

LA FALTA DE ADECUACIÓN DE LA LEY ESPAÑOLA DE CONTRATOS DEL SECTOR PÚBLICO AL DERECHO COMUNITARIO EUROPEO

JOSÉ ANTONIO MORENO MOLINA

SUMARIO: I. A MODO DE INTRODUCCIÓN. LOS REITERADOS INCUMPLIMIENTOS DEL DERECHO COMUNITARIO DE LA CONTRATACIÓN PÚBLICA POR LA LEGISLACIÓN ESPAÑOLA EN LA MATERIA.— II. LA TAN COMPLEJA COMO ARTIFICIOSA CONSTRUCCIÓN SUBJETIVA DEL ARTÍCULO 3 DE LA NUEVA LCSP.— III. EL MUY LIMITADO RECURSO ESPECIAL EN MATERIA DE CONTRATACIÓN.— IV. EL RIESGO DE HUIDA DE LOS PRINCIPIOS GENERALES POR LA AMPLIA POSIBILIDAD DE UTILIZACIÓN DE PROCEDIMIENTOS DE CONTRATACIÓN DE CARÁCTER EXCEPCIONAL Y POR LA MASIVA APROBACIÓN DE INSTRUCCIONES INTERNAS DE CONTRATACIÓN.—V. LA NUEVA CATEGORÍA DE LOS CONTRATOS SUJETOS A REGULACIÓN ARMONIZADA Y SU CONTRADICTORIA VIRTUALIDAD. CUESTIONAMIENTO DESDE LA ÓPTICA DEL DERECHO COMUNITARIO EUROPEO.

I. A MODO DE INTRODUCCIÓN. LOS REITERADOS INCUMPLIMIENTOS DEL DERECHO COMUNITARIO DE LA CONTRATACIÓN PÚBLICA POR LA LEGISLACIÓN ESPAÑOLA EN LA MATERIA

La recientemente aprobada Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público (LCSP), incorpora al ordenamiento jurídico español las previsiones de la Directiva comunitaria 2004/18/CE, de 31 de marzo de 2004, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, de suministro y de servicios.

Sin embargo, la falta de cumplimiento adecuado del Derecho comunitario de la contratación pública ha sido una constante en España en los últimos años. Una muestra más de ello es que desde el 31 de enero de 2006, fecha en que vencía el plazo de trasposición de las Directivas 2004/18 y 2004/17, hasta la entrada en vigor de la LCSP y de la Ley de

Contratos en los conocidos como sectores especiales en mayo de 2008 (1), el Estado español volvió a incumplir el Derecho comunitario de los contratos públicos (2).

Pero el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas había declarado ya anteriormente —durante la vigencia de la vieja Ley de Contratos del Estado de 1965— que la adaptación del Derecho español al Derecho comunitario constituía una obligación ineludible y urgente para el Estado español, que, mientras no incorporase a nuestro ordenamiento el contenido de las directivas comunitarias sobre contratación pública, estaba incumpliendo gravemente el Derecho comunitario. Así lo había señalado en su sentencia de 17-11-93 (asunto C-71/92, Comisión contra España), que condenó al Estado español por mantener en vigor toda una serie de disposiciones tanto de la Ley de Contratos del Estado de 1965 como de su Reglamento de 1975 que eran contrarias a la normativa comunitaria sobre contratos. En concreto, en el citado asunto la Comisión recurrió contra cerca de treinta disposiciones de la Ley y del Reglamento de Contratos, sobre la base de que creaban inseguridad jurídica y que, por tanto, no cumplían las exigencias formuladas por el Tribunal de Justicia para la correcta adaptación del Derecho interno a las directivas.

Antes de la aprobación de la LCAP de 1995, el Tribunal de Justicia de Luxemburgo ya había condenado al Estado español en otras ocasiones por permitir la utilización del sistema de contratación directa en supuestos no permitidos por las directivas comunitarias. En concreto, en su Sentencia de 18 de marzo de 1992 el Tribunal declaró el incumplimiento por parte del Estado español de la Directiva 71/305/CEE, sobre los contratos públicos de obras, «al haber decidido el Rectorado de la Universidad Complutense de Madrid adjudicar por contratación directa las obras que tenían por objeto la ampliación y reforma de la Facultad de Ciencias Políticas y Sociología y de la Escuela de Trabajo Social», sin que concurriesen los motivos de urgencia alegados por la Universidad.

También en la Sentencia de 3 de mayo de 1994, el Tribunal declaró el incumplimiento por parte del Estado español de las obligaciones que le incumben en virtud de la Directiva 77/62/CEE, «al exigir, en la legislación básica relativa a la Seguridad Social, que la Administración adjudique por procedi-

(1) Tanto la Ley 30/2008 como la 31/2008 entraron en vigor a los seis meses de su publicación en el Boletín Oficial del Estado, que se produjo el 31 de octubre de 2007.

(2) Sobre el estado de trasposición de las Directivas comunitarias de contratos públicos 2004/17/CE y 2004/18/CE, véase TRYBUS, M. y MEDINA, T. (2007), «Unfinished Business: The State of Implementation of the New EC Public Procurement Directives in the Member States on February 1, 2007», *Public Procurement Law Review*, nº 4, pp. 89-118.

miento de contratación directa los contratos públicos de suministro de productos y especialidades farmacéuticas a las instituciones de la Seguridad Social, y adjudicar por contratación directa la casi totalidad de dichos suministros, omitiendo la publicación del anuncio de contratación en el Diario Oficial de las Comunidades Europeas».

