

REVISTA DE

# Administración Pública



CENTRO DE ESTUDIOS POLÍTICOS Y CONSTITUCIONALES

**A. MASUCCI**

El procedimiento de mediación como medio alternativo de resolución de litigios en el Derecho administrativo

**X. ARZOZ SANTISTEBAN**

Las competencias autonómicas de supervisión de las entidades de crédito

**J. A. CARRILLO DONAIRE**

Seguridad y calidad productiva: de la intervención policial a la gestión de riesgos

**C. A. HERRERA GUERRA**

La vocación de la universalidad del Derecho administrativo: el *Administrative State* para un país que no es administrado por ángeles

**J. A. MORENO MOLINA**

«Un mundo para Sara». Una nueva categoría en el Derecho español de la contratación pública: los contratos sujetos a regulación armonizada

**T. PRIETO ÁLVAREZ**

La encrucijada actual de las relaciones especiales de sujeción

# 178

Madrid  
enero/abril  
2009

ISSN: 0034-7639

ESTUDIOS



JURISPRUDENCIA



CRÓNICA  
ADMINISTRATIVA



BIBLIOGRAFÍA



*Revista de Administración Pública*  
ISSN: 0034-7639, núm. 178,  
Madrid, enero/abril (2009)

## Consejo de Redacción

Director:

EDUARDO GARCÍA DE ENTERRÍA, *Universidad Complutense*

Secretaria:

CARMEN CHINCHILLA MARÍN, *Universidad de Alcalá*

VOCALES:

Fernández Rodríguez, Tomás Ramón, *U. Complutense*

González Pérez, Jesús, *U. Complutense*

Leguina Villa, Jesús, *U. de Alcalá*

López Menudo, Francisco, *U. de Sevilla*

Martín-Retortillo, Lorenzo, *U. Complutense*

Martín Rebollo, Luis, *U. de Cantabria*

Parada Vázquez, José Ramón, *U. Nacional de Educación a Distancia*

Santamaría Pastor, Juan Alfonso, *U. Complutense*

Sainz Moreno, Fernando, *U. Complutense*

Tornos Mas, Joaquín, *U. de Barcelona*

## Consejo Asesor

Agirreazkuenaga Zigorraga, Iñaki, *U. del País Vasco*

Alonso García, Ricardo, *U. Complutense*

Ballbé Mallol, Manuel, *U. Autónoma de Barcelona*

Baño León, José M., *U. de Valencia*

Bermejo Vera, José, *U. de Zaragoza*

Bocanegra Sierra, Raúl, *U. de Oviedo*

Blasco Esteve, Avelino, *U. de las Islas Baleares*

Brewer-Carias, Allan Randolf, *U. Central de Venezuela*

Carro y Fernández-Valmayor, José Luis, *U. de Santiago de Compostela*

Castells Arteche, José Manuel, *U. del País Vasco*

Cortiñas Peláez, León, *U. Nac. Autónoma de México*

Coscolluela Montaner, Luis, *U. Complutense*

Clavero Arévalo, Manuel Fco., *U. de Sevilla*

Cobrerros Mendazona, Edorta, *U. del País Vasco*

Entrena Cuesta, Rafael, *U. de Barcelona*

Esteve Pardo, José, *U. de Barcelona*

Fernández Farreres, Germán, *U. Complutense*

Figueiredo Moreira Nieto, Diogo, *U. Cândido Méndes de Rio de Janeiro*

Font i Llovet, Tomás, *U. de Barcelona*

Gómez-Ferrer Morant, Rafael, *U. Complutense*

Gómez-Reino, Enrique, *U. de Santiago de Compostela*

Lasagabaster Herrate, Iñaki, *U. del País Vasco*

López Ramón, Fernando, *U. de Zaragoza*

Lozano Cutanda, Blanca, *U. del País Vasco*

Malaret García, Elisenda, *U. de Barcelona*

Martín Mateo, Ramón, *U. de Alicante*

Menéndez Rexach, Ángel, *U. Autónoma de Madrid*

Moderne, Frank, *U. de Pau et des Pays de L'Adour*

Muñoz Machado, Santiago, *U. Complutense*

Ortega Álvarez, Luis, *U. de Castilla-La Mancha*

Parejo Alfonso, Luciano, *U. Carlos III*

Pemán Gavín, Juan, *U. de Lérida*

Pérez Moreno, Alfonso, *U. de Sevilla*

Quadra-Salcedo, Tomás de la, *U. Carlos III*

Rebollo Puig, Manuel, *U. de Córdoba*

Saz Cordero, Silvia del, *UNED*

Sosa Wagner, Francisco, *U. de León*

Suay Rincón, José, *U. de Las Palmas de Gran Canaria*

Tolivar Alas, Leopoldo, *U. de Oviedo*

Trayter Jiménez, Joan Manuel, *U. de Gerona*

Vandelli, Luciano, *U. de Bolonia*

Villar Palasi, José Luis, *U. Complutense*

## Declaración de interés público

«*Artículo único.* Se declara de "interés público" a la REVISTA DE ADMINISTRACIÓN PÚBLICA, fundada en el año 1950 por el *Instituto de Estudios Políticos*, en consideración a los elevados méritos que concurren en dicha publicación, en la que se contienen importantes estudios monográficos de Derecho Político y Administrativo, tanto nacional como de Derecho comparado, de gran trascendencia doctrinal, con difusión del estudio de dichas materias, y realizando una labor formativa y vocacional muy valiosa, cuyos efectos en la esfera de la Administración Pública son una evidente realidad actual.»

(Orden del Ministerio de Información y Turismo de fecha 10 de mayo de 1961.)

*El Centro de Estudios Políticos y Constitucionales no se identifica necesariamente con los juicios de los autores de esta Revista*

# SUMARIO DEL NÚM. 178

ENERO-ABRIL 2009

Páginas

## ESTUDIOS

A. MASUCCI: <i>El procedimiento de mediación como medio alternativo de resolución de litigios en el Derecho administrativo</i> .....	9-35
X. ARZOZ SANTISTEBAN: <i>Las competencias autonómicas de supervisión de las entidades de crédito</i> .....	37-87
J. A. CARRILLO DONAIRE: <i>Seguridad y calidad productiva: de la intervención policial a la gestión de riesgos</i> .....	89-142
C. A. HERRERA GUERRA: <i>La vocación de la universalidad del Derecho administrativo: el Administrative State para un país que no es administrado por ángeles</i> .....	143-173
J. A. MORENO MOLINA: <i>«Un mundo para Sara». Una nueva categoría en el Derecho español de la contratación pública: los contratos sujetos a regulación armonizada</i> .....	175-213
T. PRIETO ÁLVAREZ: <i>La encrucijada actual de las relaciones especiales de sujeción</i> .....	215-247

## JURISPRUDENCIA

### I. COMENTARIOS MONOGRÁFICOS

I. AGIRREAZKUENAGA: <i>Los honorarios de los abogados pueden negociarse libremente y el Consejo General de la Abogacía no puede prohibir la cuota litis en sentido estricto</i> .....	251-279
L. CASADO CASADO: <i>El derecho de acceso a la información ambiental a través de la jurisprudencia</i> .....	281-322

II. NOTAS DE JURISPRUDENCIA CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA (T. FONT I LLOVET, A. GALÁN GALÁN, O. MIR PUIGPELAT, A. PEÑALVER I CABRÉ y J. TORNOS MAS) .....	323-339
--	---------

NOTAS DE JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS (O. BOUAZZA ARIÑO) .....	341-357
---	---------

## CRÓNICA ADMINISTRATIVA

### I. ESPAÑOLA Y DE LA UNIÓN EUROPEA

S. GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ: <i>Los efectos de las sentencias anulatorias de los Tribunales Constitucionales</i> .....	361-367
M. FRANCH y J. TORRELLES: <i>Aplicabilidad de la Ley de Contratos del Sector Público en la actividad contractual de las Cámaras de Comercio</i> .....	369-395
M. M. PASCUAL GONZÁLEZ: <i>Análisis jurídico de las garantías de las Administraciones Públicas en situaciones de crisis empresariales</i> .....	397-422
E. PRIETO ETXANO: <i>Las enseñanzas superiores de música en el marco del proceso de convergencia europeo</i> .....	423-458

BIBLIOGRAFÍA

RECENSIONES Y NOTICIAS DE LIBROS

ARDURA PÉREZ, A.; NOGALES ROMEO, F. J., y ROMERO REY, C.: <i>La competencia objetiva en la jurisdicción contencioso-administrativa</i> (S. DE LA SIERRA) .....	461-465
BUENO ARMIJO, A.: <i>La Organización Mundial del Comercio y la transformación de las políticas agrícolas nacionales</i> (M. A. RODRÍGUEZ PORTUGUÉS) .....	465-471
DELGADO PIQUERAS, F., y GALLEGO CÓRCOLES, I.: <i>Aguas subterráneas privadas, teledetección y riego. Un estudio jurisprudencial</i> (S. M. ÁLVAREZ CARREÑO) .....	471-474
GONZÁLEZ RÍOS, I.: <i>Sanidad animal y seguridad alimentaria en los productos de origen animal</i> (M. <sup>a</sup> R. ZAMORA ROSELLÓ) .....	474-477
GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ, S.: <i>Tratado de Derecho Administrativo</i> (M. <sup>a</sup> T. CANTÓ LÓPEZ) .....	477-479
MARTÍN DELGADO, I.: <i>La ejecución subrogatoria de las sentencias contencioso-administrativas</i> (I. GALLEGO CÓRCOLES) .....	479-482
MARTÍN MATEO, R.: <i>La verde energía de la biomasa</i> (M. FUERTES) .....	482-484
MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, L.: <i>Los padres tendrán derecho preferente a escoger el tipo de educación que habrá de darse a sus hijos (Un estudio de Jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos)</i> (A. BARRERO ORTEGA) .....	484-487
OLLER RUBERT, M.: <i>Saneamiento de aguas residuales y reforma del Derecho administrativo</i> (L. TOLIVAR ALAS) .....	487-489
RIVAS CASTILLO, M. <sup>a</sup> I.: <i>Régimen jurídico de las infraestructuras ferroviarias</i> (J. GUILLÉN CARAMÉS) .....	489-493
RODRÍGUEZ-VIGIL RUBIO, J. L.: <i>Integración o desmoronamiento. Crisis y alternativas del Sistema Nacional de Salud español</i> (L. TOLIVAR ALAS) ....	493-495
SENDÍN GARCÍA, M. A.: <i>Regulación y servicios públicos</i> (M. <sup>a</sup> R. ZAMORA ROSELLÓ) .....	495-497

# «UN MUNDO PARA SARA». UNA NUEVA CATEGORÍA EN EL DERECHO ESPAÑOL DE LA CONTRATACIÓN PÚBLICA: LOS CONTRATOS SUJETOS A REGULACIÓN ARMONIZADA

JOSÉ ANTONIO MORENO MOLINA  
Profesor Titular de Derecho Administrativo  
Universidad de Castilla-La Mancha

I. INTRODUCCIÓN, OBJETIVOS Y PLANTEAMIENTO DEL TRABAJO.—II. UNA CRÍTICA DE PARTIDA: LA CATEGORÍA SÓLO IDENTIFICA PARCIALMENTE EL ÁMBITO NORMATIVO SUPEDITADO A LAS PRESCRIPCIONES COMUNITARIAS, DE FORMA QUE MUCHAS DE LAS OBLIGACIONES DERIVADAS DE LAS DIRECTIVAS COMUNITARIAS SE EXTIENDEN POR LA LCSP A TODOS LOS CONTRATOS CELEBRADOS POR LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS Y RESTANTES ENTIDADES PÚBLICAS Y NO SÓLO A LOS CONTRATOS SUJETOS A REGULACIÓN ARMONIZADA.—III. LA DEFINICIÓN DE LOS CONTRATOS SARA: 1. *La utilización de distintos criterios.* 2. *Tipos contractuales y cuantías.* 3. *El supuesto especial de los contratos de colaboración entre el sector público y el sector privado.* 4. *El requisito subjetivo: sólo los poderes adjudicadores pueden celebrar contratos SARA.* 5. *Supuestos excluidos de la figura.* 6. *Contratos subvencionados. Especialidades en relación con el resto de contratos SARA.*—IV. LAS NORMAS APLICABLES A LOS CONTRATOS SARA: 1. *Reglas a seguir por las Administraciones públicas.* 2. *La decisiva relevancia de esta categoría para los contratos celebrados por los poderes adjudicadores que no sean Administraciones públicas.*—V. OTRO PROBLEMA EN LA CIMENTACIÓN DE LA LCSP: LA ADJUDICACIÓN PROVISIONAL SÓLO TIENE SENTIDO PARA LOS CONTRATOS SARA, EN EL RESTO DE LOS CONTRATOS ES UNA FASE VACÍA DE SIGNIFICADO.—VI. A MODO DE CONCLUSIONES. CUESTIONAMIENTO DE LA FIGURA DESDE LA ÓPTICA DEL DERECHO INTERNO Y, SOBRE TODO, DEL DERECHO COMUNITARIO EUROPEO.—BIBLIOGRAFÍA.

