

**LA APLICACIÓN ANTICIPADA DE LA DELIMITACIÓN DEL ÁMBITO
SUBJETIVO DE APLICACIÓN DE LA LEY DE CONTRATOS DEL SECTOR
PÚBLICO (Comentarios a la Disposición Transitoria Séptima de la Ley de
Contratos del Sector Público)**

Por

ESTEBAN ARIMANY LAMOGLIA / JOSÉ-ALBERTO NAVARRO MANICH
Profesor Asociado de Derecho Administrativo UB. Abogado de Uría Menéndez /
Abogado de Uría Menéndez

revistas@iustel.com

I. RÉGIMEN GENERAL DE ENTRADA EN VIGOR DE LA LEY DE CONTRATOS DEL SECTOR PÚBLICO Y RÉGIMEN SINGULARIZADO DE ENTRADA EN VIGOR DE SU DISPOSICIÓN TRANSITORIA SÉPTIMA

La nueva Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público (“LCSP”) fue publicada en el Boletín Oficial del Estado (“BOE”) de fecha 31 de octubre de 2007.

Con arreglo a la Disposición final duodécima (“*Entrada en vigor*”) de la LCSP:

“La presente Ley entrará en vigor a los seis meses de su publicación en el “Boletín Oficial del Estado”, salvo la disposición transitoria séptima, que entrará en vigor el día siguiente al de la publicación.”

Por lo tanto, con la única salvedad de la Disposición transitoria séptima, la LCSP entrará en vigor el día 30 de abril de 2008. A modo de excepción al régimen general de entrada en vigor, la Disposición transitoria séptima (“DT séptima”) de la LCSP se aplica ya desde el pasado día 1 de noviembre de 2007.

La DT séptima de la LCSP lleva por rúbrica “*Aplicación anticipada de la delimitación del ámbito subjetivo de aplicación de la Ley*”. Ahora bien, la idea de una aplicación anticipada del ámbito subjetivo de aplicación de la LCSP debe matizarse a la vista del contenido real de la propia DT séptima. En efecto, la clave de la necesaria matización a la anunciada anticipación nos la ofrece el primer párrafo del apartado 1 de la DT séptima :

“1. Hasta la entrada en vigor de esta Ley, las normas de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, Texto Refundido aprobado por el Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio, se aplicarán en los siguientes términos: [...]”

En consecuencia, la DT séptima, ya en vigor desde el pasado día 1 de noviembre, lo que viene a indicarnos es en qué términos se aplicarán, desde dicha fecha de 1 de noviembre de 2007 hasta la fecha de entrada en vigor ordinaria de la LCSP el día 30 de abril de 2008, las normas del, en su mayor parte, todavía vigente Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por el Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio (“TRLCAP”), atendiendo, eso sí, como veremos, al nuevo ámbito subjetivo de aplicación que contiene el artículo 3 de la LCSP.

Fuera de ello, ninguna otra aplicación anticipada de la LCSP deberá realizarse entre las dos fechas antes señaladas. Por supuesto, a partir de 30 de abril de 2008, la aplicación de la LCSP será ya plena y, en consecuencia, dejará también de aplicarse, salvo por lo que se indica a continuación, el régimen jurídico previsto en la DT séptima de la LCSP.

En relación con lo que se viene comentando, no hay que perder de vista que ninguno de los preceptos de la LCSP (tampoco la DT séptima) se aplicará a los expedientes de contratación ya iniciados con anterioridad a las respectivas fechas de entrada en vigor (de la LCSP y de su DT séptima), puesto que, a tenor del apartado 1 de la Disposición transitoria primera de la LCSP (en línea con lo que ya establecía la Disposición transitoria primera del TRLCAP):

“1. Los expedientes de contratación iniciados antes de la entrada en vigor de esta Ley se registrarán por la normativa anterior. A estos efectos se entenderá que los expedientes de contratación han sido iniciados si se hubiera publicado la correspondiente convocatoria del procedimiento de adjudicación del contrato. En el caso de procedimientos negociados, para determinar el momento de iniciación se tomará en cuenta la fecha de aprobación de los pliegos.”

Por lo tanto, y para acabar con estas líneas introductorias, las normas aplicables a la adjudicación del correspondiente contrato público serán las vigentes en la fecha de convocatoria del procedimiento licitatorio de adjudicación o en la fecha de aprobación de los pliegos si se trata de un procedimiento negociado, de modo que la entrada en vigor, el día 1 de noviembre de 2007, de la DT séptima, no afectará a la adjudicación de aquellos contratos respecto de los cuales, antes de dicha fecha, ya estuviese convocado el procedimiento de adjudicación o ya estuviesen aprobados los correspondientes pliegos rectores de un procedimiento negociado. Dicho en otros términos, el contenido de la DT séptima y las consecuencias de su aplicación (desde 1 de noviembre de 2007),

sólo afectarán a los contratos que deban adjudicarse como consecuencia de convocatorias de procedimientos de adjudicación o de aprobación de pliegos de un procedimiento negociado, cuya publicación o aprobación, según los casos, se haya producido a partir de 1 de noviembre de 2007. Por su parte, la normativa relativa a la adjudicación de contratos contenida en la LCSP sólo se aplicará a los contratos cuya convocatoria de adjudicación resultara publicada o cuyos pliegos rectores del procedimiento negociado hubiesen sido aprobados a partir del día 30 de abril de 2008.

Visto todo lo anterior, y puesto que la aplicación, desde 1 de noviembre de 2007, de la DT séptima, implica tener en cuenta conjuntamente -como pronto tendremos ocasión de comprobarlo- tanto el ámbito subjetivo de aplicación del TRLCAP como el ámbito subjetivo de aplicación de la LCSP, conviene detenerse brevemente en un análisis general de tales ámbitos subjetivos de aplicación para estar en mejor disposición de comprender las novedades legislativas que, en materia de contratación pública, resultan ya aplicables (fruto de la aplicación de la DT séptima) cuando se están escribiendo las presentes líneas

II. PANORÁMICA GENERAL DEL ÁMBITO SUBJETIVO DE APLICACIÓN DEL TEXTO REFUNDIDO DE LA LEY DE CONTRATOS DE LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS

El ámbito subjetivo de aplicación del TRLCAP se concreta en su artículo 1, su artículo 2 (en combinación con la Disposición adicional decimosexta) y su Disposición adicional sexta . Como es bien conocido, la intensidad de regulación pública sobre cada contrato es diversa según el tipo de ente y, en su caso, de contrato, de que se trate. Transcribiremos, a continuación, los preceptos que acaban de mencionarse del TRLCAP para facilitar la lectura de estos comentarios.

El artículo 1 del TRLCAP (“Ámbito de aplicación subjetiva”) indica:

“1. Los contratos que celebren las Administraciones públicas se ajustarán a las prescripciones de la presente Ley.

2. Se entiende por Administraciones Públicas a los efectos de esta Ley:

a) La Administración General del Estado.

b) Las Administraciones de las Comunidades Autónomas.

c) Las entidades que integran la Administración Local.

3. Deberán asimismo ajustar su actividad contractual a la presente Ley 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 halle sometida a un control por parte de estas últimas, o cuyos órganos de administración, de dirección o de vigilancia esten compuestos por miembros más de la mitad de los cuales sean nombrados por las Administraciones públicas y otras entidades de derecho público.

4. Lo dispuesto en los apartados anteriores se entiende sin perjuicio de lo establecido en la disposición final primera.”

El artículo 2 del TRLCAP (“Adjudicación de determinados contratos”) establece lo siguiente:

“1. Las entidades de derecho público o de derecho privado con personalidad jurídica propia no comprendidas en el ámbito definido en el artículo anterior quedarán sujetas a las prescripciones de esta ley relativas a la capacidad de las empresas, publicidad, procedimientos de licitación y formas de adjudicación, cuando celebren contratos de obras de cuantía igual o superior a 5.278.000 euros, excluido el Impuesto sobre el Valor Añadido, y contratos de suministro, de consultoría y asistencia y de servicios de cuantía igual o superior a 211.000 euros, con exclusión, igualmente, del referido impuesto, siempre que tales entidades hubiesen sido creadas específicamente para satisfacer necesidades de interés general que no tengan carácter industrial o mercantil y concurra en ellas alguno de los requisitos referidos en el párrafo b del apartado 3 del artículo anterior.

2. Quedan sujetos a las prescripciones a que se refiere el apartado anterior los contratos de obras de la clase 50, grupo 502, de la Nomenclatura General de Actividades Económicas de las Comunidades Europeas (NACE), los de construcción relativos a hospitales, equipamientos deportivos, recreativos o de ocio, edificios escolares o universitarios y a edificios de uso administrativo, y los contratos de consultoría y asistencia y de servicios que esten relacionados con los contratos de obras mencionados, cuando sean subvencionados directamente por la Administración con más del 50 % de su importe, siempre que éste, con exclusión del Impuesto sobre el Valor Añadido, sea igual o superior a 5.000.000 de

euros, si se trata de contratos de obras, o a 200.000 euros, si se trata de cualquier otro contrato de los mencionados.”