En 2003 se produjo la primera condena importante por la incorrecta adaptación española del ámbito subjetivo de aplicación de la normativa comunitaria sobre contratos, una cuestión que ha originado a partir de entonces graves pronunciamientos del máximo intérprete del Derecho comunitario contra España. En efecto, la sentencia de 15 de mayo condenó a España al no haber extendido el sistema de recursos garantizados por la Directiva 89/665/CEE a las decisiones adoptadas por las sociedades de Derecho privado creadas para satisfacer específicamente necesidades de interés general que no tengan carácter industrial o mercantil, dotadas de personalidad jurídica, y cuya actividad esté mayoritariamente financiada por las administraciones públicas u otras entidades de Derecho público, cuya gestión se halle sometida a un control por parte de éstas, o cuyo órgano de administración, de dirección o de vigilancia esté compuesto por miembros de los cuales más de la mitad sean nombrados por las administraciones públicas u otras entidades de Derecho público; en la sentencia el TJCE también advirtió que no era correcto el someter por regla general la posibilidad de que se tomen medidas cautelares en relación con las decisiones adoptadas por las entidades adjudicadoras a la necesidad de interponer previamente un recurso contra la decisión de la entidad adjudicadora.

En parecidos términos, la sentencia de 16 de octubre de 2003 declaró el incumplimiento español al no someterse al conjunto de las disposiciones de la Directiva comunitaria de obras 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. (SIEPSA).

Con posterioridad, la trascendente sentencia de 13 de enero de 2005 también condenó a España al excluir del ámbito de aplicación del Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas a las entidades de Derecho privado que reúnan los requisitos recogidos en el artículo 1, letra b), párrafo segundo, guiones primero, segundo y tercero, de las Directivas sobre contratos; al excluir de forma absoluta del ámbito de aplicación del Texto Refundido los convenios de colaboración que celebren las Administraciones Públicas con las demás entidades públicas y, por tanto, también los convenios que constituyan contratos públicos a efectos de dichas Directivas, y al permitir en los artículos 141, letra a), y 182, letras a) y g), del Texto Refun-

dido que se recurra al procedimiento negociado en dos supuestos que no están contemplados en las citadas directivas (3).

Más recientemente, la sentencia de 3 de abril de 2008, asunto C-444/06, Comisión contra España, ha terminado condenando a nuestro país por incumplir las obligaciones que le incumben en virtud del artículo 2, apartado 1, letras a) y b), de la Directiva «recursos», es decir, la 89/665/CEE del Consejo, de 21 de diciembre de 1989, relativa a la coordinación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas referentes a la aplicación de los procedimientos de recurso en materia de adjudicación de los contratos públicos de suministros y de obras, en su versión modificada por la Directiva 92/50/CEE del Consejo, de 18 de junio de 1992, al no prever un plazo obligatorio para que la entidad adjudicadora notifique la decisión de adjudicación de un contrato a todos los licitadores y al no prever un plazo de espera obligatorio entre la adjudicación de un contrato y su celebración.

Para el Tribunal, en la medida en que el acto de adjudicación implica de iure la celebración del contrato, resulta de ello que en España, con el régimen que se deriva del TRLCAP, la LRJPAC y la LJCA, la decisión de la entidad adjudicadora mediante la cual ésta elige, entre los licitadores, al adjudicatario no puede ser objeto de un recurso específico con anterioridad a la propia celebración del contrato. Además, la formalización del contrato no está sujeta a plazo mínimo alguno y puede llevarse a cabo en cuanto el adjudicatario haya acreditado la constitución de una garantía definitiva, exigiendo únicamente la legislación que dicha constitución tenga lugar a más tardar dentro de los quince días siguientes a la notificación de la adjudicación. Por lo tanto, la ejecución del contrato puede comenzar antes de que se hayan practicado todas las notificaciones de la adjudicación exigidas. De ello se desprende para el TJCE que, en determinados supuestos, no puede interponerse ningún recurso útil contra el acto de adjudicación antes de la ejecución misma del contrato, mientras que el objetivo de la Directiva sobre recursos consiste en garantizar que las decisiones ilícitas de los poderes adjudicadores puedan ser recurridas de manera eficaz y lo más rápidamente posible (véase, en este sentido, la sentencia de 12 de diciembre de 2002, *Universale-Bau* y otros, C-470/99, Rec. p. I-11617, apartado 74). La posibilidad de disponer de la facultad de interponer un recurso de anulación del propio contrato no puede

(3) La sentencia del TJCE de 13 de enero de 2005 obligó a la inmediata reforma de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas a través del Real Decreto Ley 5/2005, de 11 de marzo, de «reformas urgentes para el impulso de la productividad y para la mejora de la contratación pública» (que incorporó en su título IV una modificación de los artículos 2.2, 3.1.c), 3.1.l), 141.a), 182.a), 210.a) y de la disposición adicional sexta del TRLCAP).

compensar la imposibilidad de actuar contra el acto de adjudicación de éste por sí solo, antes de que se celebre el contrato.

