UNA VALORACION CRITICA SOBRE EL PROCEDIMIENTO Y CONTENIDO DE LAS ULTIMAS REFORMAS LEGALES EN CONTRATACION PUBLICA (*)

Por
JOSÉ MARÍA GIMENO FELIÚ
Profesor Titular de Derecho Administrativo
Universidad de Zaragoza

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN: ALCANCE DE LAS MODIFICACIONES DE RÉGIMEN JURÍDICO: a) *El sistema de prohibiciones y la presunción de inocencia. Consecuencias de la nueva regulación.* b) *Los controles presupuestarios.* c) *Nuevas modalidades de contratación: especialidades en la concesión de obras públicas hidráulicas y relativas a infraestructuras:* 1. Nuevas fórmulas de financiación de los contratos públicos de obras. 2. Regulaciones específicas de los contratos de obra pública. d) *Sobre los criterios de adjudicación: las bajas temerarias.*—II. CRÍTICA DE LAS REFORMAS DESDE LA PERSPECTIVA FORMAL: a) *Los principios constitucionales comunitarios y constitucionales en la contratación pública y su incidencia en el procedimiento normativo: la Ley de Contratos como cabecera de grupo normativo.* b) *La función normativa (implícita) de las Leyes de Acompañamiento (y similares).* c) *El principio constitucional de seguridad jurídica como límite a la capacidad legislativa del Parlamento.* d) *A modo de recapitulación: la inconstitucionalidad de las reformas de la LCAP.*—III. EL ÁMBITO DE APLICACIÓN: CONTINÚA LA «FUGA» DEL DERECHO DE LA CONTRATACIÓN PÚBLICA: a) *Planteamiento general: las «matizaciones» de la Ley de Acompañamiento.* b) *Revalorización del concepto de «poder público» como mecanismo de cierre.*

I. INTRODUCCIÓN: ALCANCE DE LAS MODIFICACIONES DE RÉGIMEN JURÍDICO

La Ley de Contratos de las Administraciones Públicas de 18 de mayo de 1995 (en adelante, LCAP) (1), tras un largo *iter* parlamen-

(*) La realización del presente estudio se enmarca en el Proyecto de investigación SEC 96-0694 (Programa Nacional de Estudios Sociales y Económicos).

(1) La nueva LCAP (tras la derogación efectuada a través de la misma de la Ley de Contratos del Estado de 1965 —adaptada a la normativa comunitaria mediante Real Decreto Legislativo en 1986—), sobre la base del artículo 149.1.18 CE, establece la aplicabilidad de la mayoría de sus preceptos a las distintas Administraciones públicas. Esta Ley pretende la implantación de un marco normativo uniforme que asegure, como se dice en la Exposición de Motivos, «de manera unitaria y en condiciones de igualdad, los intereses generales de todos los españoles, pero reconociendo, al mismo tiempo, a las Comunidades Autónomas que puedan introducir en la regulación de la materia, las peculiaridades que las competencias de su propia autonomía les permite». Y a tales efectos la Disposición Final Primera es la que nos indica con precisión qué preceptos de la LCAP no tienen el carácter de legislación básica del Estado. Vid., por todos, G. FERNÁNDEZ FARRERES, «Ambito objetivo y subjetivo de aplicación de la LCAP», en el libro col. dirigido por B. PENDÁS, *Derecho de los contratos públicos*, Praxis, Barcelona, 1995, págs. 223-230; L. PAREJO ALFONSO,

tario (2), vino a establecer un nuevo régimen jurídico de la actividad contractual de todas las Administraciones públicas, procediendo a una incorporación de la nueva normativa comunitaria e internacional. Este régimen jurídico ha sido, no obstante, objeto de tres reformas legislativas en el plazo de un año (3). Concretamente, en primer lugar, se procedió a la modificación del sistema de prohibiciones, por su rigidez y limitaciones prácticas al funcionamiento de la contratación pública. Más recientemente, con la Ley de Disciplina Presupuestaria (LDP), así como con la Ley de Medidas Fiscales,

---

«Carácter básico de la nueva Ley: contenido, alcance y eficacia», en el libro col. dirigido por R. GÓMEZ-FERRER, *Comentario a la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas*, Civitas, Madrid, 1996, págs. 971-994; M. LÓPEZ BENÍTEZ, «La Ley de Contratos de las Administraciones Públicas: su entronque desde el bloque de la constitucionalidad y su ámbito de aplicación», en el libro col. coordinado por F. CASTILLO, *Estudios sobre la contratación en las Administraciones públicas*, Comares, Granada, 1996, págs. 1-27.

(2) Vid. M. DELGADO-IRIBARREN GARCÍA-CAMPERO, «La tramitación parlamentaria de la Ley de Contratos de las Administraciones públicas», en el libro col. *Contratos de las Administraciones Públicas*, El Consultor de los Ayuntamientos y de los Juzgados, Publicaciones Abella, Madrid, 1995, págs. 163-168.

