

La actividad contractual del sector público. Una teoría general ampliada de la actividad contractual de la administración pública

Sumario: RESUMEN.—I. CUESTIONES GENERALES.—1.1. La actividad contractual como parte de la actuación administrativa.—1.2. El contrato como figura de naturaleza única.—1.3. De la contratación administrativa a la contratación del sector público. La influencia determinante del derecho comunitario.—II. ÁMBITO SUBJETIVO.—2.1. Régimen general.—2.2. Regímenes especiales.—III. ÁMBITO OBJETIVO.—3.1. Los tipos de contratos.—3.1.1. Calificación de los contratos.—3.1.2. Clasificación de los contratos: contratos administrativos o privados, contratos sujetos o no sujetos a regulación armonizada.—3.1.2.1. Contratos administrativos.—3.1.2.2. Contratos privados.—3.1.2.3. Contratos celebrados por un Poder Adjudicador.—3.2. La doctrina de los actos separables.—IV. CONCLUSIÓN.—V. BIBLIOGRAFÍA ÚTIL SOBRE LA NUEVA LEY DE CONTRATOS DEL SECTOR PÚBLICO.

RESUMEN

El presente estudio de la nueva Ley de Contratos del Sector Público, no entra a analizar materias clásicas de la contratación administrativa como son los privilegios de la Administración; ni algunas de las novedades que, junto con la redefinición de los ámbitos subjetivo y objetivo son más significativas, como son la aplicación de las nuevas tecnologías a la contratación pública, la incorporación de técnicas para racionalizar la contratación, o la creación de nuevos procedimientos de adjudicación. Por el contrario, en él se ha pretendido exponer la que consideramos nueva teoría general de la contratación pública reflexionando sobre la compleja base subjetiva de la que se componen las Administraciones Públicas, analizando la reordenación que de la tipología contractual hace, y estudiando como se asumen en estos ámbitos, el objetivo y el subjetivo, las exigencias del Derecho Comunitario, enmarcadas dentro de la pretensión de crear un espacio común para la contratación, en el que todos los actores puedan participar en igualdad de condiciones y en un régimen de transparencia y libre concurrencia.

★ Letrada de las Cortes Generales.

Más allá de esto, nuestro análisis no pretende ser exhaustivo, el artículo se centra en quien es sector público y por tanto está sometido a la ley y qué parte de su contratación y en qué medida le es aplicable la misma.

I. CUESTIONES GENERALES

Cuando Kelsen definía el contrato como un acto o negocio jurídico, máxima expresión de la autonomía privada, y como una norma, *lex contractus*, a la que las partes someten su propia conducta, lo hacía pensando en una institución clásica del derecho privado, la contractual, que surgida en el seno del Derecho Romano, ha recorrido, en una evolución de siglos, el largo camino que permite definirlo bajo su perfil actual. El contrato es hoy un acuerdo de voluntades orientado a la creación de una específica obligación de dar o hacer, es decir, de una concreta relación jurídica entre dos personas, por la que una de ellas, el acreedor, tiene derecho a exigir de la otra, el deudor, una determinada prestación consistente en un dar o en un hacer¹.

Así concebido el contrato, ¿puede la actividad contractual identificarse como propia de la actuación administrativa?; es decir, ¿es el contrato, figura por excelencia del Derecho Privado, una figura posible en relación con la Administración?; y si lo es, ¿es una figura propia del Derecho Administrativo, o por el contrario coincide, en cuanto a justificación y fundamento, con el contrato privado? Y por último, ¿es suficiente a día de hoy referir subjetivamente la contratación pública a la Administración, o en cambio es preferible vincularla al sector público, como concepto integrador, junto a las administraciones territoriales, del conjunto de entes instrumentales que hoy determinan la actuación de los poderes públicos?

Cada una de estas preguntas merece ser respondida a los efectos de conocer la evolución fundamental que la contratación pública ha experimentado desde sus orígenes, y especialmente en la última etapa, que viene marcada por una serie de fenómenos fundamentales como son:

- la proliferación subjetiva que experimentan orgánicamente los Estados contemporáneos,
- la búsqueda de una mayor eficiencia en el sector público, a través del control presupuestario, de la disminución de los costes indirectos por medio de la simplificación de los trámites administrativos, y de la incorporación de las nuevas tecnologías,
- y sobre todo, la notable incidencia de la normativa comunitaria europea, que ha sido especialmente intensa en materia contractual, condicionando nuestra regulación actual, en orden a crear un espacio común de libre competencia para la contratación pública europea.

¹ La definición está tomada de nuestros civilistas clásicos: Federico de Castro y Castán Tobeñas.

Al mismo tiempo, con la presente exposición se pretende completar la teoría general de la contratación pública que, compendiada por García de Enterría en su Curso de Derecho Administrativo, hoy debe contemplarse no desde la figura de las Administraciones Públicas, sino desde el concepto más amplio de Sector Público.

1.1. La actividad contractual como parte de la actuación administrativa

Comenzamos dando respuesta a la primera pregunta; respuesta que sin duda alguna debe ser afirmativa.

El recurso a la técnica contractual por parte de la Administración, no sólo es práctica habitual en el quehacer administrativo, sino que además es de honda raigambre histórica. Desde hace más de 500 años, coincidiendo con el surgimiento del Estado moderno, y precisamente como consecuencia del mismo, habida cuenta de la ampliación generalizada que experimentan entonces los asuntos públicos, los poderes públicos han recurrido a la contratación, como forma normal y frecuente, aunque no exclusiva, de relación con los particulares, por la que, señala Uría Fernández, el sector público colabora con el sector privado.

La intensidad de esta colaboración ha ido variando al compás de los cambios que definen la evolución de la institución estatal: del absolutismo mercantilista al Estado Liberal; y de éste, al crecimiento espectacular del aparato estatal, convertido en empresario principal en el seno del Estado del Bienestar, relegado al papel de mero regulador, según Ariño Ortiz, cuando las doctrinas económicas del neoliberalismo se imponen a principios de la década de los 80, pero, en todo caso, elevado a la categoría de actor económico cualificado, responsable de una parte importante del volumen de las operaciones económicas de un país; operaciones que se llevan a cabo, en gran medida, a través de la contratación pública, ya no sólo del Estado, sino del conjunto de Entes Públicos que pertenecen al llamado Estado-organización, y que surgen fruto de los procesos de descentralización territorial y funcional.

En este marco, la contratación pública no es un fin en sí misma, sino una herramienta jurídica, directa o indirectamente puesta al servicio de los poderes públicos para el cumplimiento efectivo de sus fines. En efecto, la Administración Pública, en el cumplimiento de su tarea de servir con objetividad los intereses generales, con sometimiento pleno a la Ley y al derecho, que le atribuye el artículo 103.1 de nuestra Constitución, desarrolla una actividad que no sólo consiste en actos unilaterales, sino también en actos jurídicos en los que se da una concurrencia de voluntades entre la propia Administración y otros sujetos. Surge así la que García de Enterría denomina actividad multilateral de la Administración, en tanto que constitutiva de una declaración de voluntad conjunta, por la que se crea un vínculo jurídico-

co determinado, y una de cuyas manifestaciones más características son los contratos².

Esto no obstante, la posibilidad de la actividad contractual de la Administración fue doctrinalmente muy cuestionada. Así, dada la posición preferente, de *potentior persona* según Hauriou, de la que goza la Administración Pública en el marco de los sistemas jurídicos de ascendencia francesa como es el nuestro, ha habido cierto escepticismo frente a la posibilidad de trasplantar sin más la teoría general del contrato privado al ámbito de la contratación pública; Giacometti hablaba en este sentido de una *contradictio in adjecto* entre el contrato privado, que en palabras de Mayer crece sólo sobre el suelo de la igualdad, y la posibilidad de un contrato formalizado por una Administración Pública, que tal y como nosotros la conocemos, decide siempre de forma unilateral.

Incluso nuestro derecho positivo presenta reminiscencias de estas teorías cuando el artículo 126 del Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales, de 17 de junio de 1955, acude a la figura del acto mixto, reglamentario y contractual, para explicar la naturaleza de la concesión de servicios públicos. Pero, más allá de este supuesto, ya nadie parece dudar de que el contrato formalizado por una Administración Pública es un verdadero contrato, es decir, un acuerdo de voluntades creador de una específica relación jurídica de dar o de hacer.

En definitiva es indudable que la Administración Pública contrata con el sector privado; lo hace constantemente y para cubrir un amplio espectro de su actividad (el servicio de limpieza de un ministerio, el alumbrado público o la realización de una reforma en un edificio público son cuestiones para cuya cobertura, el contrato es la herramienta a utilizar). En efecto, en todos

² No vamos a detenernos ahora en el análisis concreto de la teoría general de la actividad multilateral de la Administración, que el citado autor desarrolla en su Curso de Derecho Administrativo, ed. civitas, al cual nos remitimos, pero sí merece la pena, a efectos de encuadrar la figura que ahora nos ocupa, recordar el esquema general que desarrolla García de Enterría en relación con las distintas formas a través de las que se concreta la actuación administrativa.

Así, frente a los actos administrativos, declaraciones unilaterales de voluntad, encontramos las declaraciones productoras de efectos jurídicos que proceden de la voluntad conjunta de la Administración y otros sujetos; es la actividad multilateral de la Administración que se concreta en las siguientes posibilidades:

- declaraciones conjuntas que no son más que una suma de actos unilaterales (un nombramiento, que requiere toma de posesión);

- y declaraciones de voluntad conjuntas y simultáneas, capaces de crear un vínculo determinado; son los convenios de la Administración, que pueden ser de dos tipos:

- convenios interadministrativos, que quedan excluidos de la legislación sobre contratos (hoy artículo 4.1c) de la Ley 30/2007, reguladora de los Contratos del Sector Público), y que se regulan por la Ley 30/92, artículos 4 y siguientes,

- y *convenios entre la Administración y los administrados*, que a su vez serán:

- Concierdos sobre la medida de una obligación o de una ventaja, determinadas a partir de una relación de sumisión jurídico-pública establecida por la Administración con la persona con la que conviene.

- Y contratos del sector público.

estos casos, la Administración Pública contrata, sujetándose a las condiciones de mercado y demandando una determinada prestación, que la empresa contratista se obliga a cumplir en tiempo y forma, y a cambio de precio. Y cuando lo hace, recurre a un régimen de contratación específico, cuya existencia ha planteado a nivel doctrinal la cuestión relativa a la singularidad del contrato administrativo frente al contrato privado.

1.2. El contrato como figura de naturaleza única

Llegamos así a la segunda pregunta antes planteada, para la que la respuesta ya no es tan evidente, o al menos, siéndolo, se ve contradicha, históricamente por la doctrina, y en la actualidad por nuestro ordenamiento positivo. Brevemente explicamos porqué.

El trasfondo de todo contrato formalizado por una Administración, no es otro que el hecho de que la Administración contratante se convierte en cliente del empresario; y cuando lo hace, es porque recurre a un contrato, en el que por más que se busquen, no hay diferencias sustanciales respecto de los contratos privados.

En efecto, es un hecho que los contratos administrativos no son algo distinto a los contratos civiles. De hecho, en origen, el régimen jurídico de los contratos celebrados por las Administraciones Públicas era una parte más del derecho Privado. No en vano, el contrato es el modelo tipo por el que la Administración actúa *sin imperium*, descendiendo al mismo nivel que los particulares; por ello se regía por el derecho civil, y se sometía a la jurisdicción ordinaria. Como tal ha permanecido en la mayoría de los ordenamientos de derecho comparado, no sólo de ascendencia anglosajona y germana, sino también latina.