II. LA TAN COMPLEJA COMO ARTIFICIOSA CONSTRUCCIÓN SUBJETIVA DEL ARTÍCULO 3 DE LA NUEVA LCSP

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

En efecto, dentro de las entidades del sector público sometidas a la LCSP y definidas en el apartado 1 del citado artículo 3, resulta necesario singularizar tres grandes categorías, que llamativamente no coinciden con las derivadas del Derecho comunitario, ni tampoco con las categorías del Derecho administrativo español (4) —por ello insiste el legislador en todos los apartados del artículo 3 que las nociones que maneja lo son a los exclusivos «efectos de esta Ley»: los poderes adjudicadores que tienen la consideración de Administraciones Públicas —apartado 2 del artículo 3—, los poderes adjudicadores que no tienen el carácter de Administraciones Públicas —apartado 3 del artículo 3— y la categoría residual de las «restantes entes del sector público», recogida en el apartado 1 del precepto e integrada por aquellos supuestos que no entran dentro de las otras dos categorías anteriores.

Pese a que el artículo 3 de la LCSP trata de incorporar el ámbito subjetivo de aplicación del Derecho comunitario sobre contratos públicos, la incorporación se vuelve a hacer de modo peculiar y cuanto menos confuso al superponer los distintos conceptos (entes del sector público, poderes adjudicadores y Administraciones) (5), habiéndose descartado la vía más sencilla y acorde con la Directiva 2004/18 de reproducir su contenido, como sin embargo se ha hecho por la Ley en otras muchas cuestiones (vgr. definición de nuevos procedimientos y formas de adjudicación de los contratos como el diálogo competitivo, la subasta electrónica, los acuerdos marco o los sistemas dinámicos

(4) En este sentido, la definición de Administración pública del apartado 2 del artículo 3 de la LCSP, que excluye a las entidades públicas empresariales, es sustancialmente distinta de la que establecen con pretensiones generales la LOFAGE (Ley 6/1997, de 14 de abril) o la LRJPAC (Ley 30/1992, de 26 de noviembre).

(5) Véase GALLEGO CÓRCOLES I., «Algunas reflexiones en torno al ámbito subjetivo de la Ley de Contratos del Sector Público, Contratación Administrativa práctica, núm. 72, año 2008, pp. 36 a 46 y «El concepto de poder adjudicador en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas», Contratación Administrativa Práctica, núm. 78, pp. 76 y ss.

de adquisición) (6) o de ajustarse a la interpretación al respecto sentada por la jurisprudencia comunitaria [como hizo la Ley Foral 6/2006, de 9 de junio, de Contratos Públicos de Navarra en su artículo 2 (7)].

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

Hasta tal punto era necesaria la adaptación al Derecho comunitario del ámbito subjetivo de la legislación española que frente al plazo de seis meses desde su publicación en el «Boletín Oficial del Estado» para la entrada en vigor de la norma que contemplaba la Disposición final duodécima de la LCSP, las reglas sobre los sujetos entraron en vigor al día siguiente al de la publicación, esto es, el 1 de noviembre de 2007.

La LCSP ha recogido en su letra h) del artículo 3.1 y en la letra b) del artículo 3.3 la definición de organismo de Derecho público de las directivas sobre contratos, recogido por ejemplo en el artículo 1.9 de la Directiva

(6) Como observa FELLÚ, J.M. («El nuevo ámbito subjetivo de aplicación de la Ley de Contratos del Sector Público: luces y sombras», *Revista de Administración Pública*, 176 (2008), pp. 9-54 y «Las Disposiciones comunes a todos los contratos administrativos», Libro Col. (Dir. J. CRUZ ALLI) *La Contratación administrativa en Navarra*, INAP, Pamplona 2007), en el artículo 3 de la LCSP se confunde el género —el poder adjudicador— con la especie —los distintos sujetos contratantes sometidos a la Ley—.

(7) En el citado precepto la Ley Navarra sujeta a la misma a «las entidades públicas empresariales, sociedades mercantiles y laborales, fundaciones u otros entes, o asociaciones de cualesquiera de ellos, dotados de personalidad jurídica, pública o privada, vinculados o dependientes de las entidades mencionadas en los apartados anteriores, en los que concurren conjuntamente estos requisitos:

— Que en su actividad satisfagan, al menos parcialmente, fines de interés público que no tengan carácter industrial o mercantil.

— Que las Administraciones Públicas de Navarra financien, directa o indirectamente, más de la mitad de su actividad, o bien tengan influencia dominante sobre las mismas a través de mecanismos que controlen su gestión, o bien permitan designar a más de la mitad de los miembros de sus órganos de administración, de dirección o de vigilancia» (artículo 2.1.e).

2004/18/CE. Pero lo ha hecho de un modo que realmente dificulta la interpretación del precepto al reiterar la misma definición en el seno del propio artículo 3 LCSP, para al final dar lugar a distintas categorías y con un juego diferente de la residualidad de las cláusulas —letra h) del apartado 1 frente a los restantes supuestos del precepto que definen los entes, organismos y entidades del sector público; y letra b) del apartado 3 sólo frente a las Administraciones públicas—.