(3) Se da la paradoja, por contra, de que no se ha redactado todavía un Reglamento de desarrollo de la Ley, pues el de 21 de marzo de 1996 es parcial, estando, en consecuencia, vigente, de forma provisional, el Reglamento de Contratos del Estado de 1975. Asimismo, vencido ya el plazo, está todavía pendiente la trasposición de las Directivas sobre contratación en los sectores del agua, transporte, energía y telecomunicaciones (conocidas como contratación en los sectores excluidos o especiales), existiendo en este momento un Anteproyecto de 1 de abril de 1997. Sobre esta materia y su problemática, de indudable repercusión jurídica y económica, me remito en este momento al libro coordinado por V. LÓPEZ-IBOR MAYOR, *La contratación pública en los llamados sectores excluidos*, Civitas, Madrid, 1997. Por último, debe advertirse que el Consejo de Ministros aprobó el 6 de junio de 1997 el *Programa de Gobierno para la Ejecución de una Política de Compras Públicas*. Teniendo en cuenta que los presupuestos de la Administración General del Estado para gastos corrientes e inversiones en compra de bienes de carácter común o limitada especialidad ascienden a 1.078 billones de pesetas, el Gobierno pretende mejorar la gestión de la contratación pública, desarrollando para ello una Política de Compras Públicas. Los objetivos de esta política serán: por un lado, disminución del consumo a través de una mayor eficiencia, racionalización y austeridad, y, por otro, la optimización de las adquisiciones (mejora y racionalización del procedimiento de contratación, y obtención de las mejores condiciones en la contratación). En principio se estima que se podrán obtener ahorros de entre un 3 por 100 (32.000 millones de pesetas) y un 6 por 100 (64.000 millones de pesetas). El nuevo sistema se aplicará a la Administración del Estado, los organismos autónomos, los entes públicos, la Seguridad Social y el Insalud. Se excluyen las inversiones de carácter militar, las de equipo científico especializado y las referentes a obras, infraestructuras e instalaciones.

Entre las medidas que se proponen figuran: Establecimiento de un plan anual de adquisiciones de bienes y servicios, y de campañas de información anuales: así, el plan anual se difundirá a todos los interesados a través de distintos medios, haciendo hincapié además en la utilización de los API con objeto de reducir los plazos en las licitaciones. Pliegos de prescripciones técnicas basados en estándares: los pliegos se basarán en estándares técnicos con el objetivo de aumentar la transparencia. Establecimiento de criterios objetivos y de fácil valoración en la adjudicación de concursos, reduciendo los costes de las ofertas. Política de contraste con el sector privado: con este objetivo, la Administración contactará con empresas significativas del sector privado y con la Universidad para contrastar su política de compras. Formación y especialización del personal de contratación a través de un plan de formación específica de normativa de contratación y de gestión de compras, así como de la confección de manuales de contratación.

Administrativas y de Orden Social (más conocida como *Ley de Acompañamiento*), se ha procedido a una reforma de aspectos sustantivos y, también, de ámbito de aplicación, con matizaciones o excepciones, como se verá, a la regla general (art. 1 de la LCAP, principalmente).

a) *El sistema de prohibiciones y la presunción de inocencia. Consecuencias de la nueva regulación*

El sistema de prohibiciones establecido por el artículo 20 de la LCAP trata de garantizar la condición de honorabilidad de las personas que desean contratar con las Administraciones públicas (4), si bien con la actual regulación no puede excluirse a ningún contratista por la existencia de indicios racionales de criminalidad, al entenderse que podría vulnerarse el principio de presunción de inocencia consagrado por el artículo 24 de nuestra Constitución de 1978. Debe hacerse constar, no obstante, que tal posibilidad sí había sido recogida —por un muy corto espacio de tiempo— en nuestra LCAP, por la que se procedía a la adaptación de las Directivas comunitarias de contratación de obras, servicios y suministros, cuyo artículo 20, al establecer las prohibiciones, consideraba incursas en las mismas a todas aquellas empresas acusadas o procesadas de una serie de delitos característicos de la corrupción (cohecho, tráfico de influencia, malversación de caudales públicos, etc.). Esto suponía que bastaba un mero indicio o sospecha que justificaba el inicio de un procedimiento judicial de índole penal para que la persona jurídica fuera excluida de la contratación pública. Esta medida, más allá de lo dispuesto por la normativa comunitaria, pretendía acabar con la proliferación de conductas corruptas, de gran intensidad en este campo, que habían creado un importante clima de desconfianza en la ciudadanía hacia los poderes públicos contratantes. Así, se entendía que con previsiones de este tipo se ganaba no sólo en la fiabilidad de la selección, sino que se preservaban como valores jurídicos la integridad y el interés público.