Sin embargo, en España y también en Bélgica, por influencia francesa, se ha distinguido tradicionalmente entre contratos administrativos en sentido estricto, y contratos de derecho privado, formalizados por una Administración. Inicialmente fue una distinción con efectos procesales, sin trascendencia en el plano sustantivo³. Pero con el tiempo, y desde la plataforma que fue la Escuela de Burdeos, se desarrolló un proceso por el que, con

³ Los contratos administrativos en sentido estricto, quedaban sujetos a la jurisdicción contencioso-administrativa, mientras que los contratos de derecho privado eran propios del conocimiento de la jurisdicción ordinaria. En consecuencia, y sólo por razones pragmáticas, derivadas del mayor conocimiento que la jurisdicción contenciosa tenía del funcionamiento de la Administración, ciertos contratos en los que ésta era parte, quedaban sometidos al conocimiento de los tribunales contencioso-administrativos. La Ley de Santamaría de Paredes de 1888, por ejemplo, disponía que los contratos de la Administración suscitan cuestiones de índole civil, sin perjuicio de que aquellos contratos que tengan por objeto obras y servicios públicos, se atribuyan a la jurisdicción contencioso-administrativa. Pero esta distinción de regímenes procesales no pasaba de ser una singularidad jurisdiccional que no afectaba ni a su naturaleza ni a su regulación de fondo, que seguían siendo las propias de toda cuestión civil.

apoyo en el principio de desigualdad entre las partes que se da en toda operación en la que la Administración es parte, se reconoce de hecho sustantividad propia al contrato administrativo frente al contrato privado; a los primeros ya no les corresponden las normas de Derecho Privado, sino las de Derecho Administrativo. Así configurada, la tesis francesa sobre el contrato administrativo se recogió en España, donde Fernández de Velasco la consagró a nivel doctrinal y la Ley de Contratos del Estado de 1965 la dotó de rango positivo.

Sin embargo, la diferenciación entre el contrato administrativo y el contrato privado dista mucho de ser tan radical como la entendió la Escuela francesa. Entre nosotros, por ejemplo, hasta la Ley de 1965 no existe un régimen jurídico exorbitante del Derecho común, sino que son los pactos entre las partes los que fijan las especialidades propias de la contratación administrativa. Por lo demás, no siendo necesario que el Derecho Administrativo defina por sistema y en todo caso, las instituciones del derecho común que la Administración hace suyas, parece más correcto hablar, con García de Enterría de modulaciones sobre el régimen contractual ordinario, para referirnos al efecto que la Administración introduce en los contratos en los que participa.

Tales modulaciones traen causa, por un lado, del hecho de que la Administración sea una organización pública; obviamente estas modulaciones han de predicarse de todo contrato, administrativo o privado, en que una Administración es parte contratante, y afectan primordialmente al proceso de formación del contrato; de aquí que, como veremos, siempre que un ente público participa en un contrato, éste se verá condicionado en mayor o menor medida en las fases previas de preparación y adjudicación.

Por otro lado, la modulación puede justificarse en atención al giro o tráfico peculiar de la Administración⁴, es decir, a la consecución directa o indirecta de un fin público. En estos casos, nuestro sistema jurídico ha decidido especificar aún más a ciertos contratos, los administrativos, sometiéndoles a un régimen de derecho público, que alcanza a todo lo relativo a la ejecución, cumplimiento y extinción de los contratos; pero esta circunstancia tan solo se debe a que en los contratos administrativos la modulación alcanza un nivel tal, que resulta conveniente que su análisis se atribuya a tribunales especializados en Derecho Administrativo.

No debe olvidarse, en cualquier caso, que, siendo la naturaleza del contrato administrativo coincidente con la del contrato civil, la opción española

⁴ Son modulaciones derivadas del giro o tráfico peculiar de la Administración, fundamentalmente, las que siendo de carácter extracontractual, se derivan de la posición general que la Administración ocupa, en defensa y garantía del interés público. En concreto, nos estamos refiriendo tanto a las prerrogativas de las que goza en materia de ejecución, cumplimiento y extinción de los contratos (vinculadas al principio de autotutela administrativa) como a las relativas a la modificación de los contratos en ejercicio del *ius variandi*, todas ellas se enuncian en el artículo 194 de la LCSP. Son también modulaciones las que, en beneficio del contratista, vienen a ser la contrapartida a las anteriores, y se conocen genéricamente como técnicas de garantía del equilibrio financiero.

no es más que una solución que no excluye otras posibilidades; y así, tan válida es la opción tomada, como la de someter todo contrato público al derecho común y a la jurisdicción civil.

Esto no obstante, y aunque no parece posible sostener la sustantividad propia del contrato administrativo, en España encontramos, en materia de contratos públicos, un régimen sustantivo típicamente administrativo; históricamente hay que mencionar: el Reglamento de Contratación de las Corporaciones Locales de 1953, la Ley de Contratos del Estado de 1965, la Ley 13/1995, de 18 de mayo, de Contratos de las Administraciones Públicas, y, tras múltiples reformas de entre las que destaca la introducida por Ley 53/1999, el Real Decreto Legislativo 2/2000, Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, junto a su norma de desarrollo, el Real Decreto 1098/2001, de 12 Octubre, que aprueba el Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas.

Hoy, la distinción entre el contrato administrativo y el contrato de derecho privado, se mantiene en la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público (LCSP); una Ley fundamental dentro del conjunto de nuestro Derecho Administrativo, que, siendo en su mayor parte legislación básica estatal⁵, nace con vocación de convertirse en el código español de la contratación pública⁶, al ser aplicable al conjunto de Entes que integra el Estado-organización.

1.3. De la contratación administrativa a la contratación del sector público. La influencia determinante del derecho comunitario

No en vano, como ya hemos apuntado, no sólo contrata la Administración en sentido estricto (administraciones territoriales deducidas de los artículos 137 de la Constitución y 2.1 de la Ley 30/1992, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común), sino que también lo hacen todas las organizaciones personificadas que, creadas por y dependientes de los entes primarios para la gestión descentralizada de sus funciones, constituyen hoy un elemento determinante para explicar el quehacer administrativo.

En relación con estos entes instrumentales, el problema que se plantea es el derivado de la facilidad con la que dichos entes han escapado tradicionalmente a las normas de Derecho Administrativo.

En general, el régimen contractual de la mayoría de los entes que forman la Administración Instrumental ha sido en esencia público; así, de acuerdo con sus regulaciones específicas, los Organismos Autónomos, las Entidades

⁵ Vid, Disposición Final séptima de la LCSP.

⁶ Dorrego de Carlos, A. La nueva Ley de Contratos del Sector Público: retos y oportunidades para la Administración y nuestras empresas, en el Diario La Ley, n.º 6933, sección tribuna.

Públicas Empresariales, las Sociedades Mercantiles de capital público, las Agencias Estatales para la mejora de los servicios públicos⁷, y el conjunto de Administraciones Independientes, han quedado referidas a las normas generales de contratación de las Administraciones Públicas, en todo lo que tales normas les eran de aplicación⁸. Aún así, por la forma en que la remisión a estas normas se hacía, sólo tras un análisis casuístico de cada ente público, podía determinarse la pertinencia o no de la aplicación de la normativa pública sobre contratos.

Pero donde el problema se hacía más evidente es en relación con una parte concreta de los entes instrumentales: las sociedades mercantiles de capital público⁹, para las que la legislación española ha seguido una dirección favorable a dejarlas contratar en régimen de derecho privado. Ni la Ley 13/1995, ni el TRLCAP se ocupaban de ellas, y simplemente disponían que debían respetar unos inespecíficos principios de publicidad y concurrencia (Disposición Adicional 6.^a de la Ley 13/1995). En este marco, las sociedades mercantiles de capital público han resultado ser un instrumento muy útil para sortear los inconvenientes que la aplicación de las reglas de Derecho Administrativo comportan.

Para hacer frente a esta situación, una de las más típicas manifestaciones de lo que Clavero Arévalo calificara de huida del Derecho Administrativo, el devenir evolutivo de la contratación pública se ha centrado precisamente en ampliar su ámbito subjetivo, en orden a dar cobertura jurídica a una gran cantidad de entes que han conseguido moverse en un espacio ajeno a los requisitos propios de la contratación pública.

García de Enterría había ya incidido en esta necesidad de ampliar el ámbito subjetivo de los contratos públicos, recordando la Sentencia del Tribunal

⁷ Respectivamente, artículos 49 y 57 y Disposición Adicional 12.a de la Ley 6/1997, de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado, y artículo 16 de la Ley 28/2006, de Agencias Estatales, que remiten a las regulación sobre contratación pública que les sea de aplicación.

⁸ En concreto, el artículo 1.3 b) del TRLCAP limitaba su ámbito subjetivo a los organismos autónomos en todo caso, y las restantes entidades de derecho público con personalidad jurídica propia, vinculadas o dependientes de cualquiera de las Administraciones públicas, siempre que en aquéllas se den los siguientes requisitos: a) Que hayan sido creadas para satisfacer específicamente necesidades de interés general que no tengan carácter industrial o mercantil. b) Que se trate de entidades cuya actividad esté mayoritariamente financiada por las Administraciones públicas u otras entidades de derecho público, o bien, cuya gestión se encuentre sometida a un control por parte de estas últimas, o cuyos órganos de administración, de dirección o de vigilancia estén compuestos por miembros más de la mitad de los cuales sean nombrados por las Administraciones públicas y otras entidades de derecho público.

⁹ Nos estamos refiriendo a las Sociedades Mercantiles estatales que son aquellas en las que la participación, directa o indirecta de las entidades que forman parte del sector público estatal en atención al artículo 2 de la Ley 47/2003, de 26 de noviembre, General Presupuestaria, supere el 50% (artículo 166.1.c) de la Ley 33/2003, de 3 de noviembre, de Patrimonio de las Administraciones Públicas); y a las Sociedades Mercantiles Locales que son aquellas cuyo capital social ha sido íntegramente aportado por una Entidad Local, o por un Ente Público de la misma (artículo 85 ter de la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladores de las Bases del Régimen Local; así como las sociedades asimiladas de las Comunidades Autónomas.

Supremo de 26 de marzo de 1973, que calificó como administrativo un contrato para la ejecución de obras de urbanización, suscrito por una Sociedad Anónima Municipal, ya que en todo caso se trataba de un servicio público municipalizado.

Ahora bien, será a instancias del Derecho Comunitario que el legislador español se ocupe directamente de dar cobertura jurídica a la contratación de los entes públicos, después de sucesivas condenas, por falta de adaptación de nuestra normativa interna a las Directivas comunitarias¹⁰. Éstas, teniendo en cuenta la heterogeneidad de regímenes jurídicos existentes en el conjunto de los Estados Miembros, se apoyan en un criterio funcional y no formal (personificación pública o privada) para la determinación de las entidades que forman parte del sector público, y que en consecuencia deberán someterse a un régimen específico en materia de contratación, que será especialmente intenso respecto de aquellos entes que tengan la consideración de Poder Adjudicador y respecto de aquellos contratos que superen ciertos umbrales, pero que alcanzará en general al conjunto de contratos formalizados por un ente público, que al menos deberán respetar los principios generales del Derecho Comunitario¹¹.

Más específicamente, lo que le interesa al Derecho Comunitario es asegurar un nivel de publicidad adecuado en los procedimientos de selección del contratista y de adjudicación del contrato, para lo cual se limita a desarrollar una serie de medidas para la coordinación de los procedimientos nacionales de adjudicación. Y todo ello por cuanto que el objetivo último al que se orienta toda la regulación de la Unión Europea en materia de contratos, es la consecución de un mercado interior único de los contratos públicos, que inspirado en los principios de igualdad, transparencia y libre competencia, garantice a toda persona física o jurídica, que desee contratar con un ente público de un Estado Miembro, la posibilidad de hacerlo en condiciones reales de igualdad, con independencia de su nacionalidad, quedando proscrita toda forma de discriminación directa pero también encubierta que alcance el mismo resultado¹². De esta forma, quedan protegidos los intereses económicos del sector público, y garantizada la igualdad de quienes aspiran a contratar con él¹³.

¹⁰ SSTJCE de 15 de mayo de 2003, de 16 de octubre de 2003 y de 13 de enero de 2005.

¹¹ STJCE de 14 de junio de 2007, asunto Mediapac-Kazantzidis.

¹² Así, SSTJCE de 20 de septiembre de 1988, de 5 de diciembre de 1989 y de 26 de abril de 1994. España en concreto, ha sido condenada por la STJCE de 27 de octubre de 2005, caso INSALUD, por incluir en el pliego de condiciones de un contrato de prestación de servicio sanitarios un requisito de admisión que obligaba a la empresa licitadora a disponer, al tiempo de presentar la oferta, de una oficina abierta al público en la capital de la provincia en la que debía prestarse el servicio. Como obra doctrinal acerca del principio de igualdad y no discriminación, puede consultarse la obra de Schockweiler, F. La portée du principe de non discrimination de l'article 7 du Traité CEE, en *Revista de Derecho Europeo* n.º 1, 1991.

¹³ Para profundizar acerca de la importancia y el significado del derecho comunitario de contratación pública, Gimeno Feliu, J. Disposiciones generales de la Ley de Contratos del Sector Público.