Tanto el artículo 3.1.i) como el 3.3.c) de la LCSP incluyen también en el sector público y en la categoría de poder adjudicador a «las asociaciones constituidas por los entes, organismos y entidades mencionados en las letras anteriores», en transposición del mismo artículo 1.9, primer párrafo, de la Directiva 2004/18/CE.

La LCSP define pues a los poderes adjudicadores en base a una serie de requisitos que provienen de las directivas comunitarias y a su vez han sido ya objeto de una bastante desarrollada interpretación jurisprudencial: el ente, organismo o entidad debe haber sido creado para satisfacer específicamente necesidades de interés general que no tengan carácter industrial o mercantil, y unos o varios sujetos que deban considerarse poder adjudicador financiar mayoritariamente su actividad, controlar su gestión o nombrar a más de la mitad de los miembros de su órgano de administración, dirección o vigilancia.

Acerca del ámbito subjetivo de aplicación de las directivas sobre contratos públicos se ha pronunciado el Tribunal de Justicia de Luxemburgo en numerosas ocasiones desde el importante Asunto *Beentjes* (sentencia de 20 de septiembre de 1988). En consonancia con la doctrina jurisprudencial europea, todas las Directivas sobre contratos públicos, aprobadas a partir del año 1993, incluidas las Directivas vigentes 2004/17/CE y 2004/18/CE, incorporan una definición funcional de organismo público (8).

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

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

(8) Sobre el amplio ámbito subjetivo de aplicación de la normativa comunitaria sobre contratos públicos, puede verse MARTÍN LIZARRAGA, M.M., «La jurisprudencia del TJCE sobre contratación pública», *Justicia Administrativa*, nº 6 (2000), pp. 15 y ss.; y GIMENO FELIÚ J.M., *Contratos públicos: ámbito de aplicación y procedimientos de adjudicación: la incidencia de las directivas comunitarias en el ordenamiento jurídico español*, Civitas, Madrid, 2003.

Es considerado '*organismo de Derecho público*' cualquier organismo:

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

En el anexo III de la Directiva figuran, de forma ejemplificativa, las listas no exhaustivas de los organismos y de las categorías de organismos de Derecho público que cumplen los criterios enumerados anteriormente para la consideración de un organismo de derecho público.

La consolidada jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas ha precisado el concepto de organismo de Derecho público, que exige la concurrencia simultánea de los tres requisitos legales (Sentencia del TJCE de 15 de enero de 1998, Mannesmann Anlagenbau Austria y otros, C-44/96, apartado 21).

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

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

III. EL MUY LIMITADO RECURSO ESPECIAL EN MATERIA DE CONTRATACIÓN

Una de las principales novedades de la LCSP es la creación de un recurso especial en materia de contratación, que pretende incorporar a nuestro Derecho las exigencias comunitarias al respecto. Ahora bien, de acuerdo con el artículo 37 de la LCSP, son susceptibles del mismo sólo determinadas decisiones contractuales que se adopten en los procedimientos de adjudicación de los contratos sujetos a regulación armonizada (SARA), incluidos los contratos subvencionados, y en algunos contratos no SARA:

- Contratos de servicios comprendidos en las categorías 17 a 27 del Anexo II (los «servicios no prioritarios» en la terminología comunitaria) de cuantía igual o superior a 206.000 euros.
- Contratos de gestión de servicios públicos en los que el presupuesto de gastos de primer establecimiento sea superior a 500.000 euros y el plazo de duración superior a cinco años (9).

Estos últimos supuestos se añadieron en el trámite parlamentario de la LCSP, al aprobarse diversas enmiendas transaccionales que ampliaron el ámbito de aplicación del recurso especial y de las medidas provisionales que son consecuentes. La intención fue que se permitiera el recurso también en aquellos contratos con una significación económica y práctica equivalente a los contratos SARA.

En cualquier caso, hay que destacar que la limitación del ámbito de aplicación del recurso especial mereció el reproche tanto del CES (10) como del Consejo de Estado (11), para el cual:

«esta distinción entre los mecanismos de control de uno y otro tipo de contratos no está suficientemente justificada y podría generar un cierto nivel de inseguridad jurídica, por lo que debería considerarse su extensión a todos los contratos. La finalidad que se persigue con el nuevo recurso y el sistema especial de medidas cautelares es, en último término, garantizar que el control del procedimiento de adjudicación sea rápido y eficaz, de modo que las incidencias que pueda plantearse se tramiten y resuelvan antes de adoptarse la decisión de adjudicación. Esa conveniencia de rapidez y eficacia en la resolución de las incidencias del procedimiento de adjudicación resulta extensible a cualquier tipo de contrato, esté o no sujeto a regulación armonizada» (12).

(9) Se trata del mismo límite que establece el artículo 156 de la LCSP para excluir la utilización del procedimiento negociado en razón de la cuantía.

(10) Dictamen 4/2006, de 20 de febrero de 2006.

(11) Dictamen 514/2006, de 25 de mayo de 2006.

(12) En la línea de lo sugerido por el Consejo de Estado, la enmienda nº 212 del G.P. Catalán pretendía la aplicación del recurso especial a todos los procedimientos de adjudicación de contratos del sector público.