## RESUMEN

El trabajo lleva a cabo un estudio acerca de la nueva categoría creada por la Ley 30/2007, de Contratos del Sector Público: los denominados contratos sujetos a regulación armonizada. Se analiza el porqué de esta nueva figura, su significado, los supuestos excluidos y las normas aplicables a esta clase de contratos, reflexionándose sobre cómo afecta al completo régimen contractual público. Se critica y cuestiona en el texto la distinción en la LCSP entre contratos sujetos o no a regulación comunitaria desde la perspectiva del Derecho comunitario, para el cual los principios y las obligaciones aplicables a todos los contratos públicos deben ser en esencia los mismos.

*Palabras clave:* contratos públicos; contratos administrativos; Derecho comunitario; principios generales; contratos sujetos a regulación armonizada.

## ABSTRACT

The work carried out a study on the new category created by Spanish Public Sector Procurement Law (Act 30/2007): contracts subject to the so-called harmonized regulation. Analyzed why this new figure, its meaning, the alleged excluded and the rules applicable to such contracts, reflecting on how it affects the complete public procurement regime. It was

criticized and questioned in the text, the LCSP distinction between the contracts subject or not to regulation from the perspective of Community Law, for which the principles and obligations that apply to all public procurement should be essentially the same.

*Key words:* public procurement; administrative procurement; European Law; general principles; contracts subject to the harmonized regulation.

## I. INTRODUCCIÓN, OBJETIVOS Y PLANTEAMIENTO DEL TRABAJO

Entre las principales novedades de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público (en adelante, LCSP), se encuentra la creación de una nueva categoría, los denominados contratos sujetos a regulación armonizada, contratos SARA en la abreviatura que ha propuesto el Ministerio de Economía y Hacienda, de cuyo seno nació el texto que tras su tramitación parlamentaria se convirtió en Ley<sup>1</sup>. Esta clase de contratos se definen por la LCSP en función de diversos criterios: la entidad que los celebra, el tipo contractual y su cuantía; con esta confusa terminología<sup>2</sup> se quiere identificar a los contratos que se encuentran sometidos a la Directiva 2004/18/CE, es decir, a regulación comunitaria europea, que bien podría haber sido la forma de denominarlos.

La determinación de cuándo nos encontramos o no ante un contrato sujeto a regulación armonizada reviste una importancia decisiva en la LCSP, puesto que de ello va a depender desde la normativa aplicable a cada expediente contractual a cuestiones tan decisivas como los recursos a interponer o la jurisdicción competente para conocer de los litigios sobre los contratos, aspectos que en verdad resulta injustificado que se decidan en base a esta categoría.

En efecto, el conocimiento del régimen jurídico al que han de sujetar su actividad contractual todos los organismos o entidades públicos requiere en la nueva LCSP como requisito previo imprescindible el

---

<sup>1</sup> La complejidad de la LCSP llevó a la Dirección General de Patrimonio del Ministerio de Economía y Hacienda a difundir durante la *vacatio legis* de la norma unas «Herramientas para una aproximación inicial a la Ley de Contratos del Sector Público», material didáctico que se publicó en Internet (<http://www.meh.es/Portal/Servicios/Contratacion/Instrumentos+para+la+aplicacion+de+la+LCSP/>; fecha de consulta 19 de noviembre de 2008). En los cuadros y gráficos que recoge el citado documento se utiliza la abreviatura SARA para identificar a los contratos sujetos a regulación armonizada (véanse, por ejemplo, las págs. 31 y 32).

<sup>2</sup> Que por lo demás se une a otros conceptos que la LCSP viene a introducir ahora y que complican la cada vez más difícil —en su interpretación y aplicación— normativa sobre contratación pública: piénsese en el perfil del contratante, en la categoría de poder adjudicador o en los procedimientos de diálogo competitivo, acuerdos marco o sistemas dinámicos de adquisición.

análisis, por una parte, del ámbito subjetivo fijado principalmente por el artículo 3 y, por otra, del elemento objetivo de la relación contractual determinado por las características que convierten a un contrato en sujeto o no a regulación armonizada. La LCSP combina, para la determinación de estos diferentes niveles de aplicación de la norma, criterios subjetivos (las tres categorías dentro de las entidades del sector público: las Administraciones públicas, los poderes adjudicadores que no tienen el carácter de Administraciones públicas y los restantes entes del sector público<sup>3</sup>) con criterios objetivos, entre los cuales destacan sobre todo las clases de contratos que recoge la Ley (típicos, administrativos, mixtos y privados<sup>4</sup> y contratos sujetos a regulación armonizada o no)<sup>5</sup>.

El objetivo del presente trabajo será analizar el porqué de esta nueva figura, su significado y consecuencias. Ello nos obligará a acudir en todo momento al Derecho comunitario europeo, parámetro de interpretación y validez de nuestra Ley<sup>6</sup>, que si bien no conoce la ca-

<sup>3</sup> J. M. GIMENO FELIÚ (2008), «El nuevo ámbito subjetivo de aplicación de la Ley de Contratos del Sector Público», núm. 176 de esta REVISTA, págs. 9 y ss.

<sup>4</sup> La LCSP mantiene las categorías tradicionales en nuestro Derecho —pero que no se conocen en las Directivas comunitarias— de contratos administrativos y contratos privados, así como la dualidad de regímenes jurídicos (de Derecho administrativo y de Derecho privado), aunque la regulación introduce una novedosa configuración de las categorías ya que la figura de los contratos administrativos se reserva exclusivamente a los celebrados por las Administraciones públicas. Para todos los entes, organismos y entidades del sector público que no reúnan la condición de Administración pública (que define el apartado 2 del art. 3 de la LCSP), los contratos que celebren se considerarán contratos privados (art. 20.1).

<sup>5</sup> B. PÉREZ CRESPO (2008), «Los presupuestos y la estructura de la nueva Ley de Contratos del Sector Público», en AA.VV. (dirección J. A. MORENO MOLINA), *La nueva Ley de Contratos del Sector Público y su aplicación por las Entidades locales*, CEMCI, Granada, págs. 45 y ss.

<sup>6</sup> La necesidad de interpretación de las normas sobre contratación pública con arreglo a los principios del Tratado de la Comunidad se destaca por la propia Directiva 2004/18/CE, sobre contratos públicos de obras, suministros y servicios, que los recoge expresamente en su considerando segundo, al hacer referencia a 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».

Como se desprende de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Justicia, corresponde al órgano jurisdiccional nacional dar a la ley interna que deba aplicar, en la mayor medida posible, una interpretación conforme con las exigencias del Derecho comunitario (véanse, en particular, las sentencias de 5 de octubre de 1994, *Van Munster*, C-165/91, Rec. pág. I-4661, apartado 34, y de 26 de septiembre de 2000, *Engelbrecht*, C-262/97, Rec. pág. I-7321, apartado 39).

Si tal interpretación conforme no es posible, el órgano jurisdiccional nacional debe aplicar íntegramente el Derecho comunitario y proteger los derechos que éste confiere a los particulares, absteniéndose de aplicar, en su caso, cualquier disposición nacional en la medida en que tal aplicación conduzca, en las circunstancias del litigio, a un resultado contrario al Derecho comunitario (véanse las sentencias de 5 de marzo de 1998, *Solred*, C-347/96, Rec. pág. I-937, apartado 30, y *Engelbrecht*, antes citada, apartado 40).

tegoría en cuestión, que es creación *ex novo* de la LCSP, sí constituye el fundamento directo e inmediato de su definición y aplicabilidad.

Se trata, en cualquier caso, hay que insistir en ello y destacarlo desde el principio para evitar equívocos, de una categoría exclusivamente de Derecho interno, nacida por voluntad del legislador español, que no coincide totalmente con el ámbito de aplicación de la Directiva 2004/18 y que, entre otras peculiaridades, incluye en la misma con carácter general a los contratos de colaboración entre el sector público y el sector privado, que son un tipo contractual no regulado todavía en el Derecho europeo.

## II. UNA CRÍTICA DE PARTIDA: LA CATEGORÍA SÓLO IDENTIFICA PARCIALMENTE EL ÁMBITO NORMATIVO SUPEDITADO A LAS PRESCRIPCIONES COMUNITARIAS, DE FORMA QUE MUCHAS DE LAS OBLIGACIONES DERIVADAS DE LAS DIRECTIVAS COMUNITARIAS SE EXTIENDEN POR LA LCSP A TODOS LOS CONTRATOS CELEBRADOS POR LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS Y RESTANTES ENTIDADES PÚBLICAS Y NO SÓLO A LOS CONTRATOS SUJETOS A REGULACIÓN ARMONIZADA

Como obligaba el Derecho comunitario de los contratos, la LCSP incorpora a nuestro ordenamiento la Directiva 2004/18/CE, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, suministros y servicios<sup>7</sup>. Ahora bien, el nuevo texto español no se limita a trasponer las nuevas directrices comunitarias, sino que decide abordar una reforma global introduciendo modificaciones en diversos ámbitos de la legislación contractual pública, llevando a cabo, entre otras novedades, un cambio de estructura que se aparta decididamente del sistema seguido en España en la materia desde la Ley 13/1995, de 18 de mayo, de Contratos de las Administra-

---

<sup>7</sup> La incorporación de la Directiva citada al ordenamiento español se hizo tardíamente puesto que su plazo de trasposición había finalizado el 31 de enero de 2006. De hecho, en marzo de 2007 la Comisión Europea decidió denunciar a nuestro país ante el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas por no haber comunicado sus disposiciones nacionales de aplicación de las Directivas comunitarias de contratación pública —tanto de la 2004/18 como de la 2004/17, sobre contratos en los denominados sectores especiales o excluidos (Asuntos C-254/07 y C-255/07, publicados, respectivamente, en el *DOUE* C 170, de 21 de julio de 2007, y C 183, de 4 de agosto)—.