Aunque desde el Acta Única Europea la tendencia hacia la conformación de este mercado único es una constante, hay que esperar a la década de los 90 para que se de el impulso definitivo, con la aprobación de tres Directivas del Consejo de 18 de junio de 1992 y de 14 de junio de 1993, relativas respectivamente a la coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de servicios, de suministros y de obras. En 1996 se aprueba un Libro Verde sobre Contratación Pública, y en el año 2000 un nuevo Programa de Medidas, que se ha traducido en un amplio abanico normativo, dentro del que destacamos las siguientes disposiciones:

- Reglamento (CE) n.º 2195/2002 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de noviembre de 2002, por el que se aprueba el Vocabulario común de contratos públicos, con el objeto de facilitar la composición de las licitaciones publicadas en el Diario Oficial por medio de un sistema único de clasificación para describir el objeto de los contratos públicos.
- Libro Verde de 2004 sobre la colaboración público-privada y el Derecho comunitario en materia de contratación pública y concesiones.
- La Directiva 2004/18/CE, del Parlamento y del Consejo, de 31 de marzo de 2004, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, de suministro y de servicios, que es la causa última sobre la que se edifica nuestra nueva normativa de contratación pública recogida en la ahora comentada Ley 30/2007.
- Reglamento (CE) n.º 1564/2005 de la Comisión, de 7 de septiembre de 2005, por el que se establecen los formularios normalizados para la publicación de anuncios en el marco de los procedimientos de adjudicación de contratos públicos con arreglo a las Directivas 2004/17/CE y 2004/18/CE del Parlamento Europeo y del Consejo.

Pero mientras que la normativa europea caminaba en una dirección, la legislación española ha seguido otra distinta, lo que, como ya hemos señalado, nos ha valido condenas reiteradas por violación del derecho comunitario, y que convirtieron la modificación de nuestro ordenamiento positivo en una necesidad inaplazable.

El primer paso, todavía insuficiente, del legislador español para acercar nuestro régimen jurídico a las exigencias del derecho comunitario se dio con la reforma introducida por Ley 62/2003, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social, que establecía que las sociedades mercantiles de capital público que reunieran los requisitos que el artículo 1.3 b) del Texto Refundido establecía para las entidades de derecho público, debían sujetarse a las normas sobre publicidad, licitación, capacidad del empresario y formas de adjudicación, cuando formalizaran ciertos contratos de determinadas cuantías. Sin embargo, todavía quedaban una gran cantidad de contratos: los especiales, algunos de los nominados, y los formalizados por sociedades de carácter industrial o mercantil, que sólo quedaban vinculadas

por los inespecíficos principios de publicidad y concurrencia a los que antes nos referíamos.

La adaptación definitiva a las exigencias comunitarias llega finalmente con la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público. De esta Ley son varios los aspectos que merecen destacarse con carácter general. En primer lugar, y en términos formales, la LCSP deja de lado el modelo de estructura, tradicional en nuestro derecho, por el que se distinguía entre una parte general, aplicable a todos los contratos, y una parte especial, prevista para regular las particularidades propias de los contratos típicos. En cambio, se ha preferido fijar para cada ámbito concreto de la contratación las normas generales, seguidas de las especialidades propias de cada contrato, en una decisión que ha sido muy criticada, empezando por el Consejo de Estado en su Dictamen de 25 de mayo de 2006.

En concreto, la LCSP consta de 309 artículos, organizados en un Título Preliminar, que establece el ámbito subjetivo y objetivo de la Ley, y 5 Libros, que conforme a la teleología antedicha se refieren: a la configuración general de los contratos del sector público y a los elementos estructurales de los contratos, a la preparación de los mismos, a la selección del contratista y a la adjudicación del contrato, a sus efectos, cumplimiento y extinción, y por último, a la organización administrativa para la gestión de la contratación.

A efectos sistemáticos, y en orden a facilitar un primer acercamiento a la LCSP, reproducimos de forma simplificada el índice de la nueva norma:

- Título Preliminar: Disposiciones generales, relativas al objeto de la Ley y al ámbito subjetivo y objetivo; artículos 1 a 21.
- Libro I: Configuración general y elementos del contrato, con regulación expresa de los principios de idoneidad y libertad de pactos, del régimen de invalidez y de recursos, de las partes del contrato, del objeto, el precio y la cuantía, y de las garantías exigibles en la contratación; artículos 22 a 92.
- Libro II: Preparación de los contratos
 - Por las Administraciones Públicas: normas generales, artículos 93 a 104, y normas especiales según el tipo de contrato, artículos 105 a 120.
 - Preparación de contratos celebrados por un Poder Adjudicador que no sea Administración pública y de contratos subvencionados, artículo 121.
- Libro III: Selección del contratista y adjudicación de los contratos
 - Adjudicación de los contratos de las Administraciones Públicas, artículos 122 a 172.
 - Adjudicación de contratos celebrados por un Poder Adjudicador que no sea Administración pública, artículos 173 a 175
 - Adjudicación de contratos celebrados por entes públicos que no son Poder Adjudicador, artículo 176.

- Adjudicación de contratos subvencionados, artículo 177.
- Regulación de medidas de racionalización técnica de la contratación, artículos 178 a 191.
- Libro IV: Efectos, cumplimiento y extinción de los contratos administrativos, con regulación expresa de las prerrogativas clásicas que despliegan las Administraciones Públicas cuando contratan en régimen de derecho público, así como del régimen de cesión de los contratos y de subcontratación.

Por lo demás, ya lo hemos dicho, la Ley 30/2007, contiene la regulación integral de la contratación pública española, y en este sentido, aunque, pretendidamente innovadora, se mueve dentro de los parámetros habituales de la legislación española sobre contratos públicos. Regula por tanto la contratación pública (eso sí, como el matiz de que no es la propia de las Administraciones Públicas, sino la del Sector Público en su conjunto), así como el régimen jurídico aplicable a los efectos, cumplimiento y extinción de los contratos administrativos.

No hay por tanto novedades sustanciales, más allá de las modificaciones puntuales para actualizar una normativa con más de diez años de historia, y sobre todo de la necesaria adaptación, demorada por demasiado tiempo, a una normativa comunitaria centrada, desde hace décadas, en la consecución de un mercado interior de los contratos públicos.

Aunque a los efectos de presentar una teoría general de los contratos públicos nuestro análisis se va a circunscribir al estudio de los ámbitos subjetivo y objetivo de la nueva Ley de contratos, no pueden dejar de mencionarse las novedades principales que la misma incorpora al régimen de la contratación pública.

En primer término, hay que destacar la consagración expresa de los principios comunitarios de la contratación pública, recogidos en el artículo 1, párrafo primero de la LCSP¹⁴. Junto a ellos, y a lo largo de texto normativo, se van recogiendo los principios clásicos de la contratación administrativa: la libertad de pactos que no sean contrarios al interés general, al ordenamiento jurídico, artículo 25 de la LCSP, ni a los principios de buena administración; la prohibición de la contratación verbal, salvo en los supuestos de emergencia previstos en el artículo 97 de la LCSP; el principio de idoneidad del contratista, concretado en las normas sobre capacidad, solvencia y clasificación de

¹⁴ De acuerdo con su artículo 1, la LCSP tiene por objeto regular la contratación del sector público, a fin de garantizar que la misma se ajusta a los principios de libertad de acceso a las licitaciones, publicidad y transparencia de los procedimientos, y no discriminación e igualdad de trato entre los candidatos, y de asegurar, en conexión con el objetivo de estabilidad presupuestaria y control del gasto, una eficiente utilización de los fondos destinados a la realización de obras, la adquisición de bienes y la contratación de servicios mediante la exigencia de la definición previa de las necesidades a satisfacer, la salvaguarda de la libre competencia y la selección de la oferta económicamente más ventajosa.

empresas, de los artículos 43 a 73 de la LCSP; la prohibición de fraccionamiento del contratos contenida en el artículo 74 de la LCSP; la prohibición del pago aplazado que se circunscribe sólo a los contratos de las Administraciones Públicas; o el principio de riesgo y ventura del contratista, contenido en el artículo 199 de la LCSP. Asimismo se recogen expresamente nuevos principios como son el relativo a la necesidad e idoneidad de los contratos del artículo 22 de la LCSP, o el que se refiere a las exigencias de igualdad y transparencia de los órganos de contratación, del artículo 123 de la LCSP.

En segundo lugar, otras de las novedades a resaltar de la nueva normativa es el impulso decidido que se da a la contratación electrónica, con la adopción de medidas concretas como son la difusión por Internet del perfil del contratante, prevista en el artículo 42, o la subasta electrónica del artículo 132.

En tercer término, el proceso de adjudicación de los contratos públicos experimente una reordenación general orientada, según las exigencias comunitarias, a garantizar, para todo tipo de contratos, si bien con distinta intensidad según el ente contratante y la cuantía, el respeto al principio de adjudicación pública, libre y competitiva. En este marco, a los procedimientos de adjudicación clásicos: abierto, restringido y negociado (ahora este último con publicidad), se añade uno nuevo, el diálogo competitivo. Además, se incorporan medidas concretas de racionalización técnica de la contratación, como son los acuerdos marco (arts. 180 a 182), los sistemas dinámicos de contratación (arts. 183 a 186), y las centrales de contratación (arts. 187 a 189); y se establecen exigencias concretas de carácter social y medioambiental, con incidencia directa en los criterios de adjudicación del contrato (arts. 102 y 103). Por último, en materia de adjudicación, crea un novedoso recurso, regulado en el artículo 37 de la LCSP, como vía previa preceptiva, respecto de las resoluciones adoptadas en materia de adjudicación en relación con determinados contratos¹⁵.

Por último, y como iremos viendo, el cuadro general de la contratación pública se ve intensamente modificado por la ampliación del marco subjetivo de aplicación de la Ley; por la introducción en nuestro ordenamiento positivo de la figura del poder adjudicador; y por la reordenación de los contratos típicos, a los que se añade una nueva categoría, el contrato de colaboración público privada.

II. ÁMBITO SUBJETIVO

Según hemos venido afirmando, una de las claves de la nueva normativa de los contratos públicos ha sido la ampliación de su ámbito subjetivo, a los efectos de dar cobertura jurídica a la actividad contractual de todos los entes

¹⁵ Para el resto de los contratos, se mantiene el régimen anterior con la posibilidad de interponer recurso de alzada contra actos definitivos, o potestativo de reforma, contra actos definitivos y firmes.

públicos sin excepción. Era necesario poner fin a una situación marcada por la distancia existente entre la normativa española y las exigencias comunitarias, que han supuesto condenas reiteradas al Reino de España por incumplimiento del derecho comunitario.

La tradición legislativa española en materia de contratos públicos, para acotar el perfil subjetivo de la Ley, se ha centrado en identificar formalmente la naturaleza de quien contrata, y así, las sociedades mercantiles de capital público, han sido un reducto alejado de las normas generales sobre contratación pública. La perspectiva comunitaria, por el contrario, es eminentemente funcional, es decir, se centra en el tipo de actividad que realiza el sujeto del sector público, sentado así un criterio nuevo y determinante, al que completa con otros parámetros menores como son el tipo de contrato por razón de su objeto y la cuantía de su importe de licitación.

Teniendo por fin presentes las exigencias comunitarias, la LCSP establece un régimen general y varios regímenes especiales¹⁶.

2.1. Régimen general

El régimen general es el contenido en el articulado de la Ley, y ha sido pensado para el conjunto de entes que integran el sector público. En concreto, y en atención al artículo 3 LCSP¹⁷ existen tres grupos de sujetos a los que

¹⁶ Uría Menéndez. Guía Práctica de la Ley 30/2007.