En conexión con el precepto que acabamos de transcribir, la Disposición adicional decimosexta del TRLCAP (*“Recursos en materia de contratos de las sociedades sujetas a esta Ley”*) dispone que:

“A efectos de reclamaciones y recursos en relación con los contratos a que se refiere el apartado 1 del artículo 2 de esta Ley se tendrá en cuenta lo dispuesto en el artículo 51 de la Ley 48/1998, de 30 de diciembre, sobre procedimientos de contratación en los sectores del agua, la energía, los transportes y las telecomunicaciones, por la que se incorporan al ordenamiento jurídico español las Directivas 93/38/CEE y 92/13/CEE .“

Finalmente, la Disposición adicional sexta del TRLCAP (*“Principios de contratación en el sector público”*) prevé lo siguiente:

“Las sociedades mercantiles en cuyo capital social la participación, directa o indirecta, de una Administración Pública, o de un Organismo autónomo o Entidad de derecho público dependiente de ella o vinculada a la misma, sea superior al 50 %, así como las fundaciones que se constituyan con una aportación mayoritaria, directa o indirecta, de una de estas entidades, o cuyo patrimonio fundacional, con un carácter de permanencia, esté formado en más de un 50 % por bienes o derechos aportados o cedidos por las mismas, se ajustarán en su actividad contractual, cuando no estén sometidas a las previsiones del artículo 2.1, a los principios de publicidad y concurrencia, salvo que la naturaleza de la operación a realizar sea incompatible con estos principios.”

Las líneas generales y más relevantes del ámbito subjetivo de aplicación del TRLCAP que contemplan los distintos preceptos que acabamos de transcribir, pueden describirse del modo siguiente:

(i) En el artículo 1 se incluyen las que denominaremos Administraciones territoriales (a pesar de que algunas de las “entidades que integran la Administración Local” no se reconocen, legalmente, como entes locales territoriales), los organismos autónomos, en todo caso, y, según el apartado 3 de dicho precepto, los restantes entes públicos vinculados o dependientes de cualquiera de las Administraciones Públicas siempre que, en este último caso, puedan considerarse como organismos públicos desde el punto de vista del Derecho Comunitario de la contratación pública, por satisfacer necesidades que no tengan carácter industrial o mercantil y, además, por tratarse de entidades

mayoritariamente financiadas o controladas por las Administraciones territoriales u otras entidades de derecho público.

Convendrá recordar, en este momento, que, con arreglo a las Directivas comunitarias de contratación pública, el elemento subjetivo clave es el denominado poder adjudicador, dentro de cuyo concepto se incluyen tanto las Administraciones territoriales, como los organismos públicos, considerados éstos desde un punto de vista funcional y no formal, como todo ente, público o privado, distinto de las Administraciones territoriales, en los que concurren las dos características que acaban de apuntarse (necesidades no industriales o mercantiles y financiación mayoritaria o control por parte de cualquier poder adjudicador) y las asociaciones de los anteriores. Pues bien, el artículo 1.3 del TRLCAP se refiere, en este sentido, a organismos públicos en sentido comunitario que revisten, además, la forma de ente de derecho público.

Las Administraciones territoriales, los organismos autónomos y los entes públicos vinculados o dependientes que reúnen las características de organismos públicos en sentido comunitario se sujetan a la totalidad del TRLCAP.

(ii) Según el apartado 1 del artículo 2 del TRLCAP , otros entes públicos, distintos de los anteriores, y todos los entes privados, siempre que, unos y otros, reúnan las características de organismo público desde un punto de vista comunitario (por reunir, cumulativamente, las características antes apuntadas), ajustarán su actividad contractual al TRLCAP, pero no a toda ella sino tan sólo a aquellos de sus preceptos que regulan la capacidad de las empresas, publicidad, procedimientos de licitación y formas de adjudicación, y no para todos los contratos que celebren sino solamente para los tipos contractuales a que se refiere aquel apartado y precepto cuando alcancen o sobrepasen los umbrales cuantitativos señalados en el mismo.

No resulta fácil determinar a qué tipo de entes públicos (también organismos públicos desde el punto de vista comunitario) se refiere este artículo 2.1 del TRLCAP , a efectos de diferenciarlos de los también entes públicos/organismos públicos comunitarios contemplados en el anterior artículo 1.3 del mismo TRLCAP . Parece como si el artículo 2.1 del TRLCAP , una vez cubierta la aplicación de los grupos de prescripciones contempladas en él (que son las que, fundamentalmente, interesan desde el punto de vista del cumplimiento del Derecho Comunitario) a todos los entes privados/organismos públicos comunitarios, sin excepción, quisiera asegurarse, para cumplir con las exigencias comunitarias, que quede también incluido, aunque sea de esa forma limitada en cuanto a los grupos de prescripciones aplicables, cualquier otro tipo de ente público que, siendo poder adjudicador, no hubiera quedado recogido en el artículo 1 del TRLCAP .

En cualquier caso, limitar la aplicación de los grupos de prescripciones mencionadas en el artículo 2.1 del TRLCAP a la actividad contractual de los entes públicos o privados poderes adjudicadores a que aquél se refiere cuando (i) se trate de los tipos de contratos previstos expresamente en el mencionado artículo 2.1 del TRLCAP, (ii) que sobrepasen los umbrales cuantitativos previstos en dicho precepto; nunca ha podido significar, desde la perspectiva del cumplimiento del Derecho Comunitario, que los restantes contratos otorgados por poderes adjudicadores (distintos de los armonizados o por debajo de los umbrales cuantitativos) puedan adjudicarse sin sujeción a ninguna regla de contratación pública. Efectivamente, aun no estando ante contratos armonizados por las Directivas, la aplicación del Derecho originario exige, *per se*, el cumplimiento y la efectividad de una serie de principios que los organismos públicos en sentido comunitario deben respetar en todo caso. Sobre este último aspecto volveremos posteriormente cuando entremos en el comentario del apartado 1.b) de la DT Séptima.

(iii) El artículo 2, apartado 2, ordena la aplicación de las prescripciones antes enumeradas del TRLCAP a los contratos directamente subvencionados por la Administración, con más de un determinado porcentaje, siempre que se trate, asimismo, de determinados tipos de contratos, en los términos que aquel artículo y apartado indican, tratándose de cumplir, de ese modo, las exigencias de la armonización comunitaria, en términos similares -no idénticos- a los que, como veremos, establece la nueva LCSP.

(iv) La Disposición adicional sexta del TRLCAP se refiere a las denominadas sociedades y fundaciones del sector público, entendiéndose por tales, a las:

- Sociedades mercantiles en cuyo capital social la participación, directa o indirecta, de una Administración Pública o de un organismo autónomo o entidad de derecho público dependiente de ella o vinculada a la misma, sea superior al 50 por 100.

- Fundaciones que se constituyan con una aportación mayoritaria, directa o indirecta, de una de las entidades mencionadas en el punto anterior, o cuyo patrimonio fundacional, con un carácter de permanencia, esté formado en más de un 50 por 100 por bienes o derechos aportados o cedidos por las mismas.

Respecto de estas sociedades y fundaciones del sector público se prevén, en la Disposición adicional sexta, dos niveles de intensidad regulatoria por lo que se refiere a su régimen de contratación:

a) Encontramos, en primer lugar, un nivel de intensidad inferior, que es el aplicable como regla general, consistente en la aplicación de los “*Principios de contratación en el sector público*” o, lo que es lo mismo, en la simple aplicación de principios de publicidad

y concurrencia por parte de aquellas sociedades y fundaciones para el otorgamiento de los distintos contratos que celebren (con independencia de tipo y cuantía contractual). Eso sí, se establece una salvedad, puesto que ni siquiera tendrán que aplicarse principios de publicidad y concurrencia cuando la naturaleza de la operación a realizar sea incompatible con la aplicación de tales principios.

Este nivel regulatorio, de menor intensidad, también se aplicará a las sociedades y fundaciones del sector público cuando sean, al mismo tiempo, organismos públicos en sentido comunitario pero no otorguen contratos de los comprendidos en el artículo 2.1 del TRLCAP, puesto que si, siendo poderes adjudicadores, otorgan ese tipo de contratos, deberá tenerse presente lo que se indica en el párrafo que sigue.

b) En segundo lugar, encontramos un nivel superior de intensidad regulatoria, en la medida que las sociedades y fundaciones del sector público reúnan, además, las características de organismos públicos en sentido comunitario y adjudiquen, efectivamente, un contrato que pueda identificarse con alguno de los tipos contractuales y umbrales cuantitativos de los previstos en el artículo 2.1 del TRLCAP. En tal caso, las sociedades y fundaciones en cuestión no deberán limitarse a ajustar su actividad simplemente a los principios de contratación del sector público, sino que serán de aplicación las prescripciones del TRLCAP a las que alude el repetido artículo 2.1 TRLCAP (capacidad de las empresas, publicidad, procedimientos de licitación y formas de adjudicación).