Sobre el estado de trasposición de las Directivas comunitarias de contratos públicos 2004/17/CE y 2004/18/CE, véase M. TRYBUS y T. MEDINA (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*, núm. 4, págs. 89-118, y, de los mismos autores (2008), «La transposición de las Directivas comunitarias sobre contratación pública en los Estados miembros (01.07.2008)», *Noticias de la Unión Europea*, número monográfico sobre la LCSP, en prensa.



ciones Públicas (LCAP). En efecto, la LCAP se organizó en torno a una parte general, compuesta por normas aplicables a todos los contratos públicos —el Libro I del TRLCAP—, y una parte especial, en la que se recogían las peculiaridades de régimen jurídico de los contratos administrativos «típicos» —Libro II del TRLCAP— (diferenciación que en la práctica la Ley no conseguía, ya que las normas de las partes general y especial se confundían y entrecruzaban entre los dos libros). Sin embargo, la LCSP se estructura en base a un título preliminar que recoge unas disposiciones generales —para establecer los principios generales, el ámbito subjetivo y objetivo, y sentar las pautas que permitirán interpretar y aplicar la Ley: categorías de sujetos, tipos y clases de contratos y definición de los contratos sujetos a regulación armonizada— y cinco libros que se dedican, sucesivamente, a regular la configuración general de la contratación del sector público y los elementos estructurales de los contratos; la preparación de estos contratos; la selección del contratista y la adjudicación; los efectos, cumplimiento y extinción de los contratos administrativos; y la organización administrativa para la gestión de la contratación.

La intención del legislador es, pues, superar el limitado enfoque de la LCAP de 1995 dirigido a «los contratos que celebren las Administraciones Públicas» (art. 1.1) y basado en la figura del contrato administrativo, para sustituirlo por una más amplia regulación de la actividad contractual de todo el sector público español.

De esta forma, la LCSP se diseña y estructura teniendo en cuenta su aplicabilidad a todos los sujetos del sector público, lo que, a juicio de la exposición de motivos de la norma (apartado II), permite dar una respuesta más adecuada a los problemas derivados de situar el régimen aplicable a los contratos no celebrados por Administraciones públicas en un ámbito caracterizado por su indefinición, rasgo especialmente notorio en el caso de los contratos no sujetos a las Directivas comunitarias. Así, la LCSP aproxima su ámbito de aplicación al de las normas comunitarias que incorpora al Derecho español, «incrementando la seguridad jurídica al eliminar remisiones imprecisas y clarificar las normas de aplicación, aumentando la eficiencia de la legislación al tomar en cuenta la configuración jurídica peculiar de cada destinatario para modular adecuadamente las reglas que le son aplicables».

El nuevo enfoque en la legislación de contratos públicos gira en torno a dos puntos. En primer lugar, se pretende la ampliación del ámbito subjetivo de aplicación de la Ley reguladora de los contratos públicos, construyendo desde el inicio la Ley de contratación pública como una ley del sector público en el sentido más amplio posible

(art. 3) y, en segundo lugar, se quiere con este nuevo planteamiento identificar nítidamente qué normas provienen de la regulación tradicional interna del contrato celebrado por Administraciones públicas y cuáles tienen su origen en el Derecho comunitario: de esta forma, se acuña el concepto de «contratos sujetos a regulación armonizada» para designar a aquellos contratos que, por razón de la entidad contratante, su tipo y su cuantía se encuentran sujetos a las prescripciones comunitarias. Aquí encontramos entonces el porqué de la creación de los contratos SARA.

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, sólo 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., definiciones de los distintos contratos típicos, negocios y contratos excluidos, contratos *in house*, reglas sobre aptitud para contratar con el sector público, prohibiciones para contratar del apartado 1 del artículo 49 LCSP, especificaciones técnicas, condiciones especiales de ejecución, normas sobre procedimientos de adjudicación y 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 además 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 és-

tos, el de los contratos administrativos. Pues bien, para los contratos administrativos apenas tiene relevancia la distinción entre contratos sujetos o no a regulación armonizada, como tendremos ocasión de comprobar en el presente trabajo.

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.

El Consejo de Estado también había apuntado en su Dictamen 514/2006 los problemas de planteamiento y desarrollo de la nueva categoría de los contratos SARA. En palabras del Consejo:

«(...) El anteproyecto de Ley de Contratos del Sector Público pretende un nuevo enfoque en la legislación de contratos públicos, que, poniendo término al sistema de sucesivas extensiones impuestas por las exigencias comunitarias, construya desde el principio el sistema de reglas jurídico-públicas partiendo de una perspectiva amplia. Tal planteamiento supone, en primer lugar, una delimitación inicial del ámbito de aplicación en términos más comprensivos (contratos del sector público), pero gira sobre todo alrededor de la pretendida asunción —se verá que no sin problemas— de un criterio funcional, impuesto por el Derecho comunitario, para la exigencia de regímenes contractuales diversos según que los contratos celebrados por entes del sector público se encuentren o no “sujetos a regulación armonizada”.

(...) Existe un problema de construcción sistemática (que también implica alguno sustantivo o de régimen), derivado una vez más de la dificultad de origen consistente en la regulación conjunta de contratos administrativos y garantías de contratación del sector público. Se trata de una cuestión no ya tanto de delimitación, cuanto de decisión de la exigencia que se quiere aplicar a los contratos celebrados por entidades públicas del artículo 13.1 del anteproyecto: si se quiere dotar a éstos sólo del régimen propio de los contratos armonizados —el que se llamó segundo nivel de intensidad— o si quiere extenderse a los mismos también la aplicación de ciertas garantías aun cuando contraten por debajo del umbral. Es un asunto que, en ocasiones, excede de la mera siste-

mática. Así, se plantea en primer lugar en la incorporación de aquellas novedades del Derecho comunitario contenidas en el Libro III del anteproyecto: como se verá, en línea con lo previsto por la Directiva 2004/18/CE, algunas de tales novedades se reservan a la Administración Pública (subasta electrónica, diálogo competitivo), en otras en cambio (acuerdos marco, sistemas dinámicos, centrales de contratación) parece que se quiere permitir su uso a estas y a otras entidades del sector público —con una deficiente regulación—».

Y, concluía el Consejo de Estado, además de ello, la LCSP plantea un problema diverso, «cual es el de la aplicación de ciertas reglas jurídico-públicas de contratación a las entidades del artículo 13.1 aun cuando contraten por debajo del umbral. Es ésta una cuestión sustantiva de régimen de tales entidades, que afecta a diferentes aspectos —preparación, adjudicación, recurso— (...)».

### III. LA DEFINICIÓN DE LOS CONTRATOS SARA

#### 1. *La utilización de distintos criterios*

El artículo 13 de la LCSP define los contratos sujetos a regulación armonizada en función de la entidad que los celebra (debe ser un poder adjudicador, aunque hay una excepción en relación a los contratos subvencionados), por su tipo (obras, concesión de obras públicas, suministro, servicios comprendidos en las categorías 1 a 16 del Anexo II y colaboración público-privada) y por su cuantía (umbrales previstos por la Directiva 2004/18/CE, salvo los de los contratos de colaboración entre el sector público y el sector privado, que en todo caso se consideran sujetos a regulación armonizada).

Pasemos a analizar estos requisitos de forma separada.

#### 2. *Tipos contractuales y cuantías*

Para que nos encontremos ante un contrato SARA, los artículos 14 a 16 de la LCSP distinguen en función de los distintos tipos contractuales (contratos de obras, concesión de obras públicas, suministro, y servicios comprendidos en las categorías 1 a 16 del Anexo II) y sus cuantías, salvo para los contratos de colaboración entre el sector pú-

blico y el sector privado, que en todo caso se consideran sujetos a regulación armonizada. De esta forma, serán SARA:

- contratos de obras y concesión de obras públicas: si su valor estimado (concepto que concreta el artículo 76 de la LCSP —importe total del contrato sin IVA<sup>8</sup>—) es igual o superior a 5.150.000 euros;
- contratos de suministro de valor estimado igual o superior a 133.000 ó 206.000 euros<sup>9</sup>;
- contratos de servicios de valor estimado igual o superior a 133.000<sup>10</sup> ó 206.000<sup>11</sup> euros.

La identificación de estos contratos se ajusta, en consecuencia, al ámbito de aplicación de la Directiva 2004/18, si bien frente a la caracterización de la norma comunitaria el concepto no incluye los contratos de servicios de las categorías 17 a 27 del Anexo II —los servicios no esenciales en la terminología comunitaria<sup>12</sup>—, a los que la Directiva declara aplicables sólo las normas sobre establecimiento de prescripciones técnicas y publicidad de las adjudicaciones. En relación con estos contratos de servicios, especialmente numerosos por la capacidad de absorción del cajón de sastre que constituye la categoría 27 de «otros servicios», la LCSP opta por dejarlos fuera de la catego-

<sup>8</sup> Véanse las Circulares de la Abogacía General del Estado núm. 3/2008 («Imprudencia de computar el IVA en el cálculo del importe de los contratos menores») y núm. 4/2008 («Imprudencia de computar el IVA en el cálculo del importe de la garantía provisional de los contratos»).

<sup>9</sup> 133.000 euros cuando se trate de contratos adjudicados por la Administración General del Estado, sus organismos autónomos o las Entidades Gestoras y Servicios Comunes de la Seguridad Social. No obstante, cuando los contratos se adjudiquen por órganos de contratación que pertenezcan al sector de la defensa, este umbral sólo se aplicará respecto de los contratos de suministro que tengan por objeto los productos enumerados en el Anexo III de la LCSP —art. 15.1.a)—. Y 211.000 euros cuando se trate de contratos de suministro distintos de los anteriores, por razón del sujeto contratante o por razón de su objeto.

<sup>10</sup> Cuando los contratos hayan de ser adjudicados por la Administración General del Estado, sus organismos autónomos o las Entidades Gestoras y Servicios Comunes de la Seguridad Social, sin perjuicio de lo dispuesto para ciertos contratos de la categoría 5 y para los contratos de la categoría 8 del Anexo II en la letra b) del artículo 16.1.

<sup>11</sup> Cuando los contratos hayan de adjudicarse por entes, organismos o entidades del sector público distintos a la Administración General del Estado, sus organismos autónomos o las Entidades Gestoras y Servicios Comunes de la Seguridad Social, o cuando, aun siendo adjudicados por estos sujetos, se trate de contratos de la categoría 5 consistentes en servicios de difusión de emisiones de televisión y de radio, servicios de conexión o servicios integrados de telecomunicaciones, o contratos de la categoría 8, según se definen estas categorías en el Anexo II de la LCSP.

<sup>12</sup> Se trata de los servicios de hostelería y restaurante, de transporte por ferrocarril, de transporte fluvial y marítimo, de transportes complementarios y auxiliares, servicios jurídicos, servicios de colocación y suministro de personal, servicios de investigación y seguridad —excepto servicios de furgones blindados—, servicios de educación y formación profesional, servicios sociales y de salud, servicios de esparcimiento, culturales y deportivos, y la amplia categoría de «otros servicios».

ría SARA y establecer su sometimiento a las mismas reglas que éstos en los lugares pertinentes de la Ley (vgr., arts. 104.1 —información sobre las condiciones de subrogación en contratos de trabajo— y 138.3 —referido a la publicidad de la adjudicación—).

### 3. *El supuesto especial de los contratos de colaboración entre el sector público y el sector privado*

La LCSP otorga un tratamiento especial a un tipo contractual, el contrato de colaboración entre el sector público y el sector privado, al que en todo caso considera sujeto a regulación armonizada, con independencia de su cuantía.