En este mismo sentido, hay que tener en cuenta que la jurisprudencia comunitaria y la Comunicación interpretativa de la Comisión sobre el derecho comunitario aplicable en la adjudicación de contratos no cubiertos o sólo parcialmente cubiertos por las Directivas sobre contratación pública (DOUE C 179, de 1 de agosto de 2006) insisten en que todas las personas afectadas por un contrato público tienen derecho a una protección judicial efectiva de los derechos que les confiere el ordenamiento jurídico comunitario (13).

La ampliación del ámbito de aplicación del recurso especial se quedó pues muy corta y carece de justificación razonable la limitación de las garantías de los derechos de los licitadores que se produce en los contratos no SARA. Esta regulación del recurso especial de contratación puede ser contraria a las exigencias europeas, especialmente de la doctrina del TJCE sentada en las sentencias Alcatel de 28 de octubre de 1999 y Comisión contra España de 3 de abril de 2008 (14).

Pero además de esa grave constatación, el régimen jurídico que se deriva de la lectura sistemática del artículo 37 y de las distintas disposiciones de la Ley relativas a la adjudicación de los contratos (en particular, los artículos 27 y 135), permite concluir que la adjudicación provisional es una fase insuficientemente articulada en la LCSP para los contratos celebrados por las Administraciones públicas que no se consideren SARA, para los cuales, al no existir la posibilidad de interponer el recurso especial en materia de contratación, sólo cabe impugnar el acto administrativo de adjudicación provisional a través de un recurso administrativo de la Ley 30/92 o contencioso-administrativo de la Ley 29/98, ninguno de los cuales se adecua en sus plazos de interpo-

(13) Véanse las SSTJCE de 8 de septiembre de 2005, C-129/04; 11 de enero de 2005, C-26/03 y 12 de febrero de 2004, C-230/2002.

En su citada Comunicación, la Comisión señala que «en aras del cumplimiento de esta exigencia de protección judicial efectiva, es necesario que, al menos las decisiones que perjudiquen a una persona que esté o haya estado interesada en obtener un contrato, como, por ejemplo, la decisión de descartar a un candidato o licitador, puedan ser objeto de recurso por la posible contravención de las normas fundamentales derivadas del Derecho primario comunitario. Para que se pueda ejercer de manera efectiva este derecho a recurso, las entidades adjudicadoras deberán dar a conocer los motivos de las decisiones que puedan recurrirse, bien en la propia decisión o bien previa petición tras la comunicación de la decisión. De conformidad con la jurisprudencia relativa a la protección judicial, los recursos disponibles no podrán ser menos eficaces que los aplicables a reclamaciones similares fundadas en el Derecho nacional (principio de equivalencia), y, en la práctica, no deberán imposibilitar o dificultar excesivamente la obtención de la protección judicial (principio de eficacia)».

(14) Véase al respecto LÓPEZ-CONTRERAS GONZÁLEZ, «El control de la adjudicación de los contratos públicos. En particular, el recurso especial y las medidas cautelares», en J.A. Moreno (dir), *La Ley de Contratos del Sector Público y su aplicación por las entidades locales*, CEMCI, Granada, 2008, pp. 289 y ss.

sición o resolución ni en sus características (efectos no suspensivos) al desarrollo procedimental del artículo 135 de la LCSP —como sí lo hace el recurso especial—. En definitiva, ese «período de congelación procedimental» [en términos utilizados en los trabajos preparatorios de la revisión de la Directiva de recursos (15)] entre la adjudicación provisional y la definitiva, que la LCSP establece para todos los contratos de las Administraciones Públicas, sólo tendrá eficacia (a efectos de la interposición del recurso) en el caso de los contratos SARA.

IV. EL RIESGO DE HUÍDA DE LOS PRINCIPIOS GENERALES POR LA AMPLIA POSIBILIDAD DE UTILIZACIÓN DE PROCEDIMIENTOS DE CONTRATACIÓN DE CARÁCTER EXCEPCIONAL Y POR LA MASIVA APROBACIÓN DE INSTRUCCIONES INTERNAS DE CONTRATACIÓN

A pesar de que la LCSP reconoce desde su artículo 1 que el fundamento de toda la normativa de contratación es el respeto de los principios generales de la contratación pública, la necesidad de respeto de los mismos se ve seriamente comprometida en la legislación española de contratos por la existencia de procedimientos excepcionales, como el contrato menor y el procedimiento negociado, que nuestros órganos de contratación utilizan con un carácter general. La situación era ya muy preocupante con la vigencia del TRLCAP, pero se antoja peor todavía con la LCSP ya que la nueva Ley lleva a cabo un considerable aumento de los umbrales de utilización del procedimiento negociado y del contrato menor.

Hay que recordar que en el Derecho comunitario de la contratación pública no se reconoce la figura del contrato menor, definida en la Ley española exclusivamente por la cuantía del contrato, ni tampoco se recogen dentro de los supuestos tasados de utilización del procedimiento negociado aquellos que permiten en la LCSP acudir a este procedimiento sólo por razón de su valor.