Debe recordarse, en este momento, pensando de nuevo en el nivel regulatorio de intensidad inferior, que, tal y como se ha venido interpretando normalmente la exigencia de aplicación de los "*Principios de contratación en el sector público*", tal exigencia en ningún caso resulta asimilable a la concreta y exacta aplicación de las prescripciones de adjudicación de contratos que contiene el TRLCAP y a las que se refiere el artículo 2.1 del mismo. Por ello, habida cuenta, además, la tremenda flexibilidad con que aquellos "*Principios*" han resultado interpretados y aplicados en nuestro país, se ha venido poniendo en duda que la aplicación de la Disposición adicional sexta del TRLCAP dé satisfacción a las exigencias del Derecho comunitario originario cuando las sociedades y fundaciones del sector público reúnan las características de poder adjudicador (elemento subjetivo relevante desde un punto de vista comunitario) y se propongan adjudicar contratos no armonizados por Directivas comunitarias de contratación pública. Como ya hemos avanzado, sobre este último aspecto se insistirá posteriormente.

(v) Por supuesto, las sociedades y fundaciones relacionadas con el sector público de algún modo (no contemplamos ahora contratos subvencionados por el sector público otorgados por ellas) que no sean, estrictamente, del sector público según la Disposición

adicional sexta del TRLCAP (por no rebasar los porcentajes antes vistos de capital, aportación o patrimonio) ni poderes adjudicadores conforme a Derecho Comunitario, no se ven constreñidas, en el otorgamiento de sus contratos, por las disposiciones del TRLCAP a las que nos venimos refiriendo.

(vi) Finalmente, a pesar de imponerse una interpretación de la normativa interna conforme con el Derecho Comunitario, justo es apuntar que la estricta literalidad de los preceptos anteriormente transcritos del TRLCAP no resuelven directamente situaciones ligadas a la actividad contractual de entes públicos (distintos de las Administraciones territoriales y organismos autónomos) no poderes adjudicadores, como pudiera ser el caso del alguna Entidad Pública Empresarial; entes privados poderes adjudicadores, financiados o controlados por otros poderes adjudicadores que no sean estrictamente Administraciones territoriales o entidades de derecho público; o, en fin, entes privados del sector público no poderes adjudicadores distintos de las sociedades y fundaciones contempladas en la Disposición adicional sexta.

III. PANORÁMICA GENERAL DEL ÁMBITO SUBJETIVO DE APLICACIÓN DE LA LEY DE CONTRATOS DEL SECTOR PÚBLICO

Acabamos de referirnos, en el apartado anterior de estos comentarios, a la regulación del ámbito subjetivo de aplicación, en sus diversos grados, del TRLCAP. Como se indicó anteriormente, sobre tal regulación ha impactado ya, desde el pasado día 1 de noviembre de 2007, la DT séptima de la LCSP que recibe la rúbrica de “*Aplicación anticipada de la delimitación del ámbito subjetivo de aplicación de la Ley*”, esto es de la LCSP.

Para valorar el alcance del mencionado impacto, debemos detenernos en este apartado en la descripción y análisis somero de la delimitación del ámbito subjetivo de aplicación de la LCSP, en el bien entendido que un estudio detallado de tal delimitación excede, con mucho, del objetivo y posibilidad de estos comentarios y, a buen seguro, será abordado, durante los próximos meses, por la doctrina más autorizada.

El ámbito subjetivo de aplicación de la LCSP viene delimitado en el artículo 3 de la dicha norma, bajo la rúbrica, precisamente, de “*Ámbito subjetivo*”, ámbito éste cuyo conocimiento resulta fundamental toda vez que, con arreglo al artículo 2.1 de la propia LCSP, ésta se aplicará, “*en la forma y términos previstos por la misma*”, a los contratos del sector público, entendiendo como tales:

“[...], los contratos onerosos, cualquiera que sea su naturaleza jurídica, que celebren los entes, organismos y entidades enumerados en el artículo 3.”

A pesar de tratarse de un precepto extenso, nos permitiremos también transcribirlo con la intención de facilitar la lectura de estos comentarios y de realizar unas observaciones posteriores sobre su contenido. Dice así el mencionado artículo 3 (“Ámbito subjetivo”):

“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, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común , 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.

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.”

A los efectos que interesan en estos comentarios, realizaremos las siguientes observaciones sobre el precepto que acabamos de transcribir:

(i) Como es de ver, el artículo 3 de la LCSP recoge, en su seno y en los tres sucesivos apartados que contiene, una triple enumeración relativa a los entes del sector público (3.1 de la LCSP), las Administraciones Públicas (3.2 de la LCSP) y los poderes adjudicadores (3.3 de la LCSP). Esta clasificación se articula, entre otras, por las siguientes características:

- Los entes que integran la categoría de las Administraciones Públicas, además de ser entes del sector público, son, todos ellos, poderes adjudicadores (3.3.a de la LCSP).

- Los poderes adjudicadores son también, todos ellos, entes del sector público, pero no todos los poderes adjudicadores son Administraciones Públicas.

- El concepto de Administración Pública es especialmente relevante en la medida que sólo las Administraciones Públicas pueden otorgar contratos administrativos (artículo 19 de la LCSP).

- El concepto de poder adjudicador es relevante a varios efectos legales, entre los que destaca ser elemento subjetivo necesario para el otorgamiento de contratos armonizados (artículo 13.1 de la LCSP), sin perjuicio de la existencia de contratos subvencionados armonizados no adjudicados por poder adjudicador (artículo 17 de la LCSP).

(ii) Dentro de la enumeración de los entes del sector público que contiene el apartado 1 del artículo 3 de la LCSP , merecen mención especial, en la medida que no concurren en ellas la consideración de poder adjudicador, las sociedades y las fundaciones del sector público a que se refieren, respectivamente, los apartados d) y f) de dicho artículo 3.1 . Transcritos ya anteriormente tales apartados, destacaremos, simplemente, que la participación, directa o indirecta, en el capital de las sociedades mercantiles, se predica de los diversos entes del sector público mencionados en los apartados a) a f) del apartado 1 del artículo 3 , lo que incluye, como partícipes, a las propias sociedades y fundaciones del sector público, y que la aportación en la fundación del sector público o la

integración patrimonial de ésta puede proceder, asimismo, de una o varias entidades integradas en el sector público.

Por supuesto, con una participación, aportación o integración patrimonial del porcentaje señalado en los apartados d) y f) del artículo 3.1 de la LCSP , o, incluso, sin darse tal porcentaje, cuando las sociedades y fundaciones revisten las características de poder adjudicador, serán entes del sector público/poderes adjudicadores (artículo 3.3.b de la LCSP). Cuando no se alcancen tales porcentajes y no reúnan las características de poder adjudicador, las sociedades y fundaciones podrán tener, eventualmente, algún tipo de relación con el sector público, pero no se considerarán entes del sector público ni se verán constreñidas por la LCSP en el otorgamiento de sus contratos, salvo que se tratara de contratos subvencionados armonizados de los previstos en el artículo 17 de la LCSP o de contratos de obras de concesionarios de obra pública a los que se refiere el artículo 250 de dicha Ley (véase, en tal sentido, aparte de estos últimos preceptos, el artículo 2.2 de la LCSP).

También merece destacarse, del artículo 3.1 de la LCSP , que todos los entes públicos instrumentales, vinculados a sujetos del sector público o dependientes de ellos, son entes del sector público (3.1.c de la LCSP), lo que no significa, como veremos inmediatamente, que todos ellos se consideren Administración Pública. Asimismo, el mencionado artículo 3.1 menciona expresa y separadamente (3.1.e de la LCSP) a los consorcios, sin que tal mención expresa se reproduzca en el apartado correspondiente a las Administraciones Públicas.