Hay que destacar la novedad que supone la incorporación por la legislación española de este contrato, sobre el que no hay regulación comunitaria, ya que este tipo ni se recoge en la Directiva 2004/18/CE —que sólo disciplina los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, suministros y servicios— ni ha dado lugar a una Directiva específica. Tampoco parece que a corto o medio plazo se vaya a aprobar una norma comunitaria sobre esta figura contractual debido a la falta de consenso entre los países europeos en la materia<sup>13</sup>.

El contrato de colaboración entre el sector público y el sector privado se define en el artículo 11 de la LCSP como aquel

«en que una Administración Pública encarga a una entidad de derecho privado, por un periodo determinado en función de la duración de la amortización de las inversiones o de las fórmulas de financiación que se prevean, la realización de una actuación global e integrada que, además de la financiación de inversiones inmateriales, de obras o de suministros necesarios para el cumplimiento de determinados objetivos de servicio público o relacionados con actuaciones de interés general, comprenda alguna de las siguientes prestaciones:

a) La construcción, instalación o transformación de obras, equipos, sistemas, y productos o bienes complejos, así como su mantenimiento, actualización o renovación, su explotación o su gestión.

---

<sup>13</sup> Véase el Libro Verde de la Comisión sobre la colaboración público-privada y el Derecho comunitario en materia de contratación pública y concesiones [COM (2004) 327 final].

- b) La gestión integral del mantenimiento de instalaciones complejas.
- c) La fabricación de bienes y la prestación de servicios que incorporen tecnología específicamente desarrollada con el propósito de aportar soluciones más avanzadas y económicamente más ventajosas que las existentes en el mercado.
- d) Otras prestaciones de servicios ligadas al desarrollo por la Administración del servicio público o actuación de interés general que le haya sido encomendado».

Se trata, pues, de un contrato típico (arts. 5 y 11) y administrativo, ya que se celebra necesariamente por una Administración pública (art. 19).

La definición de los contratos de colaboración público-privada es imprecisa y deja abierta la posibilidad de que Administración y contratista concreten los elementos del contrato en cada caso concreto, por ello se ha definido gráficamente como un «contrato para armar»<sup>14</sup>. La LCSP habla de la realización de una actuación global e integrada y recoge en el apartado 1.d) del artículo 11 una cláusula de cierre de la definición.

Pero en la nueva Ley se hace realmente difícil encontrar a lo largo de todo su articulado las normas aplicables a la nueva figura contractual. En efecto, para analizar el régimen jurídico del contrato de colaboración público-privada tenemos que acudir a preceptos ubicados en el Título Preliminar (además de los ya comentados arts. 11 y 13, los arts. 19 y 21), Libro I (arts. 24, 29, 37 y 68), Libro II (arts. 118 a 210), Libro III (arts. 163 a 167), Libro IV (arts. 199, 289 y 290), Libro V (art. 296), e incluso le afecta la disposición final décima de la nueva Ley, que establece que, en el plazo de un año a partir de la entrada en vigor de esta Ley, el Gobierno someterá al Congreso de los Diputados un proyecto de Ley en el que se regulen las modalidades de captación de financiación en los mercados por los concesionarios de obras públicas o por los titulares de contratos de colaboración entre el sector público y el sector privado, así como el régimen de garantías que puede aplicarse a dicha financiación.

En el apartado 2 del artículo 11 de la LCSP se precisa que sólo podrán celebrarse contratos de colaboración entre el sector público y el sector privado cuando previamente se haya puesto de manifiesto, en

---

<sup>14</sup> J. V. GONZÁLEZ GARCÍA (2006), «Contrato de colaboración público-privada», núm. 170 de esta REVISTA, pág. 22.

la forma prevista en el artículo 118, que otras fórmulas alternativas de contratación no permiten la satisfacción de las finalidades públicas. El precepto —introducido en el trámite de enmiendas en el Congreso de los Diputados<sup>15</sup>— ha querido precisar el carácter «residual» del contrato de colaboración entre el sector público y el sector privado, que es subsidiario respecto de otras figuras contractuales.

En este punto radica una de las cuestiones más polémicas de la nueva figura, cuyo deslinde con los contratos de gestión de servicios públicos y, sobre todo, con el contrato de concesión de obra pública es muy difícil de apreciar. Como señala CHINCHILLA MARÍN<sup>16</sup>, esta dificultad se torna en imposibilidad cuando el contrato de colaboración público-privada incluya una obra y se prevea su explotación —la letra a) del artículo 11.1 identifica como prestación en la CPP: «La construcción, instalación o transformación de obras, equipos, sistemas, y productos o bienes complejos, así como su mantenimiento, actualización o renovación, su explotación o su gestión»—.

Conviene recordar que la calificación dada tanto por el Derecho nacional como por las partes no tiene ninguna incidencia en la calificación jurídica de estos contratos a efectos de la aplicación del Derecho comunitario en materia de contratación pública y concesiones.

Pues bien, en el anteriormente citado Libro Verde de la Comisión Europea sobre la colaboración público-privada y el Derecho comunitario en materia de contratación pública y concesiones, se destaca que el contrato de concesión se caracteriza por el vínculo directo que existe entre el socio privado y el usuario final: el socio privado presta un servicio a la población «en lugar» del socio público, pero bajo su control. Asimismo, se caracteriza por el modo en que se remunera al contratista, que consiste en cánones abonados por los usuarios del servicio, que se completan, en su caso, con subvenciones concedidas por los poderes públicos.

En la colaboración público-privada, la tarea del socio privado consiste en realizar y gestionar una infraestructura para la Administración pública (por ejemplo, un colegio, un hospital, un centro penitenciario o una infraestructura de transporte). El ejemplo más típico de este modelo es la organización de tipo IFP («Iniciativa de financiación privada», un programa del Gobierno británico que permite modernizar las infraestructuras públicas recurriendo a la financiación

<sup>15</sup> Enmienda núm. 159, del Grupo Parlamentario Socialista en el Congreso, *BOCG* de 29 de marzo de 2007, serie A, núm. 95-22, pág. 230.

<sup>16</sup> C. CHINCHILLA MARÍN (2006), «El nuevo contrato de colaboración entre el sector público y el sector privado», *REDA*, núm. 132, págs. 609 y ss.



privada). En este modelo, la remuneración del socio privado no adopta la forma de cánones abonados por los usuarios de la obra o el servicio, sino de pagos periódicos realizados por el socio público. Dichos pagos pueden ser fijos, pero también pueden calcularse de manera variable, en función, por ejemplo, de la disponibilidad de la obra, de los servicios correspondientes o, incluso, de la frecuentación de la obra, como ocurre con los peajes en la «sombra» o virtuales, utilizados en el marco de proyectos de autopistas, en particular en el Reino Unido, en Portugal y, en los últimos años, en España.

En la Ley de Contratos la remuneración al contratista colaborador, que paga la Administración, consiste en un precio que se satisfará durante toda la duración del contrato, y que podrá estar vinculado al cumplimiento de determinados objetivos de rendimiento (apartado 4 del art. 11). En este sentido, hay que destacar que el artículo 199 precisa que la ejecución del contrato se realizará a riesgo y ventura del contratista, sin perjuicio de lo establecido para el de obras en el artículo 214 —que recoge los casos de fuerza mayor— y de lo pactado en las cláusulas de reparto de riesgo que se incluyan en los contratos de colaboración entre el sector público y el sector privado.

#### 4. *El requisito subjetivo: sólo los poderes adjudicadores pueden celebrar contratos SARA*

De acuerdo con la delimitación general de los contratos SARA que lleva a cabo el artículo 13 de la LCSP, sólo podrán celebrar este tipo de contratos las entidades contratantes que tengan el carácter de poder adjudicador.

Ello nos remite al concepto sin duda más importante de la nueva Ley de Contratos, recogido a su vez en el precepto clave de la misma: el artículo 3.

Dentro de las entidades del sector público sometidas a la Ley 30/2007 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 y que, además, se superponen entre sí: las Administraciones públicas —apartado 2 del art. 3—, los poderes adjudicadores que no tienen el carácter de Administraciones públicas —apartado 3 del art. 3— y la categoría residual de los «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.

En efecto, pese a que el artículo 3 de la LCSP trata de incorporar el ámbito subjetivo de aplicación del Derecho comunitario sobre contratos públicos, lo que antes habían llevado a cabo los artículos 1, 2 y la disposición adicional sexta de la LCSP y del TRLCAP, la incorporación se vuelve a hacer en el ordenamiento jurídico español de modo peculiar y cuanto menos confuso, 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 de adquisición)<sup>17</sup>, o de ajustarse a la interpretación al respecto de la jurisprudencia comunitaria (como hizo la Ley Foral 6/2006, de 9 de junio, de Contratos Públicos de Navarra, en su art. 2<sup>18</sup>).

Hay que recordar que en los últimos años nuestros gobernantes y legisladores han sido especialmente reticentes 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 adap-

---

<sup>17</sup> Como observa J. M. GIMENO FELIÚ (2008, pág. 39), y (2007), «Las Disposiciones comunes a todos los contratos administrativos», en el libro col. (dir. J. CRUZ ALLI) *La Contratación administrativa en Navarra*, INAP, Pamplona, 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—.

Sobre el ámbito subjetivo de la LCSP pueden verse también C. CHINCHILLA MARÍN (2007), «La nueva Ley de contratos del sector público: ámbito de aplicación y otras cuestiones novedosas», *Revista Vasca de Administración Pública*, núm. 79, págs. 41 y ss., e I. GALLEGO CORCOLES (2008), «Algunas reflexiones en torno al ámbito subjetivo de la Ley de Contratos del Sector Público», *Revista Contratación Administrativa Práctica*, núm. 72, págs. 36 y ss.

<sup>18</sup> 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» —art. 2.1.e)—.

tó nuestro Derecho de los contratos públicos 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).

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 la 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, recogida, por ejemplo, en el artículo 1.9 de la Directiva 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 trasposición 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 financieramente 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 vi-

gentes 2004/17/CE y 2004/18/CE, incorporan una definición funcional de organismo público<sup>19</sup>.

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:

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

Es considerado “organismo de Derecho público” cualquier organismo:

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

En el Anexo III 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 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).

---

<sup>19</sup> Sobre el amplio ámbito subjetivo de aplicación de la normativa comunitaria sobre contratos públicos pueden verse M. M. MARTÍN LIZARRAGA (2000), «La jurisprudencia del TJCE sobre contratación pública», *Justicia Administrativa*, núm. 6, págs. 15 y ss., y J. M. GIMENO FELIÚ (2003), *Contratos públicos: ámbito de aplicación y procedimientos de adjudicación: la incidencia de las directivas comunitarias en el ordenamiento jurídico español*, Civitas, Madrid.

Se trata de un concepto de Derecho comunitario que como tal debe recibir una interpretación autónoma y uniforme en toda la Comunidad. La noción 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<sup>20</sup>. 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).

En relación con la exigencia de que la entidad haya sido creada para satisfacer necesidades de interés general que no tengan carácter industrial o mercantil, en la anteriormente citada sentencia de 15 de enero de 1998 se concluyó que es indiferente que una entidad, además de satisfacer necesidades de interés general, pueda desempeñar otras actividades en el mercado. Para el Tribunal, «el hecho de que la satisfacción de necesidades de interés general sólo constituya una parte relativamente poco importante de las actividades realmente emprendidas por la ÖS, como señaló el Gobierno austriaco en sus observaciones escritas, tampoco es pertinente, puesto que la mencionada entidad sigue encargándose de las necesidades que está específicamente obligada a satisfacer» (apartado 25). Asimismo, en la sentencia de 10 de noviembre de 1998, Asunto C-360/96, *BFI Holding*, el Tribunal de Justicia declaró que «el concepto de necesidades de interés general que no tengan carácter industrial o mercantil no excluye las necesidades que también son o podrían ser satisfechas por empresas privadas» (apartado 53), aunque admitiendo que «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» (apartado 49).