Se trata de uno de los problemas más graves de la contratación pública en España, que no ha sido solucionado por la nueva Ley. Desgraciadamente, todos los objetivos de la norma, recogidos ahora de forma destacada en el artículo 1 de la LCSP, quedan en entredicho si los órganos de contratación deciden —como hasta ahora vienen haciendo masivamente nuestras Admi-

(15) Véase la propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo por la que se modifican las Directivas 89/665/CEE y 92/13/CEE del Consejo en lo que respecta a la mejora de la eficacia de los procedimientos de recurso en materia de adjudicación de contratos públicos (Comisión de las Comunidades Europeas, 4.5.2006, COM 2006 195 final).

nistraciones, en especial las Corporaciones locales— utilizar la figura del contrato menor, seleccionando libremente al contratista.

Para muchos Ayuntamientos lo realmente excepcional va a resultar con la nueva Ley de Contratos adjudicar algún contrato de obras de más de 50.000 euros o un contrato de otro tipo cuya cuantía exceda de 18.000 euros (las cifras que ahora permitirán acudir al contrato menor de acuerdo con el artículo 122.3 de la LCSP).

En este sentido, la Ley de Contratos ha desaprovechado la oportunidad de contemplar algún otro modelo de procedimiento simplificado de contratación que permitiera contratar sin merma del principio de libre concurrencia.

La utilización abusiva del contrato menor viola flagrantemente los principios generales de la contratación administrativa de libre concurrencia, igualdad y no discriminación y no se cumple por nuestro ordenamiento jurídico un Derecho comunitario de los contratos públicos en el que la jurisprudencia europea —sentencia del TJCE de 13 de octubre de 2005, asunto C 458/03, *Parking Brixen GmbH*— obliga a respetar los principios generales en todos los contratos celebrados por los poderes públicos, como ha aclarado también la ya citada Comunicación interpretativa de la Comisión sobre el Derecho comunitario aplicable en la adjudicación de contratos no cubiertos o sólo parcialmente cubiertos por las Directivas sobre contratación pública.

Pero es que la LCSP también abre otra importante posibilidad de escape de los principios generales con la amplia libertad que se ofrece a las instrucciones internas que deberán aprobar los poderes adjudicadores en los contratos no sujetos regulación armonizada y las restantes entidades y organismos del sector público en todos sus contratos —ya que éstas no celebran en ningún caso contratos SARA ex art. 13.1 LCSP—. Todas estas entidades públicas, de enorme relevancia en la actualidad en nuestra organización administrativa —tanto en el ámbito estatal y autonómico como en el local—, en la medida en que introduzcan especialidades procedimentales y reglas propias para su contratación, pueden dificultar el acceso general de los licitadores, a los que resultará muy complejo conocerlas todas ellas o poder preparar sus ofertas para participar en los procedimientos convocados, si es que tienen esa posibilidad —y no se encuentran en muchos casos con la utilización, amparada por estas instrucciones, de contratos menores y procedimientos negociados sin publicidad incluso con cuantías superiores a las de la LCSP, o con otros procedimientos limitativos de la competencia que puedan establecer (16)—. El pro-

(16) GIMENO FELIÚ, J.M. (2008), advierte del peligro de esta deslegalización procedimental («Los sujetos contratantes: alcance del concepto de poder adjudicador en la Ley de Contratos del Sector Público», *Noticias de la Unión Europea*, número monográfico sobre la Ley de Contratos del Sector Público, en prensa).

blema será mayor cuanto más pequeñas sean las empresas. La libre concurrencia y la igualdad de acceso a las licitaciones se pueden ver, en consecuencia, muy afectadas; y todo ello pese a la vigencia de estos principios para la contratación de todos los entes instrumentales no sólo ex artículo 1 LCSP, sino también ex artículos 123 y especialmente 175.a) y 176.1 de la nueva Ley de Contratos.

V. LA NUEVA CATEGORÍA DE LOS CONTRATOS SUJETOS A REGULACIÓN ARMONIZADA Y SU CONTRADICTORIA VIRTUALIDAD. CUESTIONAMIENTO DESDE LA ÓPTICA DEL DERECHO COMUNITARIO EUROPEO

La nueva LCSP opta por crear una nueva categoría en el derecho español de los contratos públicos con el objetivo de identificar qué normas provienen de la regulación tradicional interna del contrato celebrado por las Administraciones públicas y cuáles tienen su origen en el Derecho comunitario: se acuña así el concepto de «contratos sujetos a regulación armonizada» (contratos SARA) para designar a aquellos contratos que, por razón de la entidad contratante, su tipo y su cuantía se encuentran sujetos a las prescripciones comunitarias.

Con la positivación de esta categoría se pretende por el legislador español, como manifiesta en la exposición de motivos de la LCSP —apartado IV—, permitir la modulación de la aplicabilidad de las normas de la Directiva a los diferentes contratos del sector público, restringiéndola, cuando así se estime conveniente, solo a los casos exigidos por las disposiciones comunitarias. De la misma forma, y por exclusión, el concepto también sirve, según la exposición de motivos, «para definir el conjunto de contratos respecto de los cuales el legislador nacional tiene plena libertad en cuanto a la configuración de su régimen jurídico».