¹⁷ Artículo 3 LCSP. 1. A los efectos de esta Ley, se considera que forman parte del sector público los siguientes entes, organismos y entidades:

- a) La Administración General del Estado, las Administraciones de las Comunidades Autónomas y las Entidades que integran la Administración Local.
- b) Las entidades gestoras y los servicios comunes de la Seguridad Social.
- c) Los organismos autónomos, las entidades públicas empresariales, las Universidades Públicas, las Agencias Estatales y cualesquiera entidades de derecho público con personalidad jurídica propia vinculadas a un sujeto que pertenezca al sector público o dependientes del mismo, incluyendo aquellas que, con independencia funcional o con una especial autonomía reconocida por la Ley, tengan atribuidas funciones de regulación o control de carácter externo sobre un determinado sector o actividad.
- d) Las sociedades mercantiles en cuyo capital social la participación, directa o indirecta, de entidades de las mencionadas en las letras a) a f) del presente apartado sea superior al 50 por ciento.
- e) Los consorcios dotados de personalidad jurídica propia a los que se refieren el artículo 6.5 de la Ley 30/1992, y la legislación de régimen local.
- f) Las fundaciones que se constituyan con una aportación mayoritaria, directa o indirecta, de una o varias entidades integradas en el sector público, o cuyo patrimonio fundacional, con un carácter de permanencia, esté formado en más de un 50 por ciento por bienes o derechos aportados o cedidos por las referidas entidades.
- g) Las Mutuas de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales de la Seguridad Social.
- h) Cualesquiera entes, organismos o entidades con personalidad jurídica propia, que hayan sido creados específicamente para satisfacer necesidades de interés general que no tengan carácter industrial o mercantil, siempre que uno o varios sujetos pertenecientes al sector público financien mayoritariamente su actividad, controlen su gestión, o nombren a más de la mitad de los miembros de su órgano de administración, dirección o vigilancia.

resulta de aplicación el régimen general de contratación: sujetos del sector público en general, de acuerdo con la enumeración contenida en el artículo 3.1, Administraciones Públicas en sentido estricto, que son las enunciadas en el artículo 3.2, y los Poderes Adjudicadores, identificados conforme a los parámetros contenidos en el artículo 3.3. No son sin embargo categorías cerradas, y así, las Administraciones Públicas, forman parte de los otros dos grupos; los Poderes Adjudicadores son al mismo tiempo entes públicos; y finalmente hay entidades que son simplemente sujetos del sector público.

La razón de esta distinción en tres niveles radica en el grado de aplicación de la propia LCSP. Así, la aplicación será íntegra para las entidades que forman parte del concepto de Administraciones Públicas; los Poderes Adjudicadores que no sean Administración, se verán vinculados a la Ley por un grado medio de sujeción; y ésta será mínima para el resto de entes del sector público. Además, el legislador ha procurado establecer una relación unívoca entre los ámbitos subjetivo y objetivo de la Ley, de forma que cada categoría pudiera realizar un tipo específico de contratos; la univocidad, sin embargo, no es plena y en concreto, según el esquema de tipos contractuales sobre el que volveremos más adelante:

i) Las asociaciones constituidas por los entes, organismos y entidades mencionados en las letras anteriores.

2. Dentro del sector público, y a los efectos de esta Ley, tendrán la consideración de Administraciones Públicas los siguientes entes, organismos y entidades:

a) Los mencionados en las letras a) y b) del apartado anterior.

b) Los Organismos autónomos.

c) Las Universidades Públicas.

d) Las entidades de derecho público que, con independencia funcional o con una especial autonomía reconocida por la Ley, tengan atribuidas funciones de regulación o control de carácter externo sobre un determinado sector o actividad, y

e) Las entidades de derecho público vinculadas a una o varias Administraciones Públicas o dependientes de las mismas que cumplan alguna de las características siguientes:

1.^a que su actividad principal no consista en la producción en régimen de mercado de bienes y servicios destinados al consumo individual o colectivo, o que efectúen operaciones de redistribución de la renta y de la riqueza nacional, en todo caso sin ánimo de lucro, o

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

No obstante, no tendrán la consideración de Administraciones Públicas las entidades públicas empresariales estatales y los organismos asimilados dependientes de las Comunidades Autónomas y Entidades locales.

3. Se considerarán poderes adjudicadores, a efectos de esta Ley, los siguientes entes, organismos y entidades:

a) Las Administraciones Públicas.

b) Todos los demás entes, organismos o entidades con personalidad jurídica propia distintos de los expresados en la letra a) que hayan sido creados específicamente para satisfacer necesidades de interés general que no tengan carácter industrial o mercantil, siempre que uno o varios sujetos que deban considerarse poder adjudicador de acuerdo con los criterios de este apartado 3 financien mayoritariamente su actividad, controlen su gestión, o nombren a más de la mitad de los miembros de su órgano de administración, dirección o vigilancia.

c) Las asociaciones constituidas por los entes, organismos y entidades mencionados en las letras anteriores.

- las Administraciones Públicas podrán formalizar contratos administrativos y contratos de derecho privado, que a su vez, en ambos casos podrán o no estar sujetos a regulación armonizada;
- los Poderes Adjudicadores que no sean Administración Pública, celebrarán contratos privados, sujetos o no a regulación armonizada;
- y por último, el resto de sujetos del sector público celebrarán contratos de derecho privado, no sujetos a regulación armonizada.

Un análisis más profundo del ámbito subjetivo de la LCSP exige que nos detengamos en cada una de las categorías antes enunciadas, con las que, ya lo advertimos, el legislador vuelve a perder la posibilidad de sistematizar con cierta coherencia el entramado de entes públicos que conforman el Estado-organización; así, la LCSP se une al cada vez mayor número de normas que agrupan tales entes según criterios coyunturales y consustanciales a la materia a regular¹⁸.

Además, el artículo 3 de la LCSP genera problemas interpretativos que, apuntados ya por la doctrina¹⁹, se pondrán de manifiesto cuando la Ley comience a aplicarse de forma efectiva. Sin olvidar tampoco que, como ha puesto de manifiesto Gimeno Feliu, el citado artículo no acaba de ser plenamente satisfactorio desde el momento en que *confunde el género (el poder adjudicador), con la especie (los distintos sujetos contratantes), y ello porque el texto legal debería haber sido sistematizado pensando en el concepto funcional de poder adjudicador, pero también en el concepto funcional de contrato público*.

Por lo demás, se echa de menos la mención a la llamada Administración Corporativa, corporaciones sectoriales de base privada, que han sido conceptuadas por nuestro Tribunal Constitucional, SSTC 67/1985, 89/1989, 244/1991, 113 y 179/1994, 107/1996 ó 76/2003, como conjunto de estructuras asociativas entre particulares, de adscripción obligatoria, que desempeñan funciones públicas, participando por ello de la naturaleza de las Administraciones Públicas²⁰.

En cualquier caso, y centrándonos en la letra de la ley, en primer término, en atención al artículo 3.2 de la LCSP, son Administraciones Públicas a los efectos del régimen jurídico de la contratación pública, los siguientes entes:

¹⁸ Junto a la LCSP, se pueden mencionar: la Ley 6/1997, de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado, la Ley 30/1992, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, la Ley 29/1998, de la Jurisdicción Contencioso administrativa, la Ley 33/2003, de Patrimonio de las Administraciones Públicas o la Ley 47/2003, General Presupuestaria.

¹⁹ Gimeno Feliu, J. Disposiciones generales de la Ley de Contratos del Sector Público.

²⁰ Forman parte de esta categoría los Colegios Profesionales, STC 89/1989, las Cámaras de Comercio, STC 107/1996, y las Comunidades de Regantes; mayores problemas plantean las Federaciones Deportivas, STC 67/1985; y quedan fuera las Cámaras Agrarias, STC 139/1989, las Cámaras de Propiedad Urbana, STC 113/1994, y el Colegio de Secretarios, Interventores y Tesoreros de Administración Local con Habilitación Nacional, STC 76/2003.

- Las Administraciones Territoriales, es decir, la Administración General del Estado, la Administración de las Comunidades Autónomas, los Municipios, las Provincias y las Islas, así como el resto de Entidades Locales no territoriales del artículo 3.2 de la Ley 7/1985 (Entidades de ámbito territorial inferior al municipal, instituidas o reconocidas por las CCAA; Comarcas u otras Entidades que agrupen varios Municipios instituidas por las CCAA; Áreas Metropolitanas; y Mancomunidades de Municipios).
- Las Entidades Gestoras y los Servicios Comunes de la Seguridad Social, que en atención al Real Decreto Legislativo 1/994, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social, son: el Instituto Nacional de la Seguridad Social, el Instituto Nacional de la Salud, el Instituto Nacional de Servicios Sociales, y la Tesorería General de la Seguridad Social.
- De las Entidades de Derecho Público, sólo tienen la consideración de Administraciones Públicas, los Organismos Autónomos, con exclusión expresa de las Entidades Públicas Empresariales y organismos asimilados de las Comunidades Autónomas y de las Entidades Locales, y sin que se mencionen las Agencias Estatales.
- Las Universidades públicas.
- Las entidades públicas que con independencia funcional y especial autonomía, tienen atribuidas funciones de regulación o control externo sobre un determinado sector o actividad. Son en definitiva los entes que conforman la conocida como Administración Independiente, con la sola duda de la Comisión Nacional de la Energía para la que el legislador no ha reconocido expresamente ni la independencia funcional ni la especial autonomía que exige el artículo 3.2 de la LCSP.
- Y las entidades de derecho público vinculadas a una o varias Administraciones Públicas o dependientes de las mismas que cumplan alguna de las características siguientes: 1.^a que su actividad principal no consista en la producción en régimen de mercado de bienes y servicios destinados al consumo individual o colectivo, o que efectúen operaciones de redistribución de la renta y de la riqueza nacional, en todo caso sin ánimo de lucro, o 2.^a que no se financien mayoritariamente con ingresos, cualquiera que sea su naturaleza, obtenidos como contrapartida a la entrega de bienes o a la prestación de servicios. Por esta vía, y siempre que cumplan los citados requisitos, se incluye dentro de la categoría de las Administraciones Públicas a las Agencias Estatales. En cambio, las Entidades Públicas Empresariales, estatales, autonómicas y locales, que en principio podrían formar parte también de esta categoría, quedan fuera por expresa previsión de la LCSP.

En segundo término, la aplicación de la LCSP queda referida a los Entes públicos que, por imperativo comunitario, se denominan Poderes Adjudicadores. Éstos son un conjunto de sujetos para los que el Derecho Co-

munitario establece, en materia de contratación, condicionamientos adicionales, en orden a garantizar la transparencia y la competitividad de los mercados.

La condición de Poder Adjudicador ha sido definida por la Jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, que fija tres requisitos imperativos: que el ente satisfaga necesidad de interés general, que tenga personalidad jurídica, y que sobre él se de influencia dominante del poder público²¹. Es decir, la condición de Poder Adjudicador no viene determinada por la naturaleza pública o privada del Ente, ni por su régimen jurídico, sino por el hecho de que la actuación de dicho ente esté orientada al cumplimiento de fines relacionados con el interés general, y que sea el Estado u otro Poder Adjudicador quienes tengan sobre él capacidad de decisión²². La Jurisprudencia del TJCE ha sido clara en este sentido, y así, la STJCE de 15 de mayo de 2003 ha señalado que el efecto útil de las directivas quedaría desvirtuado si el Derecho nacional pudiera excluir de su ámbito a aquellos entes que, siendo públicos en última instancia, hubiesen recurrido a formas de personificación privada o se le aplicase el derecho privado en cuanto a régimen jurídico.

Conforme a esta definición, en la LCSP, tienen la consideración de Poderes Adjudicadores:

- Las entidades que son Administraciones Públicas según el artículo 3.2 de la LCSP.
- Todos los demás entes, organismos o entidades con personalidad jurídica propia que hayan sido creados específicamente para satisfacer necesidades de interés general que no tengan carácter industrial o mercantil, y en los que concurran cumulativamente tres requisitos: financiación pública mayoritaria, control público de la gestión, y nombramiento de más de la mitad de los miembros del órgano de dirección o vigilancia.
- Y, por último, tienen la consideración de Poder Adjudicador, las asociaciones constituidas por los entes, organismos y entidades mencionados en los dos apartados anteriores.

Dentro de la segunda categoría, y siempre y cuando cumplan los requisitos que se exigen, tienen cabida las Entidades Públicas tanto de derecho público que no forman parte del concepto de Administraciones públicas (es decir, las Entidades Públicas Empresariales en todo caso, y las Agencias estatales en determinados supuestos), como privado, es decir, (las sociedades mercantiles y las fundaciones públicas).

²¹ STJCE de 15 de enero de 1998, asunto Mannesmann; STJCE de 20 de septiembre de 1998, asunto Beentjes; STJCE de 27 de febrero de 2003, asunto Adolf Truley. Sin olvidar las Sentencias de condena al Reino de España: SSTJCE de 15 de mayo de 2003, de 16 de octubre de 2003 y de 13 de enero de 2005.

²² Baños León. La influencia del derecho Comunitario en la interpretación de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, en RAP 151.

En cuanto al requisito de satisfacer necesidades de interés general que no tengan carácter industrial o mercantil, el mismo debe ser valorado desde el Derecho Comunitario mismo, de forma que tenga una proyección equivalente en todos los Estados Miembros. En concreto, siguiendo la jurisprudencia del TJCE, habrá de atenderse al criterio del riesgo empresarial que asume el sujeto del sector público que celebra el contrato.