(iii) En cuanto al apartado 2 del artículo 3 de la LCSP , destacar que el concepto de Administración Pública que recoge la misma no se corresponde exactamente, como acaba de anticiparse, con el que acogen las leyes más generales de nuestro Ordenamiento administrativo, como es el caso de los artículos 1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de régimen jurídico de las Administraciones Públicas y del procedimiento administrativo común , y de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa , respectivamente. Estos últimos preceptos consideran también Administraciones Públicas a las entidades de derecho público vinculadas o dependientes de las Administraciones territoriales, si bien es cierto que esta tajante asimilación sólo es totalmente operativa, según se infiere de aquéllos, en la medida que dichas entidades ejerzan potestades administrativas. Con un planteamiento más radical, la LCSP expulsa del concepto de Administración Pública a entes de derecho público que, no obstante, podrían encuadrarse dentro del concepto de empresa pública. En tal sentido:

- Dentro del propio apartado 2 del artículo 3 mencionado podemos ver la alusión legal a entidades de derecho público vinculadas a una o varias Administraciones Públicas o dependientes de las mismas que, por ser agentes de mercado predominantemente autofinanciados, no se consideran Administraciones Públicas, en razón a su actividad y financiación (3.2.e de la LCSP , a contrario). Por su parte, las Entidades Públicas Empresariales, y entes asimilables de las Comunidades Autónomas y de las Entidades locales, quedan expulsadas, sin más, por el mero dato de la forma, del concepto de Administraciones Públicas a los efectos de la LCSP (último párrafo del artículo 3.2 LCSP). El descarte legal como Administraciones Públicas de las entidades mencionadas no significa, sin embargo, que, algunas de ellas, no puedan reunir, en ocasiones, las características de poder adjudicador a que se refiere el artículo 3.3.b) de la LCSP .

- Por razón de su inclusión en el apartado 3.1.e) , como entes del sector público, y de su no expresa inclusión en el apartado 3.2 de la LCSP , parece que también se ha querido excluir del concepto de Administración Pública a efectos de la LCSP a los consorcios, salvo que se pudieran incluir en el apartado 2.e) del artículo 3 , relativo a las entidades públicas vinculadas o dependientes que no sean agentes de mercado predominantemente autofinanciados.

(iv) Finalmente, dentro del apartado de los poderes adjudicadores (artículo 3.3 LCSP), destacar que, aparte las Administraciones Públicas (3.3.a de la LCSP), se consideran como tales a los organismos públicos o poderes adjudicadores en sentido comunitario, ya sean entes de naturaleza pública o privada, por tratarse de entes que satisfacen necesidades que no son de carácter industrial o mercantil y que están controlados o mayoritariamente financiados por poderes adjudicadores. Por tanto, pueden entrar, entre otros, dentro de tal concepto, entes que no son Administraciones Públicas pero sí entes del sector público, como sería el caso de algunas Entidades Públicas Empresariales, o de algunas sociedades o fundaciones del sector público, como ya se ha expresado anteriormente, y el de los consorcios, incluso en el caso de que éstos no hubieran de considerarse como Administraciones Públicas.

IV. EL CONTENIDO DE LA DISPOSICIÓN TRANSITORIA SÉPTIMA DE LA LEY DE CONTRATOS DEL SECTOR PÚBLICO Y LA APLICACIÓN ANTICIPADA DEL ÁMBITO SUBJETIVO DE DICHA LEY

Expuestas, en los apartados anteriores de estos comentarios, las líneas generales del régimen ordinario de entrada en vigor de la LCSP y del régimen singularizado de entrada en vigor de su DT séptima , así como las líneas, también generales, de los ámbitos

subjetivos de aplicación del TRLCAP y de la LCSP, estamos ya en disposición de abordar el contenido particularizado de dicha DT Séptima , cuyo contenido normativo parte, precisamente, como se ha advertido, del previo conocimiento de cada uno de los ámbitos subjetivos antes mencionados (el del TRLCAP y el de la LCSP).

Cuando la DT séptima se refiere a la “*Aplicación anticipada de la delimitación del ámbito subjetivo de aplicación de la Ley*” (de la LCSP), quiere indicar que ya desde 1 de noviembre de 2007 y, por tanto, antes de la entrada en vigor ordinaria de la LCSP el día 30 de abril de 2008, va a aplicarse, de algún modo, el ámbito subjetivo de aplicación delimitado en el artículo 3 de la propia LCSP , anteriormente transcrito.

Ahora bien, como se indicó en el primero de los apartados de estos comentarios, tal aplicación anticipada del ámbito subjetivo de aplicación de la LCSP no se va a traducir, con arreglo a la DT séptima , en la aplicación anticipada de otras normas de la LCSP, sino en la determinación, por parte de la DT séptima , de los términos en que va a resultar aplicado, entre 1 de noviembre de 2007 y 30 de abril de 2008, el todavía vigente TRLCAP, eso sí en función de la anticipación del ámbito subjetivo de aplicación de la LCSP a que la propia DT séptima se refiere.

Por otra parte, tal anticipación no es absoluta, puesto que, como veremos inmediatamente, en la letra a) del apartado 1 de la DT séptima todavía se utiliza, como punto de referencia subjetivo, el artículo 1 del TRLCAP . Es en las letras b) y c) del apartado 1 y en el apartado 2 de la DT séptima cuando se traen ya a colación, para determinar cómo ha de aplicarse el TRLCAP, distintos apartados del artículo 3 de la LCSP .

La DT séptima se divide, de este modo, en dos grandes apartados, referido el primero a las Administraciones Públicas (a), a los poderes adjudicadores que no tengan el carácter de Administraciones Públicas (b) y a los entes del sector público distintos de los anteriores (c); y el segundo a los contratos subvencionados directamente por Administraciones Públicas o poderes adjudicadores. Pasamos, acto seguido, a un análisis más detenido de cada uno de tales supuestos.

1. DT séptima apartado 1.a): Administraciones Públicas (artículo 1.2 y 1.3 del Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas)

El apartado 1.a) de la DT séptima , establece:

“1. Hasta la entrada en vigor de esta Ley, las normas de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, Texto Refundido aprobado por el Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio, se aplicarán en los siguientes términos:

a) Los entes, organismos y entidades que, según el artículo 1 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas tengan la consideración de Administraciones Públicas, sujetarán su contratación a la totalidad de las disposiciones de esa norma.”

Por lo tanto, según el apartado y letra que acaba de transcribirse, desde el pasado 1 de noviembre de 2007 a 30 de abril de 2008, se aplicará la totalidad del TRLCAP (no sólo parte de sus prescripciones ni la LCSP) a todos los contratos -salvo los excluidos por el propio TRLCAP, claro está- que celebren los entes, organismos y entidades que, según el artículo 1 del TRLCAP , tengan aquella consideración de Administraciones Públicas.

Como quiera que, en ese artículo 1 TRLCAP , sólo reciben directamente tal denominación (de Administraciones Públicas) las Administraciones territoriales (con la matización antes realizada para las Entidades que integran la Administración Local), y no los organismos autónomos ni los entes públicos, vinculados o dependientes, con características de poder adjudicador (comprendidos también en dicho artículo 1, apartado 3), surge la duda de si la LCSP quiere referirse, en la repetida letra a), a todos los entes comprendidos en el artículo 1 del TRLCAP o solamente a los que, dentro del mismo, reciben la explícita denominación de Administraciones Públicas (artículo 1.2 del TRLCAP).

La cuestión no es baladí, puesto que si los organismos autónomos y/o los entes públicos vinculados o dependientes poderes adjudicadores (por ejemplo, un ente público empresarial/organismo público en sentido comunitario) no se entendieran comprendidos dentro del concepto de Administraciones Públicas a que quiere referirse la letra a) (por remisión al artículo 1 TRLCAP), tales organismos y/o entes pasarían a regularse por otras letras del apartado 1 de la DT séptima , lo que, a su vez, implicaría, como veremos, la aplicación a tales organismos o entes de un régimen jurídico distinto, menos publicado, que el que comporta la aplicación total del TRLCAP.

A nuestro juicio, cuando la DT séptima se refiere a las Administraciones Públicas del artículo 1 del TRLCAP , se está refiriendo a la totalidad de entes públicos comprendidos en este último precepto. En este sentido, puede indicarse lo siguiente:

(i) En la línea que acaba de apuntarse se dirige la propia literalidad de la letra a) que comentamos, toda vez que, ella misma, empieza aludiendo a los “*entes, organismos y entidades*” comprendidos en el artículo 1 TRLCAP como Administraciones Públicas, lo que tiene perfecto encaje con la alusión que realiza este último precepto a las Administraciones, los organismos autónomos y los entes públicos vinculados o

dependientes que reúnan las características de organismo público en sentido comunitario.

(ii) En el propio TRLCAP encontramos preceptos que aluden a la totalidad de entidades comprendidas en su artículo 1 como Administraciones Públicas. Así, la Disposición final segunda del TRLCAP, establece, en su apartado 1:

“Cuando en el texto de la Ley se cite a la Administración o a las Administraciones públicas, se entenderá que hace referencia a todas las Administraciones, organismos y entidades comprendidos en el ámbito de aplicación del artículo 1 .”