En la sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 16 de octubre de 2003, *Comisión contra España* (Asunto

---

<sup>20</sup> Véanse, en este sentido, las sentencias de 12 de diciembre de 2002, *Universale-Bau y otros*, C-470/99, Rec. pág. I-11617, apartados 51 a 53; de 15 de mayo de 2003, *Comisión/España*, C-214/00, Rec. pág. I-4667, apartados 52 y 53, y de 16 de octubre de 2003, *Comisión/España*, C-283/00, Rec. pág. I-11697, apartado 69.

C-283/00)<sup>21</sup>, se aclara que constituyen necesidades de interés general que no tienen carácter industrial o mercantil aquellas necesidades que, por una parte, no se satisfacen mediante la oferta de bienes o servicios en el mercado y que, por otra, por razones de interés general, el Estado decide satisfacerlas por sí mismo o respecto de las cuales quiere conservar una influencia determinante<sup>22</sup>. 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<sup>23</sup>. En efecto, como declaró el Tribunal de Justicia en el apartado 51 de la sentencia *Korhonen*, 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. Por lo que se refiere a SIEPSA, sociedad creada específicamente para asumir 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, el Tribunal resaltó que realiza sus actividades conforme a las directrices emanadas de la Administración pública y que, dado que la aplicación de las penas es una prerrogativa del Estado, no existe un mercado para los bienes y servicios que ofrece esta sociedad en materia de planificación y creación de centros penitenciarios. Por consiguiente, el Tribunal entendió que no puede ser considerada como un organismo que ofrezca bienes y servicios en el mercado libre, en competencia con otros operadores económicos; y concluyó que las necesidades de interés general para cuya satisfacción se creó específicamente dicha sociedad no tienen carácter industrial o mercantil.

---

<sup>21</sup> Sobre la sentencia, véase E. GARCÍA DE ENTERÍA (2003), «Una nueva sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas sobre la sumisión a las normas comunitarias sobre contratación pública de las sociedades mercantiles de titularidad de las administraciones públicas (Sentencia Comisión contra España, de 16 de octubre de 2003, C-283/00)», *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 120, págs. 667-677.

<sup>22</sup> Véase al respecto la sentencia TJCE de 22 de mayo de 2003, *Korhonen y otros*, C-18/01, apartado 47.

<sup>23</sup> Véanse, en este sentido, las sentencias *Adolf Truley*, apartado 66, y *Korhonen y otros*, apartados 48 y 59.

Conforme a la interpretación funcional que sostiene en su jurisprudencia desde la sentencia de 20 de septiembre de 1988, *Beentjes* (31/87, apartado 11), entiende el máximo intérprete del Derecho comunitario que la existencia o inexistencia de necesidades de interés general que no tengan carácter industrial o mercantil ha de apreciarse objetivamente, siendo indiferente para ello la forma jurídica de las disposiciones en las que se especifiquen dichas necesidades<sup>24</sup>.

En cuanto al tercer requisito subjetivo recogido en las Directivas sobre contratos, se trata de unos criterios alternativos que reflejan la estrecha dependencia de un organismo respecto del Estado, las entidades territoriales u otros organismos de Derecho público. En el caso en el que recayó la sentencia *Comisión/Francia*, de 1 de febrero de 2001 (Asunto C-237/99, Rec. pág. I-939), la República Francesa se oponía a que se consideraran organismos de Derecho público, en el sentido de la Directiva 93/37, las sociedades anónimas de viviendas de alquiler moderado, reguladas por el artículo L. 411-1 del Código de la construcción y la vivienda francés. El Tribunal de Justicia no analizó la forma y régimen jurídicos de dichos organismos, que se rigen por el Derecho privado, sino que apreció si concurrían los tres requisitos acumulativos enunciados por las Directivas de contratos. A este respecto, consideró que el tercer requisito también concurría, en la medida en que la gestión de las SAVAM estaba sujeta a un control de los poderes públicos que les permitía influir en las decisiones de aquéllas en materia de contratos públicos.

También en la sentencia del TJCE de 3 de octubre de 2000, *Universidad de Cambridge*, C-380/98, se consideró a la misma como organismo de Derecho público dada la condición de actividad mayoritariamente financiada por organismos de Derecho público (apartado 26).

## 5. *Supuestos excluidos de la figura*

La propia Ley de Contratos ofrece una lista negativa de supuestos que no se consideran sujetos a regulación armonizada, cualquiera que sea su valor estimado, a saber:

a) Los que tengan por objeto la compra, el desarrollo, la producción o la coproducción de programas destinados a la radiodifusión,

---

<sup>24</sup> También la sentencia del TJCE de 1 de febrero de 2001, *Comisión c. Francia*, C-237/99, reiteró esta jurisprudencia respecto a la indiferencia de la forma jurídica para la apreciación de concurrencia del primer requisito (apartado 50).

por parte de los organismos de radiodifusión, así como los relativos al tiempo de radiodifusión.

b) Los de investigación y desarrollo remunerados íntegramente por el órgano de contratación, siempre que sus resultados no se reserven para su utilización exclusiva por éste en el ejercicio de su actividad propia.

c) Los incluidos dentro del ámbito definido por el artículo 296 del Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea que se concluyan en el sector de la defensa.

d) Los declarados secretos o reservados, o aquellos cuya ejecución deba ir acompañada de medidas de seguridad especiales conforme a la legislación vigente, o en los que lo exija la protección de intereses esenciales para la seguridad del Estado<sup>25</sup>. La declaración de secreto deberá hacerse, de forma expresa en cada caso, por el titular del Departamento ministerial del que dependa el órgano de contratación en el ámbito de la Administración General del Estado, sus organismos autónomos, Entidades Gestoras y Servicios Comunes de la Seguridad Social y demás entidades públicas estatales, por el órgano competente de las Comunidades Autónomas, o por el órgano al que esté atribuida la competencia para celebrar el correspondiente contrato en las entidades locales (véase la disposición adicional segunda de la LCSP). La competencia para efectuar esta declaración no será susceptible de delegación, salvo que una ley expresamente lo autorice.

e) Aquellos cuyo objeto principal sea permitir a los órganos de contratación la puesta a disposición o la explotación de redes públicas de telecomunicaciones o el suministro al público de uno o más servicios de telecomunicaciones.

Se trata en todos los casos de contratos excluidos de la aplicación de la Directiva 2004/18 —en concreto, por sus arts. 10, 13, 14 y 16.b) y f)—, que en algún supuesto coinciden con negocios excluidos por la

---

<sup>25</sup> La reciente sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 2 de octubre de 2008, en el Asunto C-157/06, interpreta estrictamente el concepto de «protección de los intereses esenciales de la seguridad», y razona sobre el artículo 296 del Tratado de la Comunidad Europea concluyendo que el mero hecho de que un órgano de contratación afirme que los suministros de que se trata se declaran secretos, que se acompañan de medidas especiales de seguridad o que es necesario sustraerlos a las normas comunitarias para proteger los intereses esenciales de seguridad del Estado, no es suficiente para hacer constar que se dan efectivamente las circunstancias excepcionales que justifican las excepciones previstas en las Directivas comunitarias sobre contratos públicos. En la sentencia se declara el incumplimiento del Derecho comunitario de los contratos públicos por la República Italiana por la inaplicación de la normativa comunitaria en materia de contratos públicos de suministro para la adquisición de helicópteros ligeros destinados a las necesidades de las Fuerzas de Policía y del Cuerpo Nacional de Bomberos.



propia LCSP en su artículo 4 —así ocurre con los contratos que entran dentro del ámbito definido por el artículo 296 del Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea que se concluyan en el sector de la defensa, que se dejan fuera de la Ley de Contratos en la letra e) del apartado 1 del artículo 4 y en el artículo 10 de la Directiva 2004/18—.

En otros supuestos la coincidencia se produce con aquellos que permiten la utilización del procedimiento negociado para su adjudicación, como los declarados secretos o reservados, o aquellos cuya ejecución deba ir acompañada de medidas de seguridad especiales conforme a la legislación vigente, o en los que lo exija la protección de intereses esenciales para la seguridad del Estado, se contemplan en la letra f) del artículo 154; o los propios contratos en el sector de la defensa se recogen, asimismo, en la letra g) del artículo 154.

#### 6. *Contratos subvencionados. Especialidades en relación con el resto de contratos SARA*

La LCSP sujeta también a su regulación, porque así lo exige la normativa europea sobre contratación pública, determinados contratos celebrados por sujetos no pertenecientes al sector público, como son los contratos de obras y servicios subvencionados en una parte relevante de su importe por entidades del sector público sujetas a la Directiva 2004/18/CE, definidos en el artículo 17 de la LCSP, y los contratos de obras que celebren los concesionarios de obras públicas, regulados en el artículo 250 de la Ley 30/2007. Así lo precisa el apartado 2 del artículo 2 de la nueva Ley, al definir el ámbito de aplicación de la misma.

La conexión con el sector público que se produce por la existencia de una financiación pública relevante o de la relación jurídica de concesión de obra pública antecedente, justifica su asimilación a los contratos del sector público y su regulación en el articulado de la propia Ley.

Pero de estos contratos asimilados, sólo están sujetos a regulación armonizada los contratos subvencionados en los concretos supuestos que prevé el apartado 1 del artículo 17 de la LCSP y que la Directiva 2004/18 regula en su artículo 8. En concreto, se consideran contratos subvencionados SARA los contratos de obras y los contratos de servicios definidos conforme a lo previsto en los artículos 6 y 10, respectivamente, que sean subvencionados, de forma directa y en más de un 50 por 100 de su importe, por entidades que tengan la consideración de poderes adjudicadores, siempre que pertenezcan a alguna de las categorías siguientes:

a) Contratos de obras que tengan por objeto actividades de ingeniería civil de la sección F, división 45, grupo 45.2, de la Nomenclatura General de Actividades Económicas de las Comunidades Europeas (NACE), o la construcción de hospitales, centros deportivos, recreativos o de ocio, edificios escolares o universitarios y edificios de uso administrativo, siempre que su valor estimado sea igual o superior a 5.150.000 euros.

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

Ahora bien, para los contratos subvencionados, la LCSP establece unas reglas peculiares, que afectan a la propia definición de contratos SARA. Resulta así que las normas previstas para los contratos subvencionados sujetos a una regulación armonizada se deben aplicar en aquellos celebrados por particulares o por entidades del sector público que no tengan la consideración de poderes adjudicadores (frente a lo que establece con carácter general el artículo 13 de la LCSP al exigir que «la entidad contratante tenga el carácter de poder adjudicador»). En el caso de que se trate de entidades que no sean poderes adjudicadores, el apartado 2 del artículo 17 prevé que se les apliquen las reglas derivadas de que sea un contrato SARA en conjunción con las restantes disposiciones de la LCSP que les sean de aplicación.