Ahora bien, el problema es que la categoría puede ocasionar más confusión que claridad. El planteamiento del legislador al crear la figura de los contratos sujetos a regulación armonizada no se ha mantenido, ni seguramente ello sería posible, hasta sus últimos extremos, sino que se utiliza de forma parcial. Por ello, si bien los contratos SARA es cierto que identifican «el ámbito normativo supeditado a las prescripciones comunitarias», sólo lo hacen parcialmente, puesto que muchas de las obligaciones derivadas de las directivas comunitarias se extienden por la LCSP a todos los contratos celebrados por las Administraciones, los poderes adjudicadores o el resto de entidades públicas: vgr. reglas sobre aptitud para contratar con el sector público, especificaciones técnicas, condiciones especiales de ejecución, procedimientos de adju-

dicación, criterios de valoración de las ofertas, etc... Son muchas menos las exigencias derivadas de las directivas que se aplican a los contratos sujetos a regulación armonizada (principalmente recurso especial y publicidad en el DOUE) que las que obligan a los contratos que sin embargo no se consideran por la LCSP sujetos a regulación.

Hay que tener en cuenta que el régimen fundamental de la LCSP sigue siendo, al igual que ocurría en el TRLCAP, el de los contratos celebrados por las Administraciones Públicas y, dentro de estos, el de los contratos administrativos. Pues bien, para los contratos administrativos apenas tiene relevancia la distinción entre contratos sujetos o no a regulación armonizada. Junto a la posibilidad de interposición del recurso especial, que además y como ya ha sido objeto de análisis debería haberse extendido por la LCSP a todos los contratos, no sólo a los SARA, casi la única diferencia de régimen apreciable entre unos y otros es la diversa exigencia de publicidad en el Diario Oficial de la Unión Europea (artículos 125 y 126 de la nueva Ley): algo que ya contemplaba en la regulación anterior el TRLCAP.

En definitiva, si la principal razón de ser de la nueva categoría es clarificar los contratos a los que se aplican las obligaciones derivadas de la directivas comunitarias, el concepto resulta fallido pues no permite en modo alguno la pretendida identificación.

La significación de la nueva categoría es pues mucho menos importante en la LCSP que lo que anuncia su exposición de motivos (apartado IV.2) o lo que parece desprenderse de su ubicación sistemática y su regulación en el Título Preliminar, «Disposiciones Generales», de la Ley. De los tres tipos de sujetos que reconoce el artículo 3 de la LCSP, los contratos SARA no operan para las entidades del sector público del apartado 1 que no sean poderes adjudicadores (por la propia definición del artículo 13.1 de la Ley) y la categoría carece de verdadera trascendencia en relación con los contratos celebrados por las Administraciones públicas, que se consideren o no contratos SARA se someten al mismo régimen jurídico salvo en lo que se refiere a la publicidad comunitaria y al recurso especial en materia de contratación, que de una forma muy criticable sólo se contempla en la LCSP para los contratos SARA.

La diferenciación resulta operativa principalmente para los contratos celebrado por los poderes adjudicadores que no sean Administraciones. Para ellos el que celebren contratos sujetos o no sujetos a regulación comunitaria supone que su régimen jurídico o bien se asemejan en mucho al de los contratos administrativos (los celebrados por las Administraciones públicas en la nueva LCSP), o bien puedan someterse a un régimen flexible escapando de las normas jurídico-públicas de contratación. Pero para conseguir esta diferenciación, perseguida ya desde hace bastante tiempo en nuestro Derecho [baste ver las sen-

tencias del TJCE condenatorias de nuestro país en materia de contratación pública (17)], no hacía falta esta construcción jurídica.

Incluso la flexibilización de la regulación para los entes del sector público que no son Administraciones Públicas pero sí han sido creados para satisfacer necesidades de interés general no industriales ni mercantiles, va más allá de la regulación anterior, que sometía a las entidades públicas empresariales estatales y sus asimiladas autonómicas o locales a la regulación prevista para los contratos administrativos.

Pero la mayor crítica a la nueva categoría de los contratos SARA debe venir desde el Derecho comunitario europeo, en el que se apoya teóricamente nuestro legislador para construir la figura y el mismo que está detrás de la definición recogida en los artículos 13 y siguientes de la LCSP.

Pues bien, hay que tener en cuenta que en la actualidad el Derecho comunitario aplicable a la contratación pública no está integrado sólo por las directivas sobre contratos —singularmente por la 2004/17 y la 2004/18/CE—, sino también y de forma si cabe más relevante por los principios del Tratado de la Comunidad tal y como han sido interpretados por el Tribunal europeo de Justicia. En efecto, éste, a través de una lúcida y ya muy consolidada doctrina, ha venido destacando en los últimos años de forma reiterada que la obligación de respeto de los principios de objetividad, imparcialidad y no discriminación en la adjudicación de los contratos públicos se extiende no sólo a los contratos que caen dentro del ámbito de aplicación de las Directivas comunitarias sobre contratación pública, el cual no deja de ser limitado (18) —los umbrales de las directivas son los que se utilizan en la LCSP para definir los contratos sujetos a regulación armonizada—, sino también a todos los contratos que celebren los órganos de contratación sujetos a las Directivas, ya que así lo exigen distintos preceptos del Tratado de la Comunidad Europea, tal y como han sido interpretados por el propio Tribunal.

Así, el máximo intérprete del ordenamiento jurídico europeo, tras comprobar cómo las directivas sobre contratos no constituyen cuerpos uniformes y completos de normas sobre contratación pública, sostiene que los Estados siguen siendo libres para mantener o adoptar normas sustantivas y procedimentales que disciplinen los contratos públicos, pero, eso sí, «a condición de que se re-

(17) Por todas, pueden verse las SSTJCE de 15 de mayo y 16 de octubre de 2003 y 13 de enero de 2005.