(iii) En fin, como veremos, el apartado 1.b) de la DT séptima , comporta, en su grado superior de regulación pública, un régimen parecido al que hoy prevé el artículo 2.1 del TRLCAP (aplicación de determinadas prescripciones del TRLCAP a determinados contratos) y no parece que haya sido finalidad de la DT séptima rebajar el grado de exigencia o de regulación pública para una parte de los entes comprendidos en el artículo 1 TRLCAP (los organismos autónomos y los entes vinculados o dependientes poderes adjudicadores) que hoy ya están totalmente sometidos al TRLCAP y no solamente en forma parcial (como ocurre en el ámbito del artículo 2.1 del propio TRLCAP).

Más bien parece que lo que pretende la LCSP, durante el periodo de aplicación de la DT séptima , es dejar a salvo la aplicación plena del TRLCAP para todos los entes comprendidos en el artículo 1 de éste, para, a continuación, establecer el régimen que se aplicará, por una parte, a entes distintos de los anteriores en los que concurra el carácter de poder adjudicador según la nueva LCSP (letra b del apartado 1) y, por otra (letra c del mismo apartado), a entes que no sean ni Administraciones Públicas (ex artículo 1 del TRLCAP), ni poderes adjudicadores (ex artículo 3.3 de la LCSP), sino meros entes del sector público con arreglo al artículo 3.1 de la LCSP .

En suma, entendemos que la DT séptima no pretende disminuir el nivel de regulación pública que deriva actualmente del TRLCAP, sino dejar a salvo, durante los meses que transcurran hasta la entrada en vigor ordinaria de la LCSP, dicho nivel máximo para los entes que ya estaban concernidos por el mismo, y establecer, durante dicho período, un régimen más garantista o público, y aparentemente más acorde con el Derecho Comunitario dada la tardanza en la transposición de la Directiva, para cualquier ente, de naturaleza pública o privada, que, distinto de los anteriores, pudiera recibir la calificación de poder adjudicador conforme a la nueva LCSP.

Lo relevante sería, desde esta perspectiva, determinar qué queda actualmente (en el régimen del TRLCAP) dentro y fuera del artículo 1 del TRLCAP para determinar, a su

vez, respecto de los entes que quedan fuera de dicho precepto, dónde encajan en el resto de previsiones de la DT séptima . Es indiscutible que quedarían dentro del artículo 1 del TRLCAP las Administraciones territoriales y los organismos autónomos. También es indiscutible que quedarían fuera de tal precepto los entes privados aunque fuesen poderes adjudicadores (hoy en el artículo 2.1 del TRLCAP). Pero la dificultad estriba principalmente en concretar qué puede quedar dentro y qué puede quedar fuera en el contexto del concepto más abierto de entes públicos vinculados o dependientes poderes adjudicadores comprendido en el artículo 1 del TRLCAP .

Podemos analizar esta última cuestión al hilo del comentario que iniciamos sobre el apartado 1.b) de la DT séptima .

2. DT séptima apartado 1.b): Poderes adjudicadores que carecen del carácter de Administraciones Públicas (artículo 3.3 de la Ley de Contratos del Sector Público que no sean Administraciones Públicas según los artículos 1.2 y 1.3 del Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas)

El apartado 1.b) de la DT séptima dispone:

“b) Los entes, organismos y entidades que sean poderes adjudicadores conforme al artículo 3.3 de esta Ley y no tengan el carácter de Administraciones Públicas de acuerdo con el artículo 1 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas , aplicarán las normas de dicha Ley relativas a la capacidad de las empresas, publicidad, procedimientos de licitación, formas de adjudicación y régimen de recursos y medidas cautelares, cuando celebren contratos de obras de cuantía igual o superior a 5.278.000 euros, excluido el impuesto sobre el Valor Añadido, y contratos de suministro, de consultoría y asistencia y de servicios de cuantía igual o superior a 211.000 euros, con exclusión, igualmente, del referido impuesto. En contratos distintos a los mencionados, estos entes, organismos o entidades observarán los principios de publicidad, concurrencia, no discriminación e igualdad de trato.”

Esta letra b) pretende, por tanto, establecer, en qué términos se aplicará el TRLCAP, desde 1 de noviembre de 2007 hasta 30 de abril de 2008, respecto de entes, organismos y entidades que, sin ser Administración Pública con arreglo al artículo 1 del TRLCAP , sean poder adjudicador conforme al artículo 3.3 de la LCSP .

Aquí encontramos una muestra clara de directa anticipación de la entrada en vigor del ámbito subjetivo delimitado por la LCSP, aunque sea para indicar en qué términos se aplicará el TRLCAP, puesto que se toma como punto de referencia un concepto (el de

poder adjudicador del artículo 3.3 de la LCSP) que, de no existir la DT séptima , sólo se tendría en consideración a los 6 meses desde la publicación en el BOE de la LCSP.

Lo determinante, pues, para aplicar el régimen contractual que deriva de la letra b) que comentamos es que estemos ante poderes adjudicadores de acuerdo con el artículo 3.3 de la LCSP (lo que incluye a las Administraciones Públicas, según las delimita el artículo 3.2 de la LCSP , los organismos públicos en sentido comunitario y las asociaciones de los entes anteriores), pero excluyendo a todos los entes que ya tengan la consideración de Administración Pública con arreglo al artículo 1 del TRLCAP , pues, para estos últimos, el régimen jurídico a tener en cuenta es el de aplicación total del TRLCAP, tal y como se desprende del artículo 1 mencionado y del apartado 1.a) de la DT séptima .

Como hemos visto en apartados anteriores de estos comentarios, tienen la consideración de Administración Pública de acuerdo con el apartado 2 del artículo 3 de la LCSP (expresado ahora sintéticamente): las Administraciones Territoriales; los entes de la Seguridad Social; los organismos autónomos; las universidades públicas; las autoridades independientes; y las entidades de derecho público vinculadas a Administraciones Públicas o dependientes de las mismas que no sean agentes de mercado mayoritariamente autofinanciados.

En cambio, aunque pueden ser poderes adjudicadores, se excluyen expresamente del círculo de las Administraciones Públicas a las Entidades Públicas Empresariales (artículo 3.2, último párrafo de la LCSP).

Pues bien, una vez incluidas, de forma indubitada, en el artículo 1 del TRLCAP y, por tanto, en el apartado 1.a) de la DT séptima , las Administraciones territoriales y los organismos autónomos a que se refiere el artículo 3.2 de la LCSP , creemos poder afirmar que el resto de entidades que la LCSP caracteriza como Administraciones Públicas (y, por tanto, también poderes adjudicadores), encuentran también encaje en aquel artículo 1 del TRLCAP , de modo que no pasarían a regularse por el apartado 1.b) de la DT séptima .

Es más, entendemos que, mientras que no se produzca la entrada en vigor ordinaria de la LCSP, podrían también reconducirse al artículo 1 del TRLCAP las Entidades Públicas Empresariales que tengan la consideración de poder adjudicador y las asociaciones de Administraciones Públicas que tengan la misma consideración, toda vez que todos ellos se pueden entender comprendidos dentro de la categoría, abierta, del artículo 1.3 del TRLCAP , relativa a los entes públicos, vinculados o dependientes, que reúnan la condición de poderes adjudicadores.

A pesar de su especial y diferente autonomía -lo que, *prima facie*, cuadra mal con el concepto de vinculación o dependencia que se predica de los entes comprendidos en el

artículo 1.3 del TRLCAP - entendemos que también las universidades públicas y las autoridades denominadas independientes entrarían dentro de tal precepto y apartado. Como es bien conocido, las universidades se han caracterizado, en ocasiones y a determinados efectos, como entes cercanos a los organismos autónomos, y, en cuanto a las autoridades independientes, su independencia funcional o su especial autonomía no parece que las excluya totalmente de aquella especial vinculación a las Administraciones Públicas que permitiría ubicarlas en el repetido artículo 1.3 del TRLCAP . Así parece sugerirlo la redacción del actual artículo 3.1.c) de la LCSP , cuando, al enumerar los entes que integran tal sector, alude a:

“[...] cualesquiera entidades de derecho público con personalidad jurídica propia vinculadas a un sujeto que pertenezca al sector público o dependientes del mismo, incluyendo a 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.”

En consecuencia, la letra b) que ahora comentamos quedará reservada para algún tipo de ente de derecho público que, teniendo la consideración de poder adjudicador según la LCSP, no pueda incardinarse dentro del actual artículo 1 del TRLCAP (supuesto que se nos antoja como verdaderamente residual) y, por supuesto, para cualquier tipo de ente privado (no sólo sociedades o fundaciones) que reúna las características de poder adjudicador según la LCSP.