Cuando el contrato subvencionado se adjudique por entidades del sector público que tengan la consideración de poder adjudicador se aplicarán las normas de contratación previstas para estas entidades, de acuerdo con su naturaleza, salvo la relativa a la determinación de la competencia para resolver el recurso especial en materia de contratación y para adoptar medidas cautelares en el procedimiento de adjudicación, que se regirá, en todo caso, por la regla establecida en el segundo párrafo del artículo 37.4. Este precepto establece en relación con los contratos subvencionados que la competencia para resolver el recurso especial corresponderá al titular del departamento, órgano, ente u organismo que hubiese otorgado la subvención, o al que esté adscrita la entidad que la hubiese concedido, cuando ésta no tenga el carácter de Administración pública. En el supuesto de concurrencia de subvenciones por parte de distintos sujetos del sector público, la competencia se determinará atendiendo a la subvención de mayor cuantía y, a igualdad de importe, atendiendo a la primeramente concedida.

Hay que recordar que el artículo 21 de la nueva Ley de Contratos establece que el orden jurisdiccional contencioso-administrativo será

el competente para resolver las cuestiones litigiosas relativas a la preparación y adjudicación de los contratos sujetos a regulación armonizada, incluidos los contratos subvencionados. En este punto no hay huida de la jurisdicción contencioso-administrativa, como lamentablemente sí se produce, lo que será objeto de análisis más adelante, con el apartado 2 del artículo 21 de la LCSP cuando establece que el orden jurisdiccional civil será el competente para resolver las controversias que surjan entre las partes en relación con 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.

#### IV. LAS NORMAS APLICABLES A LOS CONTRATOS SARA

##### 1. *Reglas a seguir por las Administraciones públicas*

A pesar de su ampliación subjetiva y de su nuevo enfoque y estructura en torno a los contratos de todo el sector público, el régimen fundamental de la LCSP sigue siendo, al igual que lo era en la LCAP y en el TRLCAP, el de los contratos celebrados por las Administraciones públicas y, dentro de éstos, el de los contratos administrativos, para los que está concebida prácticamente la Ley: habrán de aplicar las disposiciones que a ellos se refieran —y son la inmensa mayoría— en el Libro I, en el Libro II (con normas especiales para los diversos contratos típicos), en el Libro III (de forma exclusiva todo el Capítulo I del Título I, que es el grueso de ese libro) y todo el Libro IV, que es de aplicación exclusiva para los mismos.

Además, sobre este régimen de máxima intensidad para los contratos administrativos, apenas tiene relevancia la distinción entre contratos sujetos a regulación armonizada y los que no lo están. La principal diferencia de régimen apreciable entre unos y otros es el recurso especial en materia de contratación del artículo 37, que, además de a los contratos SARA, se ha extendido por el legislador a ciertos contratos de servicios y de gestión de servicios públicos<sup>26</sup>, y las medidas provisionales del artículo 38 de la LCSP. Además de ello, debe destacarse la exigencia de publicidad en el *Diario Oficial de la Unión Europea* (art. 126.1, segundo párrafo, de la nueva Ley: «Cuan-

---

<sup>26</sup> Los contratos de gestión de servicios públicos, que no están regulados por la Directiva 2004/18/CE, en ningún caso se consideran por la LCSP como contratos SARA.

do los contratos estén sujetos a regulación armonizada, la licitación deberá publicarse, además, en el Diario Oficial de la Unión Europea, sin que en este caso la publicación efectuada en los diarios oficiales autonómicos o provinciales pueda sustituir a la que debe hacerse en el Boletín Oficial del Estado»), publicidad, por cierto, ya contemplada en el TRLCAP.

En relación con esta publicidad europea señala el apartado 2 del artículo 126 LCSP que, cuando el órgano de contratación lo estime conveniente, los procedimientos para la adjudicación de contratos de obras, suministros o servicios no sujetos a regulación armonizada podrán ser anunciados, además, en el *Diario Oficial de la Unión Europea*. En este sentido, el artículo 37 de la Directiva 2004/18 contempla que «los poderes adjudicadores podrán publicar, con arreglo a lo dispuesto en el artículo 36, anuncios relativos a contratos públicos que no estén sometidos a una publicación obligatoria prevista en la presente Directiva».

Pero existen otras disposiciones de la LCSP que establecen reglas aplicables a los contratos SARA. En este sentido se puede destacar lo dispuesto por los artículos 69, en relación con la acreditación del cumplimiento de las normas de garantía de la calidad<sup>27</sup>, y 70, acerca de la acreditación del cumplimiento de las normas de gestión medioambiental. Este último precepto prevé que, en los contratos sujetos a una regulación armonizada, los órganos de contratación podrán exigir la presentación de certificados expedidos por organismos independientes que acrediten que el empresario cumple determinadas normas de gestión medioambiental, remitiéndose al sistema comunitario de gestión y auditoría medioambientales (EMAS) o a las normas de gestión medioambiental basadas en las normas europeas o internacionales en la materia y certificadas por organismos conformes a la legislación comunitaria o a las normas europeas o internacionales relativas a la certificación<sup>28</sup>. Se trata de ejemplos de una

---

<sup>27</sup> Por influencia del Derecho comunitario, este precepto prevé que cuando los órganos de contratación exijan la presentación de certificados expedidos por organismos independientes que acrediten que el empresario cumple determinadas normas de garantía de la calidad, deberán hacer referencia a los sistemas de aseguramiento de la calidad basados en la serie de normas europeas en la materia, certificados por organismos conformes a las normas europeas relativas a la certificación. Los órganos de contratación reconocerán los certificados equivalentes expedidos por organismos establecidos en cualquier Estado miembro de la Unión Europea, y también aceptarán otras pruebas de medidas equivalentes de garantía de la calidad que presenten los empresarios.

<sup>28</sup> En el mismo sentido que el artículo 69.2, el apartado 2 del artículo 70 señala que los órganos de contratación reconocerán los certificados equivalentes expedidos por organismos establecidos en cualquier Estado miembro de la Unión Europea y también aceptarán otras pruebas de medidas equivalentes de gestión medioambiental que presenten los empresarios.

autorregulación que cada vez se extiende más en el Derecho administrativo<sup>29</sup>.

Otra normativa específica para los contratos SARA es la prevista para la adjudicación de los contratos basados en un acuerdo marco y cuando se utilice un sistema dinámico de adquisición. Para los primeros, dispone el artículo 182 LCSP que cuando el acuerdo marco se hubiese celebrado con varios empresarios, la adjudicación de los contratos en él basados se efectuará aplicando los términos fijados en el propio acuerdo marco, sin necesidad de convocar a las partes a una nueva licitación. Pero si no todos los términos están establecidos en el acuerdo marco, la adjudicación de los contratos se efectuará convocando a las partes a una nueva licitación, en la que se tomarán como base los mismos términos, formulándolos de manera más precisa si fuera necesario, y, si ha lugar, otros a los que se refieran las especificaciones del acuerdo marco, con arreglo al procedimiento siguiente:

«por cada contrato que haya de adjudicarse, se consultará por escrito a todas las empresas capaces de realizar el objeto del contrato; no obstante, cuando los contratos a adjudicar no estén sujetos, por razón de su objeto y cuantía, a procedimiento armonizado, el órgano de contratación podrá decidir, justificándolo debidamente en el expediente, no extender esta consulta a la totalidad de los empresarios que sean parte del acuerdo marco, siempre que, como mínimo, solicite ofertas a tres de ellos» —letra a) del art. 182.4—.

En relación con los sistemas dinámicos de adquisición, el apartado 2 del artículo 186 de la LCSP establece que cuando por razón de su cuantía estemos ante un contrato SARA (para los acuerdos marco el art. 182 utiliza los criterios de objeto y cuantía), antes de proceder a la licitación los órganos de contratación publicarán un anuncio simplificado, en los medios que se detallan en el artículo 126, invitando a cualquier empresario interesado a presentar una oferta indicativa, en un plazo no inferior a quince días, que se computarán desde el envío del anuncio a la Unión Europea. Hasta que se concluya la evaluación

---

<sup>29</sup> Para un análisis profundo sobre la autorregulación puede acudirse a J. ESTEVE PARDO (2002), *Autorregulación. Génesis y Efectos*, Aranzadi, Pamplona, y a M. M. DARNACULLETA (2005), *Autorregulación y Derecho público: La autorregulación regulada*, Marcial Pons, Madrid.

de las ofertas indicativas presentadas en plazo no podrán convocarse nuevas licitaciones.

2. *La decisiva relevancia de esta categoría para los contratos celebrados por los poderes adjudicadores que no sean Administraciones públicas*

Donde se puede observar la verdadera relevancia de la calificación o no como contrato SARA es en relación con los contratos celebrados por los poderes adjudicadores que no sean Administraciones públicas. En efecto, al establecer las normas de adjudicación de los contratos aplicables por los poderes adjudicadores que no tengan el carácter de Administraciones públicas, la LCSP distingue entre los contratos sujetos a regulación armonizada, a los que somete a unas reglas muy estrictas, y los no sujetos.

La adjudicación de los contratos SARA, así como la de los contratos subvencionados, se rigen por las mismas normas que se aplican a las Administraciones públicas, salvo algunas adaptaciones que concreta el artículo 174 de la nueva Ley.

En concreto, no será de aplicación lo previsto en el segundo párrafo del apartado 2 del artículo 134 sobre la intervención del comité de expertos para la valoración de criterios subjetivos (lo que resulta verdaderamente llamativo puesto que la LCSP introduce este novedoso control para limitar la discrecionalidad, pero lo aplica sólo a las Administraciones públicas y no al resto de poderes adjudicadores, esto es, se desconfía de funcionarios y políticos y no de los órganos de contratación de otras entidades u organismos públicos), en los apartados 1 y 2 del artículo 136 sobre criterios para apreciar el carácter anormal o desproporcionado de las ofertas, en el artículo 140 sobre formalización de los contratos, en el artículo 144 sobre examen de las proposiciones y propuesta de adjudicación, y en el artículo 156 sobre los supuestos en que es posible acudir a un procedimiento negociado para adjudicar contratos de gestión de servicios públicos.

Tampoco será preciso publicar las licitaciones y adjudicaciones en los diarios oficiales nacionales a que se refieren el párrafo primero del apartado 1 del artículo 126 y el párrafo primero del apartado 2 del artículo 138, entendiéndose que se satisface el principio de publicidad mediante la publicación efectuada en el *Diario Oficial de la Unión Europea* y la inserción de la correspondiente información en la plataforma de contratación a que se refiere el artículo 309 o en el sistema equivalente gestionado por la Administración pública de la que de-

penda la entidad contratante, sin perjuicio de la utilización de medios adicionales con carácter voluntario.

Si, por razones de urgencia, resultara impracticable el cumplimiento de los plazos mínimos establecidos, será de aplicación lo previsto en el artículo 96.2.b) sobre reducción de plazos en la tramitación de urgencia del procedimiento.

Por el contrario, para la adjudicación de los contratos que no estén sujetos a regulación armonizada, la LCSP prevé un régimen mucho más flexible, con la aprobación por cada entidad u organismo de unas instrucciones internas de contratación. La Ley únicamente establece que las instrucciones serán de obligado cumplimiento en el ámbito interno de las mismas y que en ellas se regularán los procedimientos de contratación, de forma que el contrato sea adjudicado a quien presente la oferta económicamente más ventajosa y quede garantizada la efectividad de los principios de publicidad, concurrencia, transparencia, confidencialidad, igualdad y no discriminación —letra b) del art. 175—.

Estas instrucciones deben ponerse a disposición de todos los interesados en participar en los procedimientos de adjudicación de contratos regulados por ellas, y publicarse en el perfil de contratante de la entidad. La letra c) del artículo 175 considera cumplidas las exigencias derivadas del principio de publicidad con la inserción de la información relativa a la licitación de los contratos cuyo importe supere los 50.000 euros en el perfil del contratante de la entidad, sin perjuicio de que las instrucciones internas de contratación puedan arbitrar otras modalidades, alternativas o adicionales, de difusión.