La STJCE de 16 de octubre de 2003, asunto SIEPSA, es ilustrativa a este respecto, cuando establece 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. Dicho de otra forma, en la citada STJCE, se afirma que *la existencia o 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; y añade, 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 pretenden satisfacer no tengan carácter industrial o mercantil.*

En definitiva, debe advertirse que no se enjuicia si un sujeto tiene un perfil industrial o mercantil, ni si sus actividades tienen tal carácter; en cambio, lo que se examinan son las necesidades que se pretenden satisfacer, y así, puede decirse que el factor determinante no es de carácter subjetivo (¿quién actúa?), ni objetivo (¿qué hace?), sino que la clave está en el elemento finalista del interés general y de las necesidades que se pretenden satisfacer²³.

Por lo demás, es criticable, por ser contrario a la Directiva 2004/18, la exclusión absoluta que se hace de las Empresas Públicas y las Fundaciones Públicas que no están participadas mayoritariamente, puesto que las mismas podrán tener la consideración de Poder Adjudicador, tal y como éste se define a efectos europeos.

La última categoría subjetiva que se encuadra dentro del régimen general de la LCSP es la integrada por sujetos del sector público que, enunciados en el artículo 3.1 LCSP, no son ni Administración Pública ni Poderes Adjudicadores. En concreto, nos estamos refiriendo:

- a las mutuas de trabajo y enfermedades profesionales de la Seguridad Social,
- a los consorcios dotados de personalidad jurídica referidos en el artículo 6.5 de la Ley 30/1992,

²³ Uría Menéndez. Guía Práctica de la Ley 30/2007.

- a las fundaciones públicas, a las Entidades Públicas Empresariales creadas para satisfacer necesidades de interés general que tengan carácter mercantil o industrial,
- y a las Sociedades Mercantiles Públicas creadas igualmente para satisfacer necesidades de interés general que tengan carácter mercantil o industrial.

2.2. Regímenes especiales

Los regímenes especiales, recogidos en las Disposiciones Adicionales, lo son, bien porque prevén un modelo de contratación específico y diferenciado del general, bien porque, por medio de una ficción jurídica, determinan que a ciertas entidades les sea de aplicación un régimen de contratación que en principio y por su propia naturaleza no les correspondería, o bien porque extienden el ámbito subjetivo de la ley a órganos y entidades que por su naturaleza gozan de un nivel de autonomía que las distingue del conjunto de las Administraciones Públicas.

Así, en concreto, son regímenes especiales:

- El aplicable a las Entidades Locales, previsto en la Disposición Adicional segunda. Además, hay que tener en cuenta la previsión del artículo 2.3 de la LCSP, de acuerdo con el cual, la aplicación de la Ley a los contratos que celebren las Comunidades Autónomas y las entidades que integran la Administración Local, o los organismos dependientes de las mismas, así como a los contratos subvencionados por cualquiera de estas entidades, se efectuará en los términos previstos en la disposición final séptima, que se encarga de fijar los títulos competenciales, en virtud de los cuales el legislador estatal ha regulado en materia de contratación pública.
- El régimen de contratación del Instituto Español de Comercio Exterior, el de la Sociedad Estatal de Participaciones Industriales, el del ente público Puertos del Estado y el de las Autoridades Portuarias, que de acuerdo con el apartado primero de la Disposición Adicional vigésimo quinta, será el establecido en la LCSP para las entidades públicas empresariales.
- El régimen de contratación previsto para el Museo Nacional del Prado, que, de conformidad con el apartado tercero de la Disposición Adicional vigésimo quinta, aplicará las normas previstas en la LCSP para los contratos de poderes adjudicadores que no tengan el carácter de Administraciones Públicas. Estos contratos no tendrán carácter de contratos administrativos.
- El régimen de contratación previsto en la Disposición Adicional trigésima, para el grupo de sociedades mercantiles estatales integrado por la «Empresa de Transformación Agraria, Sociedad Anónima» (TRAGSA), y las sociedades cuyo capital sea íntegramente de titularidad de ésta.

- Y el régimen de contratación previsto para los órganos constitucionales y los órganos legislativos y de control autonómicos. En concreto, y de acuerdo con la Disposición Adicional tercera, los órganos competentes del Congreso de los Diputados, del Senado, del Consejo General del Poder Judicial, del Tribunal Constitucional, del Tribunal de Cuentas, del Defensor del Pueblo, de las Asambleas Legislativas de las Comunidades Autónomas, y de las instituciones autonómicas análogas al Tribunal de Cuentas y al Defensor del Pueblo, ajustarán su contratación a las normas establecidas en la LCSP para las Administraciones Públicas. Con ello, la Ley 30/2007 se hace por fin eco de la doctrina defensora de que los órganos constitucionales y de relevancia constitucional deben adaptar sus normas de contratación únicamente en relación con aspectos orgánicos y procedimentales, siendo el resto de las disposiciones de la Ley de obligado cumplimiento.

Así, tal y como señala Lavilla Rubira²⁴, desde el punto de vista orgánico, las normas específicas podrán regular los órganos a los que se encomiendan las diversas competencias en materia de contratación. En relación con el procedimiento para la formación de su voluntad contractual, las especialidades no pueden afectar en general a los aspectos del procedimiento que se establecen y regulan como garantía para los licitadores o quienes aspiran a serlo (fundamentalmente como garantía de los principios de publicidad, concurrencia, transparencia, confidencialidad, igualdad y no discriminación), sino exclusivamente a los extremos cuya virtualidad se circunscribe al ámbito interno de la organización contratante (esto es, los referidos a los diversos órganos que han de intervenir en el procedimiento y el orden en el que se ha de producir tal intervención). Desde esta perspectiva, las peculiaridades de índole procedimental no son sino consecuencia insoslayable de las peculiaridades orgánicas y por tanto de relevancia exclusivamente interna. Finalmente y sólo de forma eventual cabrán peculiaridades sustantivas que, sin embargo, no podrán ser injustificadas; sólo cuando resulte realmente imprescindible para permitir el ejercicio plenamente adecuado de la función constitucional de que se trate cabrá exceptuar o matizar en cuestiones sustantivas (y no meramente orgánicas y procedimentales internas) el Derecho Administrativo general de la contratación pública.

III. ÁMBITO OBJETIVO

Nuestro análisis de contratación pública española desde la perspectiva de una teoría general de la misma a la vista de la nueva normativa, se cierra con el estudio de su ámbito objetivo, respecto del cual dos cuestiones se revelan

²⁴ Lavilla Rubira, J.J. *Derecho de los Contratos Públicos*, estudio sistemático de la Ley 13/1995, de 18 de Mayo, de Contratos de las Administraciones Públicas en ed. Praxis S. A., noviembre 1995.

como fundamentales: la tipología de los contratos públicos y la tradicional doctrina de los actos separables.

3.1. Los tipos de contratos

Las entidades que integran el sector público pueden realizar un gran número de negocios jurídicos, de naturaleza heterogénea, contractual, administrativa o simplemente privada. La LCSP en concreto, da cobertura jurídica a algunos de los negocios jurídicos contractuales en los que los distintos entes del sector público pueden actuar como parte; tales negocios jurídicos son aquellos a los que con carácter genérico se refiere el artículo 2 de la LCSP cuando establece el ámbito de aplicación de la misma:

- contratos onerosos cualquiera que sea su naturaleza jurídica, que celebren los entes, organismos y entidades del sector público a que se refiere el artículo 3 de la LCSP;
- contratos subvencionados, de forma directa y en más de un 50% de su importe, por los entes, organismos y entidades del sector público, que celebren otras personas físicas o jurídicas, siempre y cuando, en los términos previstos en el artículo 17 de la LCSP, se trate de determinados contratos de obras y de servicios, definidos a su vez conforme a lo previsto en los artículos 6 y 10 de la LCSP²⁵,
- y contratos de obras que celebren los concesionarios de obras públicas en los casos del artículo 250, es decir, cuando el concesionario tenga el carácter de Poder Adjudicador y la obra tenga que ser ejecutada por un tercero, o cuando el contrato, sin ser el concesionario un Poder Adjudicador, sea adjudicado a un tercero y alcance un valor igual o superior a 5.150.000 euros²⁶.

²⁵ El artículo 17 de la LCSP se refiere en concreto a dos categorías contractuales: 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. Y 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. Esta última cifra ha sido modificada por la *Orden EHA/3875/2007, de 27 de diciembre, por la que se hacen públicos los límites de los distintos tipos de contratos a efectos de la contratación administrativa a partir del 1 de enero de 2008*, en aplicación del Reglamento 1422/2007, de la comisión, de 4 de diciembre de 2007, por el que se modifican las Directivas 2004/17/CE y 2004/18/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, en lo que concierne a los umbrales de aplicación en los procedimientos de adjudicación de los contratos, que aún siendo de aplicación directa, aconseja a los Estados Miembros a modificar el ordenamiento interno, en orden a evitar incumplimientos del Derecho Comunitario. Que dicha modificación se haga por Orden del Ministerio de Economía, es práctica común en el sistema español, por previsión expresa de la Ley afectada, en este caso de la LCSP, cuya DA 14.a dispone que las cifras que se fijen por la Comisión Europea sustituirán a las que figuran en el texto de la Ley, siendo el Ministerio de Economía y Hacienda el encargado de adoptar las medidas pertinentes para asegurar su publicidad.

²⁶ Cifra modificada por la *Orden EHA/3875/2007, de 27 de diciembre*.

Más allá de estos supuestos, la LCSP no entra a regular otros muchos negocios y relaciones jurídicas en las que el sector público es parte y que a los efectos de la Ley ahora comentada, son negocios excluidos. El artículo 4 LCSP los enumera, configurando una lista extensa, que incluye negocios jurídicos muy diversos, algunos sin naturaleza contractual, y sujetos a un régimen jurídico propio. Son especialmente importantes, por la abundante jurisprudencia del TJCE que han generado, los llamados contratos *in house* o contratos domésticos, que quedan excluidos del ámbito de aplicación de la LCSP en atención al artículo 4.1 n). Estos contratos domésticos son acuerdos formalizados entre una entidad adjudicataria pública y una entidad también pública, pero jurídicamente diferenciada de la anterior, que no tiene la consideración de contratos onerosos, y que en consecuencia se rigen al margen de la LCSP. La idea de base que subyace a este tipo de acuerdos es que la empresa pública contratista actúa como medio propio instrumental y servicio técnico de una o varias autoridades públicas, que ejercen sobre aquella un control análogo al que ejercen sobre sus propios servicios, y que dicha empresa realiza lo esencial de su actividad con estas mismas autoridades²⁷.

Por lo demás, quedan también fuera del ámbito de la LCSP los llamados sectores excluidos: agua, energía, transportes y servicios postales, cuyo régimen de contratación se contiene en la Ley 31/2007, de 30 de diciembre, la cual incorpora al Ordenamiento español la Directiva 2004/17/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 31 de marzo de 2004, y la Directiva 92/13/CEE, del Consejo, de 25 de febrero de 1992.

3.1.1. Calificación de los contratos

Volviendo a los contratos que el Sector Público celebra y que quedan dentro de la consideración de la LCSP, los mismos son, en atención al artículo 5 de la Ley, nominados o especiales; los primeros, que como veremos podrán ser administrativos o privados, y quedar o no sujetos a regulación armonizada (contratos de obras, de concesión de obras públicas, de gestión de servicios públicos, de suministro, de servicios y de colaboración entre el sector público y el sector privado), se califican según las normas contenidas en los artículos 6 a 12 de la LCSP; y los segundos se califican según las normas de derecho administrativo o de derecho privado que les sean de aplicación.

Sobre las categorías genéricas de los contratos públicos como contratos administrativos o privados y sujetos o no a regulación armonizada, volveremos más adelante; ahora sólo vamos a mencionarlas a los efectos de identificar el régimen jurídico que es aplicable a cada uno de los contratos típicos a los que se refiere la LCSP; contratos típicos que, en atención al artículo 19.1

²⁷ SSTJCE de 19 de abril de 2007, asunto TRGSA; de 11 de mayo de 2006, asunto Cabotermo; de 10 de noviembre de 2005, asunto Comisión contra Austria; de 18 de noviembre de 1999, asunto Teckal.

a) de la LCSP, si se celebran por una Administración Pública, tendrán en todo caso carácter administrativo.