Si bien se mira, se trata de un ámbito aplicativo que coincide sustancialmente con el del actual artículo 2.1 del TRLCAP . Las diferencias entre este último precepto y la letra b) residen, fundamentalmente, en las exactas consecuencias de régimen jurídico contractual que dicha letra extrae de la inclusión de un ente en su ámbito de aplicación.

Teniendo en cuenta que el artículo 2.1 del TRLCAP , considerando a los entes públicos poderes adjudicadores no comprendidos en el artículo 1 del TRLCAP y a los entes privados también poderes adjudicadores, anuda para determinados tipos contractuales celebrados por los mismos y para determinados umbrales cuantitativos (antes vistos) la aplicación solamente de determinadas prescripciones del TRLCAP (capacidad, publicidad, procedimientos de licitación y formas de adjudicación), la diferencia fundamental con el contenido del apartado 1.b) de la DT séptima reside en que:

(i) distingue entre ese tipo de contratos y umbrales del artículo 2.1 del TRLCAP , a los que sigue aplicando las mismas prescripciones del TRLCAP (si bien que añadiendo ahora “*el régimen de recursos y medidas cautelares*”), y

(ii) los contratos -todos los restantes- que, siendo otorgados por poderes adjudicadores, no se sujetan a aquellas prescripciones pero sí a los “*principios de publicidad, concurrencia, no discriminación e igualdad de trato*”.

En cuanto a la mención expresa, respecto de los contratos armonizados de poderes adjudicadores, del régimen de recursos y medidas cautelares, la DT séptima no aporta una gran novedad, toda vez que tal régimen de recursos y medidas cautelares es, mientras que no entre en vigor ordinariamente la LCSP, el que introdujo la Disposición adicional decimosexta del TRLCAP, introducida por la Ley 62/2003, cuyo tenor literal es, como se recordará, el siguiente:

“Disposición adicional decimosexta. Recursos en materia de contratos de las sociedades sujetas a esta Ley.

A efectos de reclamaciones y recursos en relación con los contratos a que se refiere el apartado 1 del artículo 2 de esta Ley se tendrá en cuenta lo dispuesto en el artículo 51 de la Ley 48/1998, de 30 de diciembre, sobre Procedimientos de Contratación en los Sectores del Agua, la Energía, los Transportes y las Telecomunicaciones, por la que se incorporan al ordenamiento jurídico español las Directivas 93/38 CEE y 92/13 CEE.”

El régimen de recursos y medidas cautelares a que se refiere el apartado 1.b) de la DT séptima y que se materializa, mientras no entre en vigor en plenitud la LCSP, en la disposición que acaba de transcribirse, se basa, en definitiva, en un sistema a través del cual pueden impugnarse, ante la Administración Pública respecto de la que exista dependencia o vinculación, los actos que infrinjan las prescripciones de adjudicación de contratos del TRLCAP y que procedan de los entes que tengan la consideración de poderes adjudicadores conforme al criterio establecido por el apartado 1.b) de la DT séptima (de todos ellos y no ya sólo de poderes adjudicadores en forma de sociedad, como parecería desprenderse de la literalidad de la rúbrica de aquella disposición), de modo que pueda obtenerse una resolución que agote la vía administrativa y sea susceptible de impugnación ante el orden jurisdiccional contencioso-administrativo.

Habida cuenta que, en el caso a que acabamos de referirnos, estamos ante la adjudicación de contratos armonizados por parte de poderes adjudicadores, resulta más que dudoso que con la remisión que, en la práctica, se produce al régimen de recursos previsto en la Disposición adicional decimosexta del TRLCAP, se esté dando cumplimiento a las exigencias que derivan de la Directiva 89/665/CEE del Consejo, de 21 de diciembre de 1989, relativa a la coordinación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas referentes a la aplicación de los procedimientos de

recurso en materia de adjudicación de los contratos públicos de suministros y de obras, hoy en fase de modificación.

Por lo que se refiere a la necesaria aplicación de los “*principios de publicidad, concurrencia, no discriminación e igualdad de trato*”, a contratos distintos de los antes mencionados (de tipos y umbrales determinados), otorgados por entes, organismos y entidades que sean poderes adjudicadores, conforme al artículo 3.3 de la LCSP , y que no tengan el carácter de Administraciones Públicas de acuerdo con el artículo 1 del TRLCAP , es pertinente buscar la distinción práctica entre la necesaria aplicación de tales principios y el régimen jurídico que derivaba de la aplicación, pura y simple, del artículo 2.1 del TRLCAP .

Pues bien, lo primero que se observa en este último precepto es que, fuera de la aplicación de determinadas prescripciones del TRLCAP para contratos que podían considerarse comunitariamente armonizados, el artículo 2.1 del TRLCAP no establecía ningún tipo de previsión ni de sujeción para el resto de contratos que pudieran otorgar los sujetos comprendidos dentro del mismo. La situación resultaba parcialmente corregida por la Disposición adicional sexta del TRLCAP , a la que posteriormente nos referiremos con mayor detalle, cuando establecía la necesaria aplicación de los denominados “*Principios de contratación en el sector público*” para las sociedades y fundaciones que tal disposición consideraba comprendidas dentro del sector público.

Pero tal corrección, como se ha adelantado, era muy parcial, en la medida que, como veremos:

(i) Tan sólo aludía, y alude, cuando no resulta aplicable el artículo 2.1 TRLCAP , a los principios de publicidad y concurrencia, que, por otra parte, se excluyen cuando la operación a realizar sea incompatible con estos principios. Ahora, en virtud de la DT séptima , se aplican aquellos principios y los de igualdad y no discriminación, sin aludirse expresamente a la posibilidad de excepciones, que, desde luego, no resultarían aplicables en la medida que provocaran desigualdad o discriminación.

(ii) Dejaba sin regular, al menos nominalmente, los contratos de entes que pudieran ser entes públicos poderes adjudicadores de los previstos en el artículo 2.1 del TRLCAP y hoy en el apartado 1.b) de la DT séptima : entes privados poderes adjudicadores que no revistan la forma de sociedad o fundación o que, revistiéndola, sean poderes adjudicadores por circunstancias distintas a la presencia de determinados porcentajes de participación, aportación, o integración patrimonial; o, en fin, poderes adjudicadores controlados por otros poderes adjudicadores que no fuesen Administraciones Públicas, organismos autónomos o entes públicos vinculados o dependientes.

Hoy, en virtud de la DT Séptima , todo contrato otorgado por poder adjudicador (siendo distinto el sujeto de las Administraciones Públicas comprendidas en el artículo 1 del TRLCAP , cuya sujeción al TRLCAP es total, y siendo distinto el contrato otorgado de los previstos en la primera parte del apartado 1.b) de la DT séptima , que se sujetan a las prescripciones del TRLCAP a las que tal apartado se refiere) es un contrato que debe adjudicarse, necesariamente, con sujeción a los principios de publicidad, concurrencia, igualdad y no discriminación.

El problema consiste, en términos parecidos a lo que ocurre con la Disposición adicional sexta del TRLCAP , en localizar la exacta fuente o norma, si es que existe, que, además de formular los principios, determine de algún modo cómo se consigue o satisface el cumplimiento de los mismos. Dicho de otro modo, no existen normas precisas que determinen, ante un supuesto determinado, si tales principios han resultado o no conculcados.

En la nueva LCSP esta relativa falta de concreción queda, en parte, corregida por el contenido de su artículo 175 , destinado a regular la adjudicación, por parte de poderes adjudicadores que no tengan el carácter de Administraciones Públicas, de contratos no sujetos a regulación armonizada, puesto que, tras ordenar que la adjudicación se someta, en todo caso, a los principios de publicidad, concurrencia, transparencia, confidencialidad, igualdad y no discriminación, establece que:

“b) Los órganos competentes de las entidades a que se refiere esta sección aprobarán 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 (los ya mencionados) y que el contrato es adjudicado a quien presente la oferta económicamente más ventajosa. Estas instrucciones deben ponerse a disposición de todos los interesados en participar en los procedimientos de adjudicación de contratos regulados por ellas, y publicarse en el perfil de contratante de la entidad [...]”

c) Se entenderán cumplidas las exigencias derivadas del principio de publicidad con la inserción de la información relativa a la licitación de los contratos cuyo importe supere los 50.000 euros en el perfil del contratante de la entidad, sin perjuicio de que las instrucciones internas de contratación puedan arbitrar otras modalidades, alternativas o adicionales, de difusión.”

Ésa puede ser, pues, una de las posibles pautas a considerar para controlar el respeto de los principios que necesariamente deben seguir los poderes adjudicadores que carecen del carácter de Administraciones Públicas para adjudicar contratos no

armonizados, si bien cabe advertir que el artículo 175 parcialmente transcrito no está todavía en vigor.