La disposición transitoria sexta de la LCSP contempla que a partir de la entrada en vigor de la Ley, y en tanto no se aprueben las instrucciones internas (hay que advertir que la mayoría de poderes adjudicadores y resto de entidades públicas han aprobado con rapidez estas instrucciones, una vez entrada en vigor la LCSP, y las han publicado en sus perfiles de contratantes), los poderes adjudicadores que no tengan el carácter de Administraciones públicas se registrarán, para la adjudicación de contratos no sujetos a regulación armonizada, por las normas establecidas en el artículo 174. Estas normas deberán igualmente aplicarse por las restantes entidades del sector público para la adjudicación de contratos, en tanto no aprueben las instrucciones previstas en el artículo 176.3.

Con esta regulación, la LCSP abre una importante posibilidad de escape de los principios generales de la contratación pública (otra posibilidad más, como los contratos menores cuya cuantía tanto se ha elevado ahora), con la amplia libertad que se ofrece a las instruccio-

nes internas que deberán aprobar los poderes adjudicadores en los contratos no sujetos a regulación armonizada y las restantes entidades y organismos del sector público. Todas estos entes públicos, 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 que puedan establecer<sup>30</sup>—. El problema de acceso a esta contratación 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.

Por lo que se refiere a la preparación de los contratos de otras entidades que no sean Administraciones públicas, en el Libro II de la LCSP sólo se le dedica un precepto, en contraste con los artículos dedicados a la preparación de los contratos por las Administraciones públicas (93 a 120, ambos inclusive). En efecto, el artículo 121 integra en solitario el Capítulo Único del Título II del citado Libro II de la nueva Ley.

Así, en relación con el establecimiento de prescripciones técnicas y preparación de pliegos establece que en los contratos celebrados por poderes adjudicadores que no tengan el carácter de Administraciones públicas, que estén sujetos a regulación armonizada o que sean contratos de servicios comprendidos en las categorías 17 a 27 del Anexo II de cuantía igual o superior a 206.000 euros, así como en los contratos subvencionados a que se refiere el artículo 17, deberán observarse las reglas establecidas en el artículo 101 para la definición y establecimiento de prescripciones técnicas, siendo igualmente de aplicación lo previsto en los artículos 102 a 104.

Si la celebración del contrato es necesaria para atender una necesidad inaplazable o si resulta preciso acelerar la adjudicación por ra-

---

<sup>30</sup> J. M. GIMENO FELIÚ (2008) advierte del peligro de esta deslegalización procedimental (pág. 49).



zones de interés público, el órgano de contratación podrá declarar urgente su tramitación, motivándolo debidamente en la documentación preparatoria. En este caso será de aplicación lo previsto en el artículo 96.2.b) sobre reducción de plazos en la tramitación de urgencia de los expedientes de contratación.

En contratos distintos a los mencionados anteriormente de cuantía superior a 50.000 euros, los poderes adjudicadores que no tengan el carácter de Administraciones públicas deberán elaborar un pliego en el que se establezcan las características básicas del contrato, el régimen de admisión de variantes, las modalidades de recepción de las ofertas, los criterios de adjudicación y las garantías que deberán constituir, en su caso, los licitadores o el adjudicatario, siendo de aplicación, asimismo, lo dispuesto en el artículo 104. Estos pliegos serán parte integrante del contrato.

Sin embargo, carece de sentido que la LCSP exija la aprobación del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares a los contratos de más de 50.000 euros y no a los de mucha más alta cuantía como son los contratos sujetos a regulación armonizada, a los que hemos visto sólo exige que observen las reglas para la definición y establecimiento de prescripciones técnicas. Una interpretación sistemática de la Ley —teniendo en cuenta sobre todo lo dispuesto por los arts. 26 y 37.2— obligaría a entender que debe exigirse la elaboración de Pliegos a todos los contratos celebrados por los poderes adjudicadores cuya cuantía sea superior a 50.000 euros<sup>31</sup>.

Por lo demás, hay que destacar que en lo que se refiere al régimen jurídico aplicable a los efectos, cumplimiento y extinción de los contratos SARA celebrados por los poderes adjudicadores que no sean Administraciones públicas se aplicarán las normas del Derecho privado, ya que estos contratos son en todo caso contratos privados, por lo que no quedan sujetos al Libro IV de la LCSP. Nos encontramos aquí ante una consecuencia trascendente de la nueva categorización de los contratos administrativos y privados en función de la entidad contratante que lleva a cabo la LCSP.

Pues bien, el orden jurisdiccional civil será el competente para resolver las controversias que surjan entre las partes en relación con la preparación y adjudicación de los contratos privados —que son todos los que se celebren por los entes y entidades sometidos a esta Ley que no tengan el carácter de Administración pública—, siempre que estos

---

<sup>31</sup> En este sentido se pronuncia la Instrucción núm. 1/2008, de 5 de febrero, de la Abogacía General del Estado, que versa sobre la contratación de las fundaciones del sector público estatal, de las sociedades mercantiles del Estado y de las entidades públicas empresariales dependientes de la Administración General del Estado.

contratos no estén sujetos a una regulación armonizada. En consecuencia, la decisión para atribuir el conocimiento de los procesos sobre contratación pública a la jurisdicción contencioso-administrativa o a la civil se apoya en un criterio tan poco relevante como la cuantía de los contratos, que es principalmente lo que decide si estamos ante un contrato SARA o no SARA.

Cuando la tendencia en nuestro Derecho público se mueve hacia la unificación procesal —que tanto esfuerzo y reformas legislativas ha costado conseguir, por ejemplo, en relación con los litigios sobre responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas<sup>32</sup>—, se resucita por la LCSP la problemática de la dualidad de jurisdicciones cuando debería haberse mantenido 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<sup>33</sup>.

La opción adoptada por la Ley 30/2007 contrasta con la elegida por la Ley 31/2007<sup>34</sup>, norma —no lo olvidemos— aprobada el mismo día por nuestro Parlamento y publicadas ambas en el mismo *BOE*, que, al regular la tramitación de las reclamaciones por infracciones de lo dispuesto en la misma, establece que las resoluciones recaídas en el procedimiento «agotan la vía administrativa pudiendo ser impugnadas ante la jurisdicción contencioso-administrativa» (art. 113).

Por lo demás, los distintos operadores jurídicos deberán esforzarse de nuevo por interpretar el ya de por sí impreciso apartado b) del artículo 2 de la LJCA, que dispone que el orden jurisdiccional contencioso-administrativo conocerá de las cuestiones que se susciten en relación con «los contratos administrativos y los actos de preparación y adjudicación de los demás contratos sujetos a la legislación de contratación de las Administraciones públicas».

---

<sup>32</sup> Para acabar con la dualidad jurisdiccional en la materia hubieron de reformarse sucesivamente la Ley de Procedimiento Administrativo (30/1992), la Ley jurisdiccional (29/1998) y la Ley Orgánica 6/1985, del Poder Judicial. Al respecto puede consultarse J. GARBERÍ LLOBREGAT (2004), «Exclusividad del Recurso contencioso-administrativo para el enjuiciamiento de la responsabilidad patrimonial de la Administración (A propósito de las últimas reformas del art. 9.4 LOPJ)», *Cuadernos de Derecho Judicial, Responsabilidad patrimonial del Estado legislador, administrador y juez*, núm. II, pág. 62.

<sup>33</sup> Sobre esta cuestión, véase J. GARCÍA-ANDRADE GÓMEZ (2005), *Derecho administrativo en la contratación entre privados (sociedades, fundaciones, concesionarios y sectores excluidos)*, Marcial Pons, Madrid, págs. 107 y ss.

<sup>34</sup> Analiza esta norma J. BERMEJO VERA (2008), «El régimen de contratación pública en los sectores especiales del agua, la energía, los transportes y los servicios postales», núm. 176 de esta REVISTA, págs. 115 y ss.

V. OTRO PROBLEMA EN LA CIMENTACIÓN DE LA LCSP: LA ADJUDICACIÓN PROVISIONAL SÓLO TIENE SENTIDO PARA LOS CONTRATOS SARA, EN EL RESTO DE LOS CONTRATOS ES UNA FASE VACÍA DE SIGNIFICADO

La LCSP establece una distinción entre adjudicación provisional del contrato y adjudicación definitiva, separadas por un lapso de quince días hábiles. El objetivo de este plazo es que el adjudicatario presente los requisitos necesarios para contratar (acreditaciones documentales y prestación de garantía definitiva, en su caso) y, sobre todo, permitir la interposición del recurso especial en materia de contratación antes de la perfección del contrato, de acuerdo con la Directiva 2007/66 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<sup>35</sup>.

Pero ¿qué ocurre en los supuestos, que son además mayoría, en los que no existe la posibilidad de interponer por parte de los licitadores este recurso especial? Hay que recordar que, de acuerdo con el artículo 37 de la LCSP, son susceptibles de recurso especial en materia de contratación sólo determinadas decisiones contractuales que se adopten en los procedimientos de adjudicación de los contratos sujetos a regulación armonizada, 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<sup>36</sup>.

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<sup>37</sup>. La intención fue que se permi-

<sup>35</sup> Sobre la nueva Directiva «recursos», véase el trabajo del profesor J. TORNOS MAS (2006), «Novedades en la regulación de los recursos en materia de contratos de las Administraciones Públicas», *Revista Contratación Administrativa Práctica*, núm. 59, págs. 45 y ss.

<sup>36</sup> 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.

<sup>37</sup> Véase el *Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados* de 20 de junio de 2007, núm. 852, en especial págs. 11 y ss.

tiera el recurso también en aquellos contratos con una significación económica y práctica equivalente a los contratos SARA.

En cualquier caso, debe destacarse que la limitación del ámbito de aplicación del recurso especial mereció el reproche tanto del CES<sup>38</sup> como del Consejo de Estado<sup>39</sup>, 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 puedan plantearse se traten 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»<sup>40</sup>.

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<sup>41</sup>.

<sup>38</sup> Dictamen 4/2006, de 20 de febrero.

<sup>39</sup> Dictamen 514/2006, de 25 de mayo.

<sup>40</sup> En la línea de lo sugerido por el Consejo de Estado, la enmienda núm. 212, del GP Catalán, pretendía la aplicación del recurso especial a todos los procedimientos de adjudicación de contratos del sector público.

<sup>41</sup> 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

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<sup>42</sup>.

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 arts. 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 30/1992 o contencioso-administrativo de la Ley 29/1998, ninguno de los cuales se adecua en sus plazos de interposición 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—<sup>43</sup>. En definitiva, ese «período de congelación procedimental» (en términos utilizados en los trabajos preparatorios de la revisión de la Directiva de recursos<sup>44</sup>) 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.

---

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 impedir o dificultar excesivamente la obtención de la protección judicial (principio de eficacia)».

<sup>42</sup> Véase al respecto LÓPEZ-CONTRERAS GONZÁLEZ (2008), «El control de la adjudicación de los contratos públicos. En particular, el recurso especial y las medidas cautelares», en MORENO MOLINA (dir.), *La Ley de Contratos del Sector Público y su aplicación por las entidades locales*, CEMCI, Granada, págs. 289 y ss.

<sup>43</sup> El Informe 18/2008, de 21 de julio, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón analiza el complejo sistema de recursos contra los actos de adjudicación derivado de la nueva LCSP.