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

peten todas las disposiciones aplicables del Derecho comunitario y, en particular, las prohibiciones derivadas de los principios consagrados por el Tratado». La sentencia del TJCE de 13 de octubre de 2005, asunto C 458/03, *Parking Brixen GMBH*, resulta muy ilustrativa cuando concluye que «pese a que, en el estado actual del Derecho comunitario, los contratos de concesión de servicios públicos se encuentran excluidos del ámbito de aplicación de la Directiva 92/50, las autoridades públicas que los celebren están obligadas no obstante a respetar, en general, las normas fundamentales del Tratado CE y, en especial, el principio de no discriminación por razón de la nacionalidad».

La Directiva 2004/18/CE reconoce en el considerando primero de su exposición de motivos que está basada en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, y señala significativamente en su considerando segundo que «la adjudicación de contratos celebrados en los Estados miembros por cuenta de autoridades estatales, regionales o locales y otros organismos de derecho público está supeditada al acatamiento de los principios del 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. Por consiguiente, dichas disposiciones de coordinación deben interpretarse con arreglo a las normas y principios antes mencionados y a las demás normas del Tratado».

El TJCE ha desarrollado una serie de criterios básicos para la adjudicación de contratos públicos, que se derivan directamente de las normas y principios del Tratado CE. Los principios de igualdad de trato y no discriminación por razones de nacionalidad implican una obligación de transparencia que, con arreglo a la jurisprudencia del TJCE, «consiste en garantizar, en beneficio de todo licitador potencial, una publicidad adecuada que permita abrir a la competencia el mercado de servicios y controlar la imparcialidad de los procedimientos de adjudicación» [Sentencia *Parking Brixen GMBH*, considerando 49].

De la jurisprudencia del alto Tribunal europeo los principios han pasado a las Directivas de contratación, que hoy los recogen de forma destacada (arts. 2 de la Directiva 2004/18/CE y 10 de la Directiva 2004/17/CE) y a la nueva Ley de Contratos española, que los ha elevado a su artículo 1 como fundamento de la normativa reguladora de la actividad contractual del sector público.

Pues bien, para que quedara todavía más claro, la Comisión Europea publicó una Comunicación interpretativa sobre el Derecho comunitario aplicable en la adjudicación de contratos no cubiertos o sólo parcialmente cubiertos por las Directivas sobre contratación pública (19).

Si para el Derecho comunitario los principios y las obligaciones aplicables a todos los contratos públicos deben ser en esencia las mismas, la distinción en nuestra LCSP entre contratos SARA y no SARA resulta muy cuestionable. En especial, cuando se observa cómo el legislador español justifica que el nuevo enfoque en la legislación de contratos públicos gira en torno a la identificación de las normas que «proviene de la regulación tradicional interna del contrato celebrado por Administraciones Públicas y cuáles tienen su origen en el Derecho comunitario» y que con la positivación de los contratos SARA se pretende «permitir la modulación de la aplicabilidad de las normas de la Directiva a los diferentes contratos del sector público» pero también, de la misma forma, y por exclusión, el concepto sirve «para definir el conjunto de contratos respecto de los cuales el legislador nacional tiene plena libertad en cuanto a la configuración de su régimen jurídico» (apartado IV.2 de la exposición de motivos de la LCSP).

En este punto radica el error de base que luego llevará a la Ley a adoptar decisiones contrarias al Derecho comunitario. No existe libertad absoluta e los ordenamientos nacionales para regular la contratación del sector público por debajo de los umbrales europeos, o en los contratos en España considerados no SARA. Al contrario, por encima o por debajo de las cuantías comunitarias —por cierto, bastante volátiles en los últimos años (20)—, los principios a aplicar son los mismos: igualdad y no discriminación, transparencia, publicidad y libre competencia.

(19) DOUE C 179, de 1 de agosto de 2006.

(20) La última de las modificaciones de las cuantías apareció en el DOUE L 317, del 5 de diciembre de 2007, que publicó el Reglamento (CE) 1422/2007, de la Comisión, de 4 de diciembre, por el que se modifican los umbrales de aplicación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos a partir del 1 de enero de 2008. Este Reglamento dio lugar a la aprobación en España —lo que no debería haberse hecho por la naturaleza y eficacia directa del Reglamento comunitario— de la Orden EHA/3875/2007, de 27 de diciembre (BOE núm. 313, de 31 de diciembre) y su corrección de errores publicada el 4 de febrero de 2008.

Hay que tener en cuenta que la disposición adicional decimocuarta de la Ley 30/2007 y la disposición final tercera de la Ley 31/2007 (como habían señalado anteriormente la disposición adicional segunda de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, texto refundido aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio y la disposición final tercera de la Ley 48/1998, de 30 de diciembre, sobre procedimientos de contratación en los sectores del agua, la energía, los transportes y las telecomunicaciones), establecen que las cifras que en lo sucesivo se fijen por la Comisión Europea y se publiquen por Orden del Ministro de Hacienda, sustituirán a las que figuran en el texto de la misma.