También cabe apuntar que, a modo de estímulo para la rápida aprobación de las normas internas a que se refiere el precepto transcrito, la Disposición transitoria sexta de la LCSP determina que, mientras no se produzca tal aprobación, los contratos de referencia deberán adjudicarse como si se tratara de contratos armonizados. Entendemos que esta última previsión no resultaría estrictamente aplicable durante la vigencia de la DT séptima .

En cualquier caso, a los efectos de determinar cómo deberán observarse los “*principios de publicidad, concurrencia, no discriminación e igualdad de trato*” en el presente supuesto, una fuente que puede resultar muy clarificadora es la “*Comunicación interpretativa de la Comisión Europea sobre el Derecho comunitario aplicable en la adjudicación de contratos no cubiertos o sólo parcialmente cubiertos por las Directivas sobre contratación pública*” (publicada en el Diario Oficial de la Unión Europea de 1 de agosto de 2006, C 179/02 ES).

En la mencionada Comunicación, la Comisión Europea expone cuáles son los criterios básicos para la adjudicación de los mencionados contratos públicos que se derivan directamente de las normas y principios del Tratado de la Comunidad Europea. Entre tales principios cabe destacar los de igualdad de trato y no discriminación.

Pues bien, la referida Comunicación indica que la observancia de los mencionados principios se plasma en el cumplimiento de las siguientes normas fundamentales derivadas de ellos:

(i) Publicidad: Según la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, los principios de igualdad de trato y de no discriminación implican una obligación de transparencia que consiste en “*garantizar, en beneficio de todo licitador potencial, una publicidad adecuada que permita abrir a la competencia el mercado*” (Sentencias del Tribunal Superior de Justicia de las Comunidades Europeas de 7 de diciembre de 2000 (C-324/98) Telaustria, considerando 62; y de 13 de octubre de 2005 (C-458/03) Parking Brixen, considerando 49, citadas por la Comunicación).

Dicha publicidad deberá llevarse a cabo mediante la publicación de un anuncio suficientemente accesible antes de la adjudicación del contrato.

Ahora bien, la elección del medio más apropiado de efectuar el mencionado anuncio es una decisión que corresponde a la entidad adjudicadora en cuestión, la cual deberá tener en cuenta la importancia del contrato (según su objeto, cuantía, etc.). En función de lo anterior, la entidad adjudicadora podrá optar entre diferentes medios para efectuar la publicación del anuncio, entre los cuales cabe destacar: Internet, Boletines Nacionales,

publicaciones locales, e incluso el propio Diario Oficial de la Unión Europea, o el *Tenders Electronic Daily* (diario electrónico de licitaciones).

En cualquier caso, el anuncio publicado deberá contener, como mínimo, una breve descripción de (i) los detalles esenciales del contrato en cuestión, y de (ii) la forma de adjudicación, junto con (iii) una invitación para ponerse en contacto con la entidad adjudicadora.

Finalmente, es preciso señalar que será posible la tramitación de un procedimiento sin publicidad previa, siempre y cuando concurra uno de los supuestos previstos por las Directivas sobre contratación pública a estos efectos. En particular, destacan: (i) situaciones de extrema urgencia; y (ii) contratos cuya ejecución, por motivos técnicos, artísticos o relacionados con la protección de derechos de exclusividad sólo pueden confiarse a un operador económico concreto.

(ii) Adjudicación de los contratos: los principios de igualdad y de no discriminación se plasman, asimismo, en la garantía de un procedimiento equitativo e imparcial. El respeto de las normas y principios del Tratado de la Comunidad Europea en relación con esta cuestión se puede garantizar mediante:

- Una descripción no discriminatoria del objeto del contrato: para ello, deberá evitarse hacer referencias a una fabricación o procedencia determinada en la descripción de productos o servicios, así como a procedimientos particulares, o a marcas, patentes, tipos, origen o una producción determinada (salvo si tal referencia está justificada por el objeto del contrato y va acompañada de la mención “o *equivalente*”).

- Igualdad de acceso para los operadores económicos: no podrá imponerse ninguna condición que conlleve una discriminación directa o indirecta.

- Reconocimiento mutuo de títulos, certificados y otros diplomas.

- Plazos adecuados: deberán ser suficientes para permitir a las empresas de otros Estados miembros proceder a la evaluación adecuada y formular su oferta.

- Planteamiento transparente y objetivo: todos los potenciales licitadores deberán poder conocer previamente las normas aplicables y tener la certeza de que esas normas se aplican de igual forma a todos los operadores.

En definitiva, la decisión sobre la adjudicación de los contratos deberá respetar los principios de no discriminación y de igualdad de trato, que se materializan en la exclusión de ventajas injustificadas a un determinado licitador, y permitiendo el acceso a la misma cantidad de información a todos los licitadores.

(iii) Protección judicial: Finalmente, la imparcialidad del procedimiento no podrá garantizarse si no existen mecanismos de recurso adecuados. Asimismo, la protección judicial efectiva de los derechos conferidos por el ordenamiento comunitario es uno de los principios generales de Derecho derivados de las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros.

Pues bien, será necesario, como mínimo, que las decisiones que perjudiquen al licitador (o potencial licitador en cuestión) puedan ser objeto de recurso por la posible contravención de normas fundamentales derivadas del Tratado de la Comunidad Europea. Para ello, será igualmente exigible a la entidad adjudicadora una obligación de motivación de las decisiones recurribles (Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 15 de octubre de 1987 (C-222/1986) Heylens, considerando 15, citada en la Comunicación).

Sin perjuicio de lo anterior, subsisten las dudas sobre la forma de cumplimentar los principios, sobre las consecuencias de su incumplimiento, y, en definitiva, sobre si, con tal previsión del apartado 1.b) de la DT séptima, el Estado español ha cumplido ya las exigencias comunitarias en materia de contratación pública, puesto que, por poner un ejemplo, se ha omitido cualquier remisión a un régimen específico de recursos para los contratos no armonizados pero otorgados por poderes adjudicadores.

3. DT Séptima apartado 1.c): Entes del sector público, que carecen del carácter de Administraciones Públicas y de poderes adjudicadores (ente del artículo 3.1 de la Ley de Contratos del Sector Público que no esté incluido en el artículo 1 del Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas ni en el artículo 3.3 de la Ley de Contratos del Sector Público)

Con arreglo al apartado 1.c) de la DT séptima :

“c) Los entes, organismos y entidades que, según el artículo 3.1 de esta Ley, pertenezcan al sector público, y no tengan la consideración de Administraciones Públicas o de poderes adjudicadores conforme a las letras anteriores, sujetarán su contratación a lo establecido en la Disposición Adicional Sexta de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas.”

De acuerdo con dicha previsión normativa, desde 1 de noviembre de 2007 hasta 30 de abril de 2008, los entes, organismos y entidades que, según el artículo 3.1 de la LCSP, pertenezcan al sector público y no tengan la consideración de Administraciones Públicas conforme a la letra a) del apartado 1 de la DT séptima (y, por tanto, conforme al artículo 1 del TRLCAP), ni la consideración de poderes adjudicadores conforme a la

letra b) del mismo apartado (y, por tanto, conforme al artículo 3.3 de la LCSP) sujetarán su contratación a lo establecido en la Disposición adicional sexta del TRLCAP .

Como hemos visto, la Disposición adicional sexta establece la aplicación de los denominados “*Principios de contratación en el sector público*”, concretados en los de publicidad y concurrencia, salvo que la naturaleza de la operación sea incompatible con tales principios, siempre que estemos ante sociedades o fundaciones del sector público (tal y como aparecen caracterizadas en aquella Disposición), que no sean poderes adjudicadores o que, siéndolo, no adjudiquen contratos (armonizados) de los previstos en el artículo 2.1 del TRLCAP , puesto que si estamos ante sociedades y fundaciones que tienen la condición de poderes adjudicadores que otorgan contratos armonizados estaríamos dentro del ámbito de este artículo 2.1 del TRLCAP , a cuya problemática ya nos hemos referido anteriormente.

Pues bien, en el nivel de la letra c) del apartado 1 de la DT séptima , el cambio con la Disposición adicional sexta no reside en el régimen jurídico aplicable a los contratos (principios de publicidad y concurrencia), sino en el ámbito subjetivo de aplicación de tales principios.

Para discernir las diferencias reales de alcance subjetivo entre lo que hoy establece la Disposición adicional sexta y lo que viene a establecer la repetida letra c), debemos detenernos en determinar qué tipo de entes, de entre los previstos en el artículo 3.1 de la LCSP , son meramente entes del sector público, sin llegar a ser Administraciones Públicas ni poderes adjudicadores. La respuesta sería:

(i) Entes Públicos empresariales que no reunieran los requisitos para ser organismo público en sentido comunitario.

