 18 de octubre de 2001, "Contratos públicos de obras – Adjudicación a la oferta más ventajosa económicamente - Criterios de adjudicación".

-de 12 de julio de 2001, "Contratos públicos de obras - Directiva 93/37/CEE. Legislación nacional que permite al titular de una licencia urbanística y de un plan de urbanización aprobado la realización directa de las obras de urbanización con imputación a cuenta de una contribución - Legislación nacional que permite a la Administración Pública negociar directamente con un particular el contenido de los actos administrativos que le afectan

-de 10 de mayo de 2001: "Contratos públicos de servicios - Concepto de entidad adjudicadora - Organismo de Derecho público".

de 1 de febrero de 2001: "Incumplimiento de Estado - Directiva 93/37/CEE – Contratos públicos de obras - Concepto de entidad adjudicadora"

2000

-de 7 de diciembre de 2000 : "Contratos públicos de servicios - Directiva 92/50/CEE – Procedimiento de adjudicación de contratos públicos - Igualdad de trato de los licitadores - Discriminación por razón de nacionalidad - Libre prestación de servicios"

-de 5 de octubre de 2000 : "Incumplimiento - Contratos públicos en el sector de los transportes - Directiva 93/38/CEE - Ámbito de aplicación temporal - Proyecto de metro ligero del distrito urbano del área metropolitana de Rennes - Contrato adjudicado mediante procedimiento negociado sin convocatoria de licitación previa"

-de 5 de octubre de 2000: "Incumplimiento de Estado - Directiva 93/38/CEE - Contratos públicos en los sectores del agua, de la energía, de los transportes y de las telecomunicaciones - Obras de electrificación y de alumbrado público en el departamento de la Vendée - Concepto de obra"

-de 3 de octubre de 2000 : "Contratos públicos - Procedimiento de adjudicación de contratos públicos de servicios, de suministros y de obras - Entidad adjudicadora - Organismo

-de 26 de septiembre de 2000: "Incumplimiento - Contratos públicos de obras - Directivas 71/305/CEE, en su versión modificada por la Directiva 89/440/CEE, y 93/37/CEE - Construcción y mantenimiento de edificios escolares en la Région Nord-Pas-de-Calais y el département du Nord"

-de 6 de julio de 2000: "Contratos públicos de servicios - Transporte de personas en vehículos con conductor - Licitación - Respeto del Derecho nacional – Principios de buena administración y de cooperación leal - Desestimación de una oferta"

1999

- de 2 de diciembre de 1999 : "Directiva 92/50/CEE - Contratos públicos de servicios – Justificación de la capacidad del prestador - Posibilidad de referirse a las capacidades de otra sociedad"
- de 18 de noviembre de 1999 : "Contratos públicos de servicios y de suministro - Directivas 92/50/CEE y 93/36/CEE - Adjudicación, por parte de un ente territorial a una mancomunidad a la que está asociado, de un contrato de suministro de productos y de prestación de servicios determinados"
- de 18 de noviembre de 1999: "Contratos públicos de suministro - Directiva 93/36/CEE – Adjudicación de contratos públicos de suministro por una entidad distinta de un poder adjudicador"
- de 28 de octubre de 1999: "Incumplimiento de Estado - Contratos públicos de obras - Admisibilidad - Compatibilidad con el Derecho comunitario de las condiciones que rigen las licitaciones - No publicación de un anuncio de licitación en el DOCE"
- de 28 de octubre de 1999: "Contratos públicos - Procedimiento de adjudicación de contratos públicos de suministros y de obras - Procedimiento de recurso"
- de 9 de septiembre de 1999 : «Libertad de establecimiento - Libre prestación de servicios – Organización del servicio de recogida de residuos»
- de 16 de septiembre de 1999: "Contratos públicos de obras - Adjudicación del contrato al único licitador considerado apto para participar"
- de 4 de marzo de 1999 : "Contratos públicos de servicios - Efecto de una Directiva a la que no se ha adaptado el Derecho nacional"
- de 4 de febrero de 1999: "Concepto de órgano jurisdiccional nacional a efectos del artículo 177 del Tratado CE - Procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de suministros y de obras - Organismo responsable de los procedimientos de recurso"

1998

- de 17 de diciembre de 1998 : "Contratos públicos de suministro - Concepto de poder adjudicador"
- de 10 de noviembre de 1998: "Contratos públicos de servicios - Concepto de entidad adjudicadora - Organismo de Derecho público"
- de 24 de septiembre de 1998: "Contratos públicos en los sectores del agua, de la energía, de los transportes y de las telecomunicaciones - Efecto de la no adaptación del Derecho interno a una Directiva"
- de 17 de septiembre de 1998: "Incumplimiento de Estado - Contratos públicos de obras - Directivas 89/440/CEE y 93/37/CEE - Falta de publicación de un anuncio de licitación -. Aplicación injustificada de un procedimiento negociado"
- de 17 de julio de 1998 (AUTO): "Recurso de casación - Contratos públicos de suministro – Archivo de una denuncia contra el comportamiento de la administración adjudicadora"
- de 15 de enero de 1998 : "Contratos públicos - Procedimiento de adjudicación de los contratos públicos de obras - Imprenta del Estado - Filial que ejerce actividades mercantiles"

1997

- de 18 de diciembre de 1997: "Libre prestación de servicios - Contratos públicos de obras - Clasificación de contratistas - Entidad que debe tenerse en cuenta"
- de 16 de diciembre de 1997: "Incumplimiento de Estado - Directiva 93/36/CEE - No adaptación del Derecho interno dentro del plazo señalado"
- de 16 de octubre de 1997: "Directiva 93/37/CEE - Contratos públicos - Ofertas que presentan un carácter anormalmente bajo"

-de 17 de septiembre de 1997: "Concepto de órgano jurisdiccional nacional" en el sentido del artículo 177 del Tratado - Procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de servicios - Directiva 92/50/CEE - Organismo nacional de control"

-de 17 de julio de 1997: "Incumplimiento de Estado - Directiva 93/36/CEE - No adaptación del Derecho interno dentro del plazo señalado".