<sup>44</sup> 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—.

## VI. A MODO DE CONCLUSIONES. CUESTIONAMIENTO DE LA FIGURA DESDE LA ÓPTICA DEL DERECHO INTERNO Y, SOBRE TODO, DEL DERECHO COMUNITARIO EUROPEO

Como se ha analizado a lo largo del presente trabajo, la significación de la nueva categoría de los contratos SARA es 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 art. 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, a salvo de la publicidad en el *DOUE* y de la posibilidad de interponer el recurso especial en materia de contratación del artículo 37 de la LCSP.

La diferenciación resulta operativa principalmente para los contratos celebrados por los poderes adjudicadores que no sean Administraciones. Para estos entes, el celebrar contratos sujetos o no sujetos a regulación comunitaria supone que su régimen jurídico o bien se asemeja 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 sentencias del TJCE condenatorias de nuestro país en materia de contratación pública<sup>45</sup>), 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 (*ex arts. 1 y 2 TRLCAP*).

Ahora bien, la mayor crítica a la nueva categoría de los contratos SARA debe venir desde el mismo Derecho comunitario europeo, en el

---

<sup>45</sup> Por todas, pueden verse las SSTJCE de 15 de mayo y 16 de octubre de 2003 y 13 de enero de 2005, todas ellas en asuntos *Comisión contra España*.

que se apoya teóricamente nuestro legislador para construir la figura y que está detrás de la definición recogida en los artículos 13 y siguientes de la LCSP.

En efecto, 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<sup>46</sup> —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 respeten 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».

---

<sup>46</sup> 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.

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»<sup>47</sup>.

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 la ya anteriormente citada Comunicación interpretativa sobre el Derecho comunitario aplicable en la adjudicación de contratos no cubiertos, o sólo parcialmente cubiertos, por las Directivas sobre contratación pública.

---

<sup>47</sup> Sentencia *Parking Brixen GMBH*, considerando 49.



Si para el Derecho comunitario los principios y las obligaciones aplicables a todos los contratos públicos deben ser en esencia los mismos, 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 «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 en 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 por la LCSP. Al contrario, por encima o por debajo de las cuantías comunitarias —por cierto, bastante volátiles en los últimos años<sup>48</sup>—, los principios a aplicar son los mismos: igualdad y no discriminación, transparencia, publicidad y libre concurrencia.

La necesidad de respeto de los principios generales de la contratación pública se ve seriamente comprometida en la LCSP por la existencia de procedimientos excepcionales, como el contrato menor y el procedimiento negociado, que se reconocen con un carácter general. La situación era ya muy preocupante con la vigencia del TRLCAP<sup>49</sup>, pero ha empeorado todavía más con la nueva Ley puesto que ésta lleva a cabo un considerable aumento de los umbrales de utilización del procedimiento negociado (que llega hasta 1.000.000 de euros en los contratos de obras) y del contrato menor (hasta 50.000 euros

---

<sup>48</sup> La última de las modificaciones de las cuantías apareció en el *DOUE* L 317, de 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.

<sup>49</sup> Véanse las conclusiones del Informe de Fiscalización de la contratación celebrada durante el ejercicio 2004 por las Entidades del Sector Público Estatal sometidas a los procedimientos de contratación establecidos en el Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por el Pleno del Tribunal de Cuentas en su sesión de 21 de diciembre de 2006 (Informe publicado por el Tribunal de Cuentas, Madrid, 2007).

en los contratos de obras y hasta 18.000 euros en el resto de contratos)<sup>50</sup>. Hay que recordar en este punto 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, como también lo es la amplia posibilidad de escape de los principios generales que se ofrece con la LCSP a las instrucciones internas que deberán aprobar los poderes adjudicadores en los contratos no sujetos a regulación armonizada y las restantes entidades y organismos del sector público.

## BIBLIOGRAFÍA

- BERMEJO VERA, J. (2008): «El régimen de contratación pública en los sectores especiales del agua, la energía, los transportes y los servicios postales», núm. 176 de esta REVISTA.
- CHINCHILLA MARÍN, C. (2006): «El nuevo contrato de colaboración entre el sector público y el sector privado», *REDA*, núm. 132.
- (2007): «La nueva Ley de contratos del sector público: ámbito de aplicación y otras cuestiones novedosas», *Revista Vasca de Administración Pública*, núm. 79.
- DARNACULLETA, M. M. (2005): *Autorregulación y Derecho público: La autorregulación regulada*, Marcial Pons, Madrid.
- ESTEVE PARDO, J. (2002): *Autorregulación. Génesis y Efectos*, Aranzadi, Pamplona.
- GALLEGO CORCOLES, I. (2008): «Algunas reflexiones en torno al ámbito subjetivo de la Ley de Contratos del Sector Público», *Revista Contratación Administrativa Práctica*, núm. 72.
- GARBERÍ LLOBREGAT, J. (2004): «Exclusividad del Recurso contencioso-administrativo para el enjuiciamiento de la responsabilidad patrimonial de la Administración (A propósito de las últimas reformas del art. 9.4 LOPJ)», *Cuadernos de Derecho Judicial, Responsabilidad patrimonial del Estado legislador, administrador y juez*, núm. II.
- GARCÍA-ANDRADE GÓMEZ, J. (2005): *Derecho administrativo en la contratación entre privados (sociedades, fundaciones, concesionarios y sectores excluidos)*, Marcial Pons, Madrid.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, E. (2003): «Una nueva sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas sobre la sumisión a las normas comunitarias sobre contratación pública de las sociedades mercantiles de titularidad de las administraciones públicas (Sentencia Comisión contra España, de 16 de octubre de 2003, C-283/00)», *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 120.
- GIMENO FELIÚ, J. M. (2003): *Contratos públicos: ámbito de aplicación y procedimientos de adjudicación: la incidencia de las directivas comunitarias en el ordenamiento jurídico español*, Civitas, Madrid.

<sup>50</sup> El TRLCAP consideraba contratos menores los de obras cuya cuantía no excediera de 30.050,61 euros (art. 121), los de suministros cuya cuantía no excediera de 12.020,24 euros (art. 176) y los de consultoría y asistencia y de servicios cuando su cuantía no excediera de 12.020,24 euros (art. 201).

- GIMENO FELIÚ, J. M. (2007): «Las Disposiciones comunes a todos los contratos administrativos», en el libro col. (dir. J. CRUZ ALLI) *La Contratación administrativa en Navarra*, INAP, Pamplona.
- (2008): «El nuevo ámbito subjetivo de aplicación de la Ley de Contratos del Sector Público», núm. 176 de esta REVISTA.
- GONZÁLEZ GARCÍA, J. V. (2006): «Contrato de colaboración público-privada», núm. 170 de esta REVISTA.
- LÓPEZ-CONTRERAS GONZÁLEZ (2008): «El control de la adjudicación de los contratos públicos. En particular, el recurso especial y las medidas cautelares», en MORENO MOLINA (dir.), *La Ley de Contratos del Sector Público y su aplicación por las entidades locales*, CEMCI, Granada.
- MARTÍN LIZARRAGA, M. M. (2000): «La jurisprudencia del TJCE sobre contratación pública», *Justicia Administrativa*, núm. 6.
- PÉREZ CRESPO, B. (2008): «Los presupuestos y la estructura de la nueva Ley de Contratos del Sector Público», en AA.VV. (coord. J. A. MORENO MOLINA), *La nueva Ley de Contratos del Sector Público y su aplicación por las Entidades locales*, CEMCI, Granada.
- TORNOS MAS, J. (2006): «Novedades en la regulación de los recursos en materia de contratos de las Administraciones Públicas», *Revista Contratación Administrativa Práctica*, núm. 59.
- 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*, núm. 4.
- (2008): «La transposición de las Directivas comunitarias sobre contratación pública en los Estados miembros (01.07.2008)», *Noticias de la Unión Europea*, número monográfico sobre la LCSP, en prensa.

# INSTRUCCIONES PARA LOS AUTORES

- 1. Temas de interés.** La *Revista de Administración Pública* publica trabajos de investigación originales sobre Derecho Administrativo, Administración Comparada e Historia de la Administración.
- 2. Envío de originales.** Los trabajos deberán ser originales e inéditos; en caso de ser publicados una vez enviados a esta Secretaría, los autores deberán notificarlo y proceder a la retirada de los mismos. Se enviarán en lengua castellana, escritos en Microsoft Word o en formato compatible. Se harán llegar, en todo caso, en papel (una copia) y, además, en soporte electrónico, bien sea en disquete o CD-ROM, a nombre de la Secretaría de la *Revista*, a la dirección: CEPC, Plaza de la Marina Española, 9, 28071 MADRID, o por correo electrónico a la dirección **public@cepc.es**. Sólo se tomarán en consideración por el Consejo de Redacción aquellos trabajos que se hayan enviado, directamente, a la dirección de la *Revista* antes indicada.
- 3. Formato.** Los originales deberán ir escritos a espacio y medio, en letra Times New Roman tamaño 12. La extensión total no debiera superar las 40 páginas (10.000 a 12.000 palabras), incluidos notas a pie de página, bibliografía y apéndices en su caso. La primera página incluirá el título, nombre del autor o autores, filiación académica, direcciones de correo ordinario y electrónico y teléfonos de contacto. En una segunda página se presentarán dos resúmenes, en español e inglés, de unas 120 palabras cada uno y con tres a cinco palabras clave (en los dos idiomas).
- 4. Normas de edición:**
  - a) Bibliografía.** Las referencias bibliográficas, que se limitarán a las obras citadas en el trabajo, se ordenarán alfabéticamente por el primer apellido, en mayúsculas, del autor, bajo el título «Bibliografía» y al final del original. Ejemplo:  
PÉREZ PÉREZ, Luis (2005): «La convalidación de los actos administrativos», *Revista de Administración Pública*, 151, págs. 9-30.  
PÉREZ PÉREZ, Luis (2004): *Derecho Administrativo*, Madrid, CEPC.  
Si se citan dos o más obras de un determinado autor publicadas en el mismo año, se distinguirán por medio de una letra. Ejemplo: PÉREZ PÉREZ, Luis (2005a) y PÉREZ PÉREZ, Luis (2005b).
  - b) Notas a pie de página.** Todas las notas irán a pie de página, numeradas mediante caracteres arábigos y en formato superíndice. Tras la primera referencia bibliográfica completa, sólo se incluirá su forma abreviada. Ejemplo: PÉREZ PÉREZ, Luis (2005): 90.
- 5. Reseñas de libros.** La *Revista de Administración Pública* acepta sugerencias sobre libros para su recensión, cuya extensión no podrá superar las 5 páginas.
- 6. Proceso de publicación.** La *Revista de Administración Pública* decidirá, a través de su Consejo de Redacción, la publicación de los trabajos sobre la base de dos informes de evaluación emitidos por sendos especialistas ajenos a la organización editorial de la revista, aplicándose el método ciego. Los autores de artículos aceptados para publicación podrán ser requeridos para la corrección de pruebas de imprenta, que habrán de ser devueltas en el plazo de 5 días. No se permitirá la introducción de cambios sustanciales en las pruebas, quedando éstos limitados a la corrección de errores con respecto a la versión aceptada.
- 7. Copyright.** El autor o los autores ceden a la *Revista*, en exclusiva, los derechos de reproducción en revistas científicas de los textos admitidos.
- 8. Advertencia.** Cualquier incumplimiento de las presentes Normas constituirá motivo para el rechazo del original remitido.

ISSN 0034-7639



9 770034 763905



00178

19,00 €