1. Los *contratos de obras*, previstos en el artículo 6 de la LCSP²⁸, son aquellos que *tienen por objeto la realización de una obra o la ejecución de alguno de los trabajos enumerados en el Anexo I o la realización por cualquier medio de una obra que responda a las necesidades especificadas por la entidad del sector público contratante*. Estarán sujetos a regulación armonizada en cuando superen el umbral de 5.150.000 € que prevé el artículo 14 de la LCSP²⁹. Su régimen jurídico será el siguiente:

- Si es contrato administrativo (y lo será siempre que quien lo formalice sea una Administración Pública³⁰), esté o no sujeto a regulación armonizada, se le aplican las normas generales en materia de preparación del contrato (arts. 93 a 104) y las normas especiales de los artículos 105 a 111; en materia de selección y adjudicación se rige por las normas generales de los artículos 122 a 172; y en materia de efectos, cumplimiento y extinción, se aplican las normas generales del Libro IV, artículos 192 a 211, y las especiales de los artículos 212 a 222.
- Si es contrato privado (y lo será siempre que lo formalice un Poder Adjudicador que no sea Administración Pública, o un Ente público que no sea Poder Adjudicador³¹), hay que distinguir:
 - Si ha sido formalizado por Poder Adjudicador, y queda sujeto a regulación armonizada, se prepara según lo previsto en el artículo 121 y se adjudica en atención al artículo 174.
 - Si ha sido formalizado por Poder Adjudicador, pero no queda sujeto a regulación armonizada, se prepara según lo previsto en el artículo 121 y se adjudica en atención al artículo 175.
 - Y si no ha sido formalizado por un Poder Adjudicador, simplemente debe respetar los principios del artículo 176.

2. El *contrato de concesión de obra pública*, al que se refiere el artículo 7 de la LCSP, es un contrato que tiene por objeto la realización por el concesionario de algunas de las prestaciones a que se refiere el artículo 6, incluidas las de restauración y reparación de construcciones existentes, así como la conservación y mantenimiento de los elementos construidos, y en el que la contraprestación a favor de aquél consiste, o bien únicamente en el derecho a explotar la obra, o bien en dicho derecho acompañado del de percibir un precio. Estará sujeto a regulación armonizada en cuan-

²⁸ Por obra se entenderá, artículo 6.2 LCSP, el resultado de un conjunto de trabajos de construcción o de ingeniería civil, destinado a cumplir por sí mismo una función económica o técnica, que tenga por objeto un bien inmueble.

²⁹ Cifra modificada por la Orden EHA/3875/2007, de 27 de diciembre.

³⁰ Esto vale para el resto de los contratos típicos, de conformidad con el artículo 19.1a) de la LCSP.

³¹ Idem.

do supere el umbral de 5.150.000 € que prevé el artículo 14 de la LCSP³². Su régimen jurídico, siguiendo un esquema análogo al anterior, será el siguiente:

- Si es contrato administrativo, esté o no sujeto a regulación armonizada, se le aplican las normas generales en materia de preparación del contrato (arts. 93 a 104) y las normas especiales de los artículos 112 a 115; en materia de selección y adjudicación se rige por las normas generales de los artículos 122 a 172; y en materia de efectos, cumplimiento y extinción, se aplican las normas generales del Libro IV, artículos 192 a 211, y las especiales de los artículos 223 a 250.
- Si es contrato privado, se aplican las mismas normas que las señaladas para el contrato de obra.

3. El *contrato de gestión de servicios públicos* es, de conformidad con el artículo 8.1 de la LCSP, *aquél en cuya virtud una Administración Pública encomienda a una persona, natural o jurídica, la gestión de un servicio cuya prestación ha sido asumida como propia de su competencia por la Administración encomendante*. No tendrá en ningún caso la consideración de contrato sujeto a regulación armonizada, y sólo podrá ser formalizado por una Administración Pública, teniendo en todo caso carácter administrativo (artículo 19.1.a) de la LCSP).

Por ello, siendo contrato administrativo, se le aplican las normas generales en materia de preparación del contrato (artículos 93 a 104) y las normas especiales de los artículos 116 y 117; en materia de selección y adjudicación se rige por las normas generales de los artículos 122 a 172; y en materia de efectos, cumplimiento y extinción, se aplican las normas generales del Libro IV, artículos 192 a 211, y las especiales de los artículos 251 a 265.

4. El *contrato de suministros*, previsto en el artículo 9 de la LCSP, *tiene por objeto la adquisición, el arrendamiento financiero, o el arrendamiento, con o sin opción de compra, de productos o bienes muebles*. Estará sujeto a regulación armonizada cuando supere los umbrales que establece el artículo 15 de la LCSP: 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, y 206.000 euros en el resto de los casos³³. Su régimen jurídico será el siguiente:

- Si es contrato administrativo, esté o no sujeto a regulación armonizada, se le aplican las normas generales en materia de preparación del contrato (arts. 93 a 104); en materia de selección y adjudicación se rige también por las normas generales de los artículos 122 a 172; y en materia de efectos, cumplimiento y extinción, se aplican las normas generales del Libro IV, artículos 192 a 211, y las especiales de los artículos 266 a 276.

³² Cifra modificada por la Orden EHA/3875/2007, de 27 de diciembre.

³³ Cifras modificadas por la Orden EHA/3875/2007, de 27 de diciembre.

- Si es contrato privado, se aplican las mismas normas que las señaladas para el contrato de obra.

5. El *contrato de servicios*, regulado a partir del artículo 10 de la LCSP, es aquel cuyo objeto son prestaciones de hacer consistentes en el desarrollo de una actividad o dirigidas a la obtención de un resultado distinto de una obra o un suministro. Estará sujeto a regulación armonizada sólo cuando, siendo su objeto alguno de los servicios comprendidos en las categorías 1 a 16 del Anexo II, supere los umbrales que establece el artículo 16 de la LCSP: 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, y 206.000 euros³⁴ 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, aún siendo adjudicados por estos sujetos, se trate de contratos de servicios de telecomunicaciones, consistentes en servicios de difusión de emisiones de televisión y de radio, servicios de conexión o servicios integrados de telecomunicaciones, o contratos de servicios de investigación y desarrollo. Su régimen jurídico será el siguiente:

- Si es contrato administrativo, esté o no sujeto a regulación armonizada, se le aplican las normas generales en materia de preparación del contrato (arts. 93 a 104); en materia de selección y adjudicación se rige también por las normas generales de los artículos 122 a 172; y en materia de efectos, cumplimiento y extinción, se aplican las normas generales del Libro IV, artículos 192 a 211, y las especiales de los artículos 277 a 288.
- Si es contrato privado, se aplican las mismas normas que las señaladas para el contrato de obra.

6. El último de los contratos típicos, novedad significativa de la nueva ley, es el contrato de *colaboración entre el sector público y el sector privado*. Su origen se encuentra en los *public and private partnerships* propios de los ordenamientos anglosajones donde, recuerda Uría que, no existiendo la concesión, se ideó aquella figura para designar toda forma de cooperación entre la Administración y los particulares, tanto contractual (lo que entre nosotros se conceptúa como concesión), como institucional (es decir, cuando la colaboración se instrumenta mediante la creación de un nuevo sujeto, denominado *special purpose vehicle*, SPV, en el que participa tanto la Administración contratante como el contratista, así como otros sujetos potenciales que colaboran en la inversión).

De acuerdo con el artículo 11 de la LCSP, el contrato de colaboración público privada es una categoría contractual a la que sólo puede recurrirse cuando se haya constatado que otras fórmulas alternativas de contratación no permiten la satisfacción de las finalidades públicas.

³⁴ Cifras modificadas por la Orden EHA/3875/2007, de 27 de diciembre.

En concreto, son *contratos de colaboración entre el sector público y el sector privado* aquellos 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.

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.

Los contratos de colaboración público privada estarán en todo caso sujetos a regulación armonizada, y sólo podrán ser formalizados por una Administración Pública; en consecuencia, el contrato será siempre de naturaleza administrativa, y así, se le aplican las normas generales en materia de preparación del contrato (arts. 93 a 104) y las normas especiales (arts. 118 a 120); en materia de selección y adjudicación se rige por las normas generales de los artículos 122 a 172; y en materia de efectos, cumplimiento y extinción, se aplican las normas generales del Libro IV, artículos 192 a 211, y las especiales de los artículos 289 a 290.

3.1.2. *Clasificación de los contratos: contratos administrativos o privados; contratos sujetos y no sujetos a regulación armonizada*

Más allá de cuál sea su calificación, los contratos del Sector Público son también objeto de clasificación. La LCSP, siguiendo una arraigada costumbre en nuestro derecho sobre la contratación pública, distingue entre contratos administrativos y contratos privados, al tiempo que incorpora un nuevo criterio, de naturaleza estrictamente procedimental e impuesto por el Derecho Comunitario, que permite diferenciar entre contratos sujetos y no sujetos a regulación armonizada.

En concreto, el esquema de los *contratos del sector público* queda como sigue:

- Contrato administrativo, es decir, formalizado por una Administración Pública:
 - Sujeto a regulación armonizada
 - No sujeto a regulación armonizada

En ambos casos, el contrato se prepara de acuerdo con las normas contenidas en los artículos 93 a 104, con carácter general, y con las especiales previstas para cada modalidad contractual, contenidas en los artículos 105 a 120; la adjudicación se rige por los artículos 122 a 172; y los efectos, cumplimiento y extinción de los contratos se regulan en el Libro IV que será sólo de aplicación a los contratos administrativos, y que a su vez contiene una serie de reglas generales, artículos 192 a 211, y las especialidades propias de cada modalidad contractual, artículos 212 a 290.

- Contrato de derecho privado
 - Formalizado por una Administración Pública; en este caso, esté o no sujeto a regulación armonizada el contrato se prepara y adjudica según las normas enunciadas en el apartado anterior; en cambio no son de aplicación las reglas del Libro IV, que sólo lo son en relación a los contratos administrativos.
 - Formalizado por un Poder Adjudicador que no sea Administración Pública
 - Sujeto a regulación armonizada. Este contrato se prepara en la forma prevista en el artículo 121; y se adjudica, con carácter general, de acuerdo con lo previsto en el artículo 174, y si es contrato subvencionado, con aplicación del artículo 177.
 - No sujeto a regulación armonizada. Para la preparación de este contrato se estará a lo dispuesto en el artículo 121; y se adjudicará en la forma prevista en el artículo 175.
 - Formalizados por los entes públicos de la tercera categoría subjetiva, es decir por entes públicos que no son Poder Adjudicador. Para estos contratos no hay reglas específicas de preparación, y en materia de adjudicación deberán respetarse los principios previstos en el artículo 176.

3.1.2.1. Contratos administrativos

La de los contratos administrativos es la categoría por excelencia de la contratación pública española. No es sin embargo, una categoría pacíficamente aceptada; y así, existiendo en países como España, Francia o Bélgica, se niega en Alemania o Italia, así como allí donde, siguiendo la doctrina inglesa acerca de la normal sumisión de la Administración Pública al derecho³⁵, la actividad contractual pública se rige por las mismas normas de derecho privado que el resto de los contratos.

³⁵ García de Enterría explica las dos posibles formas, la anglosajona o de la Europa continental, conforme a las cuales puede la Administración someterse al derecho, en su *Curso de Derecho Administrativo*, ed Civitas, resumiendo los planteamientos de Hauriou y de Dicey.

En cambio, allí donde se ha recogido la doctrina del contrato administrativo, éste se concibe como una modalidad contractual en la que una de las partes debe ser una Administración Pública, y que, más que por el objeto de las pretensiones, se caracteriza por la existencia o inexistencia de prerrogativas unilaterales de carácter exorbitante. Las entidades que según la LCSP tienen la consideración de Administración Pública, y sólo ellas, podrán celebrar en consecuencia este tipo de contratos, gozando en tal caso de una posición de privilegio que se materializa tanto en las posibilidades que enumera el artículo 194 de la LCSP³⁶, relativo a las prerrogativas administrativas en materia de contratación, como en el reconocimiento de una posición de supremacía interna que le permite actuar en régimen de autotutela administrativa.

La teoría general del contrato administrativo, como se observa de lo hasta aquí expuesto, no se ve sustancialmente alterada por la nueva normativa. El esquema general se mantiene, con novedades puntuales, siendo las más significativas la aparición de una modalidad contractual nueva (el contrato de colaboración público privada), y la desaparición de los contratos de consultoría y asistencia. Así, no hay cambios sustanciales en lo que se refiere al régimen jurídico de aplicación, previsto en el artículo 19.2 LCSP, por el que los contratos administrativos se regirán, en cuanto a su preparación, adjudicación, efectos y extinción, por la LCSP y sus disposiciones de desarrollo; supletoriamente se aplicarán las restantes normas de derecho administrativo y, en su defecto, las normas de derecho privado; como excepción, a los contratos administrativos especiales, les serán de aplicación, en primer término, sus normas específicas. Tampoco hay cambios significativos en cuanto a la tipología de los contratos administrativos que se siguen distinguiendo según sean típicos, atípicos o especiales, y mixtos.