(ii) Entidades vinculadas a Administraciones Públicas o vinculadas a las mismas que pudieran calificarse como lo que hemos denominado agentes de mercado autofinanciados.

(iii) Sociedades y fundaciones del sector público en las que no llegue a concurrir la condición de organismo público en sentido comunitario.

(iv) Los consorcios que no estén en otros apartados, por ser Administraciones Públicas u organismos públicos en sentido comunitario.

(v) Las mutuas de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales de la seguridad social en los mismos casos.

(vi) Las asociaciones constituidas por los entes anteriores.

La diferencia, por tanto, entre el régimen vigente inmediatamente anterior al establecido por la DT séptima y el establecido por este último precepto consiste, como

es evidente, en que hoy existen muchos más entes del sector público sujetos a los “*Principios de contratación en el sector público*”. Por tanto, el contenido subjetivo de la Disposición adicional sexta del TRLCAP ha quedado configurado de un modo más acorde con la rúbrica de la propia Disposición que relativa a todo el sector público, quedaba, en realidad, constreñida a determinado tipo de sociedades y fundaciones.

Respecto de las sociedades, además, hoy (artículo 3.1.d de la LCSP) la participación mayoritaria, directa o indirecta, en el capital social, se predica, como posibilidad, de todos los entes del sector público a que se refieren las letras a) a f) del artículo 3.1, y, en cuanto a las fundaciones, hoy (artículo 3.1.f de la LCSP), la aportación o la integración patrimonial que determina su inclusión en el sector público, se predica, también como posibilidad, de una o varias entidades integradas en el sector público en general, de modo que la posibilidad de inclusión en el sector público de sociedades y fundaciones parece incrementarse en relación con la situación anterior en la que la participación, aportación o integración patrimonial se predicaba, de una forma directa o indirecta, exclusivamente con Administraciones Públicas, organismos autónomos o entidades de derecho público dependientes de ellas o vinculadas a las mismas.

Otra cosa es -en realidad sigue siendo- la determinación de lo que signifique el cumplimiento de dichos “*Principios*” y las consecuencias de su posible incumplimiento, si bien, al no estar en este caso, ante Administraciones Públicas ni ante poderes adjudicadores que otorguen contratos armonizados, todas estas cuestiones son menos susceptibles de acarrear problemas desde un punto de vista comunitario.

Por supuesto, los entes que no estén comprendidos en el apartado 1.a) de la DT séptima (artículo 1 del TRLCAP), en la letra b) de dicho apartado (artículo 3.3 de la LCSP que no se halle en el artículo 1 del TRLCAP), o en la letra c) del mismo (artículo 3.1 de la LCSP que no se halle en el artículo 3.3 de la LCSP), ni estarán sujetas al TRLCAP, ni a determinadas prescripciones del mismo, ni siquiera a los “*Principios de contratación en el sector público*”, a los que se ha hecho referencia en todas las páginas anteriores. No obstante, pueden existir contratos subvencionados por determinados entes del sector público, en su caso adjudicados por empresas que no pertenezcan a dicho sector y que, en cambio, vengan también sujetas a determinadas prescripciones del TRLCAP, que es lo que, en definitiva, viene a regular el apartado 2 de la DT séptima, del que nos ocupamos, muy brevemente, finalmente y a continuación.

4. DT Séptima apartado 2: Contratos subvencionados armonizados

El apartado 2 de la DT séptima, establece:

“2. Igualmente, hasta la entrada en vigor de la presente Ley, las normas de Ley de Contratos de las Administraciones Públicas relativas a la capacidad de las empresas, publicidad, procedimientos de licitación, formas de adjudicación y régimen de recursos y medidas cautelares serán aplicables a los contratos de obras que tengan por objeto actividades de ingeniería civil de la sección F, división 45, grupos 45.2 de 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, así como a los contratos de consultoría y asistencia y de servicios que estén relacionados con los contratos de obras mencionados, cuando sean subvencionados directamente por entes, organismos o entidades de los mencionados en las letras a) o b) del apartado anterior en más del 50 por ciento de su importe, y éste, con exclusión del Impuesto sobre el Valor Añadido, sea igual o superior a 5.278.000 euros, si se trata de contratos de obras, o a 211.000 euros, si se trata de cualquier otro contrato de los mencionados.”

Este apartado 2 de la DT séptima , viene a reproducir, sustancialmente, el artículo 2.2 del TRLCAP . No obstante, presenta algunas diferencias que convendrá subrayar:

(i) En el artículo 2.1 del TRLCAP se contemplan contratos subvencionados directamente, con más del 50% de su importe, *“por la Administración”*, mientras que, ahora, para activar el régimen contractual al que se refiere la DT séptima , lo relevante es que el mismo tipo de subvención proceda directamente de *“entes, organismos o entidades de los mencionados en las letras a) o b) del apartado anterior”*, esto es, de cualquier ente comprendido en el artículo 1 del TRLCAP (Administraciones Públicas) o de cualquier poder adjudicador de los previstos en el artículo 3.3 de la LCSP que no esté ya comprendido en el artículo 1 del TRLCAP . El ámbito subjetivo se amplía, pues, considerablemente.

(ii) Los tipos de contratos y umbrales relevantes para aplicar el régimen que deriva del apartado 2 de la DT séptima son prácticamente idénticos a los contenidos en el artículo 2.2 del TRLCAP , si bien existen algunas diferencias puntuales en cuanto las obras que se relacionan con la Nomenclatura General de Actividades Económicas de las Comunidades Europeas (NACE), y pequeñas variaciones al alza en cuanto a los umbrales relevantes a efectos de la DT séptima .

(iii) En cuanto a la normativa aplicable para estos contratos subvencionados, desde 1 de noviembre de 2007 hasta 30 de abril de 2008, la DT séptima , además de remitir a las prescripciones del TRLCAP relativas a capacidad de las empresas, publicidad, procedimientos de licitación y formas de adjudicación (como hacía antes el artículo 2.2

por remisión al artículo 2.1 del TRLCAP), se remite también a las normas del TRLCAP relativas al régimen de recursos y medidas cautelares.

Creemos que, con esta última previsión, la DT séptima se está remitiendo al régimen de recursos previstos en la Disposición adicional decimosexta del TRLCAP, cuyo ámbito actual se agota en los contratos adjudicados con arreglo al artículo 2.1 del TRLCAP , sin que nada se prevea expresamente para los subvencionados del artículo 2.2 del TRLCAP . Hay que tener en cuenta que, a la entrada en vigor ordinaria de la LCSP, se aplicará ya a todos los procedimientos de adjudicación de contratos sujetos a regulación armonizada, incluidos los contratos subvencionados sujetos a una regulación armonizada (artículo 17 de la LCSP), el recurso especial en materia de contratación que prevé el artículo 37 de la LCSP .

(iv) Otro tipo de contratos subvencionados, distintos de los anteriormente mencionados, no estarían sujetos a ninguna prescripción o principio del TRLCAP.

V. CONCLUSIONES

Primera.- La aplicación anticipada, desde 1 de noviembre de 2007, de la delimitación del ámbito subjetivo de aplicación de la LCSP, tiene un alcance relativo y se establece, por la DT séptima de aquella, a los efectos de determinar, a la vista del ámbito subjetivo de aplicación del TRLCAP y de la LCSP, cómo se aplicarán las disposiciones del TRLCAP mientras que no entre ordinariamente en vigor la nueva LCSP, el día 30 de abril de 2008.

Segunda.- Desde dicha perspectiva, la novedad más relevante que incorpora la aplicación de la DT séptima de la LCSP consiste en sujetar expresamente la celebración de contratos no sujetos a regulación armonizada, pero otorgados por parte de los entes del sector público que reúnen las características de organismos públicos desde un punto de vista comunitario, a los principios de publicidad, concurrencia, no discriminación e igualdad de trato. Ni el TRLCAP ni la nueva LCSP determinan con precisión los medios a aplicar para que tales principios no resulten conculcados. A tales efectos, deberán tenerse en cuenta las consideraciones que contiene la *“Comunicación interpretativa de la Comisión Europea sobre el Derecho comunitario aplicable en la adjudicación de contratos no cubiertos o sólo parcialmente cubiertos por las Directivas sobre contratación pública”*.

Tercera.- Las consecuencias, por tanto, de la aplicación anticipada a la que se refiere la aparentemente compleja DT séptima son, en principio, modestas. Da la impresión de que el legislador español, habida cuenta la tardanza en la transposición de la Directiva 2004/18/CE llevada a cabo mediante la nueva LCSP y teniendo en cuenta, además, que

esta última no entrará en vigor en términos ordinarios sino hasta 30 de abril de 2008, ha querido evitar, a través de dicha DT séptima y mientras no llega tal fecha, posibles reproches por incumplimiento del Derecho Comunitario.