En concreto, son contratos *típicos o nominados* los enumerados en el artículo 19.1 a) de la LCSP; es decir, aquellos contratos que, celebrados por una Administración Pública, quedan dentro de alguna de las categorías antedichas: contrato de obra, contrato de concesión de obra pública, contrato de gestión de servicios públicos, contrato de suministro, contrato de servicios, y los contratos de colaboración entre el sector público y el sector privado.

No obstante, y como excepción, los contratos de servicios comprendidos en la categoría 6 del Anexo II (servicios financieros: de seguros, bancarios y de inversión), los que tengan por objeto la creación e interpretación artística y literaria, y los de espectáculos comprendidos en la categoría 26 del mismo Anexo (servicios de esparcimiento, culturales y deportivos), no tendrán carácter administrativo, por previsión expresa del artículo 19.1 a) in fine de la LCSP.

³⁶ Artículo 194 de la LCSP: *Dentro de los límites y con sujeción a los requisitos y efectos señalados en la presente Ley, el órgano de contratación ostenta la prerrogativa de interpretar los contratos administrativos, resolver las dudas que ofrezca su cumplimiento, modificarlos por razones de interés público, acordar su resolución y determinar los efectos de ésta.*

Junto a los contratos administrativos típicos, la LCSP se refiere, a renglón seguido, a los contratos administrativos *atípicos*, que de conformidad con el artículo 19.1 b) de la Ley son aquellos *contratos cuyo objeto no permite incluirlos en la categoría de los contratos típicos, pero que tienen naturaleza administrativa especial por estar vinculados al giro o tráfico específico de la Administración contratante o por satisfacer de forma directa o inmediata una finalidad pública de la específica competencia de aquélla, siempre que no tengan expresamente atribuido el carácter de contratos privados* conforme a la Ley, sea ésta la de Contratos del Sector Público o una norma de carácter especial.

Y aún dentro de la categoría de los contratos administrativos encontramos una modalidad más, la de los contratos *mixtos*, que lo son por el carácter heterogéneo de sus prestaciones, pero no por el régimen aplicable, que es unitario. Es decir, los contratos mixtos mantienen el carácter de contratos administrativos, toda vez que se definen como aquellos contratos que combinan prestaciones propias de varios tipos contractuales, que deberán ser de naturaleza administrativa, no estando permitido mezclar prestaciones propias de un contrato administrativo con las propias de un contrato privado.

Ahora bien, en relación con los contratos mixtos, la nueva normativa sí introduce una modificación sustancial respecto al régimen jurídico antes vigente. Conforme al artículo 8 del TRLCAP, el régimen jurídico de los contratos mixtos, a efectos de su calificación y aplicación de las normas que lo regulen, se determinaba en función de la prestación que tuviera más importancia desde el punto de vista económico. De esta forma, la prestación económicamente más relevante, absorbía al resto de las prestaciones, e imponía su régimen jurídico. Frente a este planteamiento, el artículo 12 de la vigente Ley³⁷, opta por un criterio más flexible y, así, impone la absorción por parte de la prestación económicamente más alta, sólo en materia de adjudicación del contrato, dejando abierta la decisión acerca de si, para el resto de la cuestiones, el régimen jurídico del contrato seguirá el criterio de la absorción, o en cambio se prefiere el de la yuxtaposición, por el que, respecto al cumplimiento y la extinción, a cada prestación se le aplicará el régimen jurídico que le corresponda. Tal decisión podrá corresponder a la voluntad de las partes, o más probablemente a la de la Administración contratante manifestada a través del pliego de condiciones.

3.1.2.2. Contratos privados

Frente al contrato administrativo, atendiendo a criterios sustantivos, aparece la figura del contrato privado. Se trata de una categoría específica dentro de la contratación pública, cualificada por el hecho de que sólo se incluye en

³⁷ Artículo 12 de la LCSP: *Cuando un contrato contenga prestaciones correspondientes a otro u otros de distinta clase se atenderá en todo caso, para la determinación de las normas que deban observarse en su adjudicación, al carácter de la prestación que tenga más importancia desde el punto de vista económico.*

ella por que una de las partes contratantes es una persona pública (cualquiera de los sujetos públicos antes analizados en el marco del ámbito subjetivo de la LCSP, está facultado para celebrar contratos privados); además, tal inclusión no tiene otro objeto que definir el marco normativo al que quedarán sujetos estos contratos; marco normativo que debe partir del hecho de que, no habiendo cláusulas exorbitantes, se respeta el principio de igualdad de partes, sin perjuicio de lo cual, y por aplicación de la doctrina de los actos separables, sobre la que volveremos más adelante, el régimen jurídico de los contratos privados formalizados por entidades propias del Sector Público, no puede equipararse sin más al de derecho privado.

En efecto, de acuerdo con el artículo 20.2 de la LCSP, los contratos privados se regirán, en cuanto a su preparación y adjudicación, en primer término por sus normas específicas, en segundo lugar por la LCSP y sus disposiciones de desarrollo, y supletoriamente por las restantes normas de derecho administrativo o, en su caso, las normas de derecho privado, según corresponda por razón del sujeto o entidad contratante. En cuanto a sus efectos y extinción, los contratos privados formalizados por entes públicos se regirán por el derecho privado.

Una vez conocido el régimen jurídico aplicable a los contratos privados, corresponde identificar qué negocios jurídicos contractuales tienen tal naturaleza. Es el artículo 20 de la LCSP el que se encarga de delimitar el alcance y el ámbito de los contratos privados del sector público atendiendo a un doble criterio, subjetivo y objetivo, ambos enunciados en el apartado primero del citado artículo. Así:

- en primer lugar, tienen la consideración de contratos privados los celebrados por los entes, organismos y entidades del sector público que no reúnan la condición de Administraciones Públicas, sean o no Poderes Adjudicadores, sea cual sea la calificación del contrato. En relación con esta categoría, son necesarias dos precisiones: por un lado, que cuando no sea poder adjudicador, deberá ajustarse en la adjudicación a los criterios enunciados en el artículo 176 LCSP; y por otro lado, en lo que al contrato se refiere, se ha de tener en cuenta que, no obstante lo anterior, la categoría de los contratos patrimoniales queda en todo caso excluida en atención al artículo 4.1 p) LCSP,
- en segundo término, son contratos privados:
 - los que, siendo por naturaleza administrativos, el legislador ha decidido excluirlos (los celebrados por una Administración Pública que tengan por objeto servicios financieros, la creación e interpretación artística y literaria o espectáculos),
 - los que consistan en la suscripción a revistas, publicaciones periódicas y bases de datos,
 - así como cualesquiera otros contratos distintos de los contemplados en el apartado 1 del artículo 19, y en particular aquellos cuya vinculación con finalidades públicas sea indirecta o mediata.

3.1.2.3. Contratos celebrados por un Poder Adjudicador

Si la distinción entre el contrato administrativo y el contrato privado se hace en atención a criterios sustantivos, la LCSP, haciéndose eco de los imperativos derivados del Derecho Comunitario, introduce dos nuevas categorías contractuales, que lo son tan solo desde el punto de vista procedimental.

El fundamento último que justifica la figura de los contratos sujetos a regulación armonizada es que, ante el importante interés económico y competencial que tienen, en el seno de Unión Europea, determinados contratos al alcanzar una cierta cuantía, las empresas de cualquier Estado Miembro puedan competir en condiciones de igualdad de oportunidades, transparencia e igual concurrencia por la adjudicación de los contratos celebrados por los Poderes Adjudicadores.

En concreto, lo que la normativa comunitaria denomina *contratos públicos* y la LCSP *contratos sujetos a regulación armonizada*, queda referido a un conjunto de contratos, administrativos o privados, y concluidos en todo caso por un Poder Adjudicador, para los que se prevé un procedimiento de carácter administrativo para la selección del contratista y la adjudicación de los contratos. Para el Derecho Comunitario, la naturaleza pública de estos contratos viene determinada por el régimen de selección del adjudicatario y de nacimiento del contrato, sin que tenga relevancia el criterio tipo de nuestro ordenamiento, relativo a la existencia o inexistencia de prerrogativas exorbitantes. La consecuencia fundamental de lo anterior es que un contrato público europeo (entre nosotros sujeto a regulación armonizada), podrá ser contrato administrativo o contrato privado, según cumpla los requisitos de una u otra fórmula contractual.

La identificación de los contratos sujetos a regulación armonizada se hace a partir de criterios diversos como son: la materia objeto del contrato, los sujetos llamados a formalizarlo, así como la cuantía alcanzada por el mismo. En efecto, si atendemos a la letra de la LCSP, cuyo nivel de aplicación en relación con estos tipos contractuales es medio, son contratos sujetos a regulación armonizada, artículo 13.1:

- el contrato de colaboración entre el sector público y el sector privado, que lo es en todo caso,
- los contratos subvencionados del artículo 17 de la LCSP, que también lo serán en todo caso,
- y los contratos de obra, concesión de obra pública, suministros, y los de servicios comprendidos en las categorías 1 a 16 del anexo II, que celebre un Poder Adjudicador y alcancen un determinado valor económico.

Frente a ellos, los contratos no sujetos a regulación armonizada, (aquellos celebrados por un Poder Adjudicador pero sin superar el umbral comunitario, así como aquellos que quedan excluidos en todo caso por virtud del

artículo 13.2 de la LCSP³⁸), se caracterizan porque no tienen que seguir ni los procedimientos ni las reglas que establece la LCSP, y simplemente deben respetar los principios comunitarios que rigen la contratación pública, y que enuncia el artículo 175 de dicha Ley. Éste, en líneas generales, establece que la adjudicación estará sometida, en todo caso, a los principios de publicidad, concurrencia, transparencia, confidencialidad, igualdad y no discriminación, y obliga a los órganos competentes de las entidades contratantes a que aprueben unas instrucciones, de obligado cumplimiento en el ámbito interno de las mismas, en las que se regulen los procedimientos de contratación de forma que quede garantizada la efectividad de los principios enunciados en la letra anterior y que el contrato sea adjudicado a quien presente la oferta económicamente más ventajosa.

3.2. La doctrina de los actos separables

La distinción de los contratos públicos, típicamente española, entre contratos administrativos y contratos privados, ha sido calificada por la generalidad de la doctrina como meramente coyuntural. Uno de los puntos en los que tal circunstancia se manifiesta de manera más clara es en relación con el régimen jurídico aplicable a cada contrato, que deja patente la mezcla existente entre el Derecho Administrativo y el Derecho Privado, y más específicamente, respecto de la que tradicionalmente se conoce como la doctrina de los actos separables. Esta doctrina parte de la idea de que, en el fondo de toda utilización del derecho privado por parte de la Administración, se encuentra siempre un núcleo irreducible de carácter público, esencial al hecho de que el sujeto actuante sea una Administración Pública, que como tal, queda subordinada en su actuación, al principio de legalidad.

Así, es posible decir, con García de Enterría, que con independencia de cual sea la regulación aplicable al fondo, pública o privada, la competencia y

³⁸ No se consideran sujetos a regulación armonizada, cualquiera que sea su valor estimado, los contratos siguientes:

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

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.

el procedimiento (es decir, los actos preparatorios del contrato y el acto de adjudicación), son cuestiones *separables*, que tienen una regulación unitaria y común en todos los procesos contractuales. En definitiva, según esta doctrina, en los casos en que la Administración Pública recurra al derecho privado, y como siempre existe una parte inequívocamente pública, ésta puede y debe separarse del resto de la relación.

La doctrina de los actos separables tiene dos proyecciones fundamentales condicionando, tanto el régimen jurídico sustantivo de los contratos públicos, como el procesal, al establecer una comunidad de reglas de competencia y procedimiento, así como de jurisdicción, para todos los contratos celebrados por una Administración Pública.

En cuanto a lo primero, hay que recordar con García de Enterría que, más que la genérica clasificación de un contrato como administrativo o como privado, son las reglas específicas de cada contrato las que definen en última instancia el régimen jurídico que resulta de aplicación. Esto no obstante, es de destacar el esfuerzo que el legislador ha hecho siempre por definir, de la forma más acabada posible, el cuadro normativo aplicable a las dos categorías clásicas de los contratos públicos³⁹.

En la vigente LCSP son los artículos 19.2 y 20.2 los que respectivamente determinan el régimen jurídico conforme al cual se regirán los contratos administrativos y los contratos privados. La cuestión sin embargo se complica con respecto a la situación anterior, como consecuencia de la creación de dos nuevas categorías contractuales.

En líneas generales, según hemos señalado anteriormente, la idea fundamental no cambia, de forma que los contratos administrativos se rigen por el derecho administrativo, y sólo en última instancia por el derecho privado, y los contratos privados se rigen, en cuanto a su preparación y adjudicación por la normativa administrativa, y en cuanto a sus efectos y extinción, por las normas de derecho privado⁴⁰. Ahora bien, el reconocimiento de los contratos sujetos y no sujetos a regulación armonizada, se traduce, en lo que al régimen jurídico de los contratos se refiere, en el establecimiento, por parte de la propia LCSP,

³⁹ Así, según el TRLCAP, los contratos administrativos se regían, en todos sus aspectos por las normas administrativas, y sólo en última instancia por las de derecho privado; mientras que los contratos privados, en aplicación de la doctrina de los actos separables se regían, en cuanto a su preparación y adjudicación por la normativa administrativa, y en cuanto a sus efectos y extinción, por las normas de derecho privado.

⁴⁰ 19.2 LCSP. Los contratos administrativos se regirán, en cuanto a su preparación, adjudicación, efectos y extinción, por esta Ley y sus disposiciones de desarrollo; supletoriamente se aplicarán las restantes normas de derecho administrativo y, en su defecto, las normas de derecho privado. No obstante, a los contratos administrativos especiales a que se refiere la letra b) del apartado anterior les serán de aplicación, en primer término, sus normas específicas.

20.2 LCSP. Los contratos privados se regirán, en cuanto a su preparación y adjudicación, en defecto de normas específicas, por la presente Ley y sus disposiciones de desarrollo, aplicándose supletoriamente las restantes normas de derecho administrativo o, en su caso, las normas de derecho privado, según corresponda por razón del sujeto o entidad contratante. En cuanto a sus efectos y extinción, estos contratos se regirán por el derecho privado.

de hasta cuatro niveles distintos de intensidad en la aplicación de la misma, en atención a la tipología del contrato por razón de su objeto, y al precio del contrato; y así, la Ley se aplicará en grado máximo a los contratos celebrados por una Administración Pública, se aplicará en grado medio a los contratos sujetos a regulación armonizada no adjudicados por una Administración Pública, se aplicará en grado bajo a los contratos celebrados por un Poder Adjudicador que no sea Administración Pública que no superen el umbral comunitario, y se aplicará en grado mínimo a los contratos de derecho privado.

En lo que a la segunda proyección de la doctrina de los actos separables se refiere, la procesal, aunque la esencia sigue siendo la misma, con la nueva regulación se introducen cambios relevantes, que van más allá de las adaptaciones necesarias por la ampliación de la tipología contractual.

La normativa anterior era muy sencilla: cualquier controversia que surgiera en materia de preparación, adjudicación, efectos y extinción de los contratos administrativos era de la competencia de la jurisdicción contencioso administrativa. En cambio, en relación con los contratos privados, había que distinguir entre los actos relativos a la preparación y adjudicación del contrato, cuyo conocimiento era de la competencia de la jurisdicción contencioso administrativa, y las cuestiones referidas a los efectos y extinción del contrato, que quedaban dentro del ámbito del orden civil⁴¹.

Ahora, insistimos, el legislador va más allá, y, al menos para ciertos contratos privados, rompe con la doctrina de los actos separables. El análisis debe partir del artículo 21 de la LCSP⁴², del cual se deduce lo siguiente:

- En primer lugar, todo contrato administrativo, esté o no sujeto a regulación armonizada, por aplicación del inciso 1.º del artículo 21.1 de la

⁴¹ Así configurada, la clásica doctrina de los actos separables no ha quedado exenta de crítica, y así, en atención a los inconvenientes prácticos que provoca la partición jurisdiccional, autores como Parada Vázquez, García-Trevijano o Martín Retortillo, han defendido la unificación jurisdiccional en torno al orden contencioso, fuese cual fuese la naturaleza, administrativa o privada, del contrato. Frente a esto, García de Enterría advertía que, de ocurrir tal unificación, sería fácil extender a todos los contratos en que la Administración es parte, el privilegio de la autotutela decisoria y ejecutiva, limitada por ley a los contratos administrativos en sentido estricto; cosa que iría en contra de la conveniencia de que cierto sector contractual de la Administración quede sujeto a las normas comunes de la tutela judicial.

⁴² Artículo 21 LCSP. 1. El orden jurisdiccional contencioso-administrativo será el competente para resolver las cuestiones litigiosas relativas a la preparación, adjudicación, efectos, cumplimiento y extinción de los contratos administrativos. Igualmente corresponderá a este orden jurisdiccional el conocimiento de las cuestiones que se susciten en relación con la preparación y adjudicación de los contratos privados de las Administraciones Públicas y de los contratos sujetos a regulación armonizada, incluidos los contratos subvencionados a que se refiere el artículo 17. 2. El orden jurisdiccional civil será el competente para resolver las controversias que surjan entre las partes en relación con los efectos, cumplimiento y extinción de los contratos privados. Este orden jurisdiccional será igualmente competente para conocer de cuantas cuestiones litigiosas afecten a la preparación y adjudicación de los contratos privados que se celebren por los entes y entidades sometidos a esta Ley que no tengan el carácter de Administración Pública, siempre que estos contratos no estén sujetos a una regulación armonizada.

LCSP, queda sometido a la jurisdicción contencioso administrativa respecto de cualesquiera cuestiones litigiosas que se susciten en materia de preparación, adjudicación, efectos, cumplimiento y extinción del mismo.

- En segundo lugar, y en relación a los contratos privados, las posibilidades son múltiples:
 - Los contratos privados sujetos a regulación armonizada, y tanto si son celebrados por una Administración Pública, como por cualquier entidad que sin serlo, sea Poder Adjudicador, así como contratos privados no sujetos a regulación armonizada que sean celebrados por una Administración Pública, en aplicación de los artículos 21.1 inciso final y 21.2 inciso 1.º de la LCSP, respetarán la doctrina de los actos separables, y quedarán referidos a la jurisdicción contenciosa en todo lo relativo a los actos de preparación y adjudicación, y a la civil en materia de efectos y extinción.
 - Los contratos privados no sujetos a regulación armonizada, celebrados por un Poder Adjudicador que no es Administración Pública, así como los contratos privados celebrados por los entes públicos que ni son Administración Pública ni poder adjudicador, en aplicación del artículo 21.2 inciso final, quedan en todo caso, y respecto de todas las materias, subordinados a la jurisdicción civil, desplazando con ello la doctrina de los actos separables, que en consecuencia no será aplicable.

En definitiva la nueva Ley de Contratos, en una decisión no exenta de polémica, y que está llamada a generar importantes discrepancias jurisprudenciales, ha aprovechado la ampliación que realiza de su ámbito subjetivo, para redefinir la doctrina de los actos separables respecto de aquellos contratos celebrados por entidades públicas que no tenían la consideración de Administraciones Públicas en sentido estricto. En concreto, el legislador ha decidido respetar la doctrina de los actos separables sólo en relación a los contratos privados celebrados por un Poder Adjudicador y además sólo en aquellos casos en los que el contrato celebrado queda sujeto a regulación armonizada.

En cambio, cuando lo que celebra el Poder Adjudicador es un contrato privado no sujeto a regulación armonizada o cuando estamos ante contratos que celebran otros entes públicos, la LCSP ha optado por avalar una huída de la jurisdicción contenciosa, que resucita la problemática de la dualidad de jurisdicciones. La decisión ha sido muy criticada por la doctrina, y es que no en vano es difícilmente justificable una medida que olvida que todas las entidades del sector público, sea cual sea su naturaleza, y sea cual sea el régimen jurídico conforme que al que funcionan, realizan, en algún punto de su actuación, actos administrativos, que de hecho justifican que sus normativas reguladoras remitan, a estos efectos, al derecho administrativo; es el caso de las Sociedades Mercantiles Públicas, el de los consorcios, o el de las Fundaciones Públicas.

Por lo demás, y habida cuenta esta nueva regulación convendría adaptar el artículo 2 b) de la Ley 29/98, de la Jurisdicción contencioso administrati-

va, de acuerdo con el cual este orden jurisdiccional 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.

IV. CONCLUSIÓN

Con el análisis de los actos separables damos por concluido el presente estudio de la nueva Ley de Contratos del Sector Público, con el que, tomando como punto de partida las formulaciones clásicas de nuestra doctrina administrativista, se ha pretendido exponer la que consideramos nueva teoría general de la contratación pública. Por ella, entre nosotros finalmente se toma en consideración la compleja base subjetiva de la que se componen las Administraciones Públicas, se reordena la tipología contractual, y se asumen las exigencias del Derecho Comunitario, enmarcadas dentro de la pretensión de crear un espacio común para la contratación, en el que todos los actores puedan participar en igualdad de condiciones y en un régimen de transparencia y libre concurrencia.

Más allá de esto, nuestro análisis no pretende ser exhaustivo; no entra a estudiar materias clásicas de la contratación administrativa como son los privilegios de la Administración; ni algunas de las novedades que, junto con la redefinición de los ámbitos subjetivo y objetivo son más significativas, como son, según hemos apuntado antes, la aplicación de las nuevas tecnologías a la contratación pública, la incorporación de técnicas para racionalizar la contratación, o la creación de nuevos procedimientos de adjudicación.

En cualquier caso, y por todo lo anterior, hemos de concluir que el legislador español ha realizado un importante esfuerzo para conciliar la tradición española de la contratación pública con las nuevas tendencias venidas de Europa. El resultado, de novedad más aparente que real, al menos va a exigir del jurista un esfuerzo importante para adaptar su forma de pensar al esquema de la nueva Ley; y en cuanto al éxito o fracaso de la reforma, sólo el tiempo nos permitirá valorar si la Ley 30/2007 ha sido o no capaz de incrementar la racionalidad, la eficiencia, la transparencia y la igualdad en la contratación pública española.

V. BIBLIOGRAFÍA ÚTIL SOBRE LA NUEVA LEY DE CONTRATOS DEL SECTOR PÚBLICO

A continuación recogemos la bibliografía consultada para la redacción de estas páginas, y en general, la documentación de publicación reciente en materia de contratación pública.

- BERASATEGUI, J. Comentarios al Proyecto de Ley de Contratos del Sector Público, en el Diario La Ley, n.º 6654.
- DORREGO DE CARLOS, A. La nueva Ley de Contratos del Sector Público: retos y oportunidades para la Administración y nuestras empresas, en el Diario La Ley, n.º 6933, sección tribuna.
- GIMENO FELIU, J. Reflexiones críticas sobre el Proyecto de Ley de Contratos del Sector Público, en el Diario La Ley, n.º 6654.
- GIMENO FELIU, J. Disposiciones generales de la Ley de Contratos del Sector Público.
- MARÍ OLANO, J. La contratación de las sociedades públicas en la LCSP, en el Diario La Ley, n.º 6934.
- MARTÍNEZ VÁZQUEZ, F. la contratación pública en España tras la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público, en Diario La Ley, n.º 6934.
- MORENO MOLINA, J.A. La nueva Ley de Contratos del Sector Público, en el Diario La Ley, n.º 6876.
- PÉREZ CRESPO, B. El Proyecto de Ley de Contratos del Sector Público, en la Revista IGAE, n.º 18.
- URÍA FERNÁNDEZ, Fco. Primeras impresiones en relación con el Anteproyecto de Ley de Contratos del Sector Público, en el Diario La Ley, n.º 6435.
- URÍA FERNÁNDEZ, F. Contratación pública y defensa de la competencia
- VICENTE IGLESIAS, J.L. Reflexiones sobre la nueva Ley de Contratos del Sector Público, en el Diario La Ley, n.º 6871.
- VILLARINO MARZO, J. Lo esencial, en Diario La Ley, n.º 6934. Recoge un compendio de textos legales, documentos, libros y artículos recientes, útil para profundizar en el estudio de la nueva Ley de Contratos del Sector Público.
- VARIOS. Contratación del Sector Público Local; ed. El Consultor de los Ayuntamientos (LA LEY).