Sin embargo, como se ha dicho, esta previsión (objeto de alabanzas por los políticos en un primer momento) se mostró como excesivamente rígida dado que gran número de personas jurídicas

(4) Sobre esta cuestión me remito, por todos, a los trabajos de L. MORELL OCAÑA, «Requisitos de los contratos. Capacidad y solvencia de las empresas», en el libro dir. por GÓMEZ-FERRER MORANT, *Comentario a la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas*, ob. cit., págs. 141-155, y M. FUERTES LÓPEZ, *El contratista y el subcontratista ante las Administraciones Públicas*, Marcial Pons, Madrid, 1997, págs. 72-91.

se encontraron acusadas o procesadas (o sus administradores), sin siquiera poder aportar las pruebas exculpatorias propias de los procedimientos contradictorios, para demostrar su integridad, de tal manera que, ante la generalización de querellas y denuncias, se produjo una paralización de las compras de los poderes públicos al encontrar muy limitada su capacidad de selección por la ausencia o disminución de licitadores (la integridad jugaba en contra de la concurrencia), a la vez que desde las empresas se consideraba que tal previsión violaba los artículos 14 y 24 de nuestra Carta Magna (5). En consecuencia, la redacción del artículo 20 de la LCAP fue objeto de reforma, rápidamente, por la Ley 9/1996, de 15 de enero, *de medidas extraordinarias, excepcionales y urgentes en materia de abastecimientos hidráulicos como consecuencia de la sequía* (procedente del Real Decreto-Ley 6/1995), desapareciendo la mención de acusado o procesado, de tal manera que actualmente sólo juega la prohibición cuando existe sentencia judicial firme (6), lo que en la práctica española supone un plazo de varios años, de tal manera que de un extremo se ha pasado al otro, pudiendo, en la actualidad, contratistas en los que concurren evidentes indicios de criminalidad (incluso haber sido objeto de condena en sentencia de primera instancia) optar a la adjudicación de los contratos de los poderes públicos. Esta solución, en la práctica, deja sin efecto el fin de garantizar la integridad en la contratación con personas jurídicas, al tener éstas suficientes «herramientas» jurídicas para poder eludir, llegada la sentencia condenatoria firme, la mencionada prohibición de contratar (crear otra empresa, transformación nominal, etc.).

Quizá hubiera sido mejor apostar por una solución intermedia como la propuesta por el Consejo de Estado en su Dictamen número 1270/1993, de 2 de diciembre, de considerar eficaz la prohibición para las empresas jurídicas una vez se declara la apertura de juicio

(5) Así lo entienden R. PARADA, en su libro *Derecho Administrativo*, vol. I, Marcial Pons, Madrid, 1997, págs. 296-298; F. SOSA WAGNER, *El contrato público de suministro*, Civitas, Madrid, 1996, págs. 69-70, y L. MORELL OCAÑA, «Requisitos...», *ob. cit.*, págs. 147-148.

(6) La Ley 9/1996, de 15 de enero, de medidas extraordinarias, excepcionales y urgentes en materia de abastecimientos hidráulicos como consecuencia de la sequía (procedente del Real Decreto-Ley 6/1995). Como bien destaca F. SAINZ MORENO («Temas objeto de debate en la nueva Ley», en el libro col. dirigido por R. GÓMEZ-FERRER, *Comentario a la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas*, Civitas, Madrid, 1996, pág. 62), el procedimiento elegido para esta reforma es manifiestamente contrario a los más elementales principios de técnica normativa y contrario, por ello, a la seguridad jurídica fundamento de tales principios. Sobre la justificación y concreto alcance de la modificación pueden verse las págs. 83-88 de este mismo trabajo. También, M. FUERTES LÓPEZ, *El contratista y el subcontratista ante las Administraciones Públicas*, Marcial Pons, Madrid, 1997, págs. 73-78.

oral (que presupone la existencia de unos indicios racionales —y no meras sospechas— de criminalidad) (7). Solución que, entiendo, permite atender correctamente a los distintos intereses en juego.

b) *Los controles presupuestarios*

Uno de los objetivos expresamente pretendidos por las mencionadas reformas es conseguir un eficaz y efectivo control presupuestario del gasto público de cara a poder cumplir con los criterios de convergencia marcados por el Tratado de la Unión Europea (TUE). A tal efecto, la Ley de Disciplina Presupuestaria pretende implantar un sistema rígido de control que impida los mencionados desajustes o desviaciones presupuestarios, atendiendo al dato de que la técnica contractual es un instrumento de importancia evidente para la consecución de un óptimo empleo de los recursos de las Administraciones públicas dedicados al desenvolvimiento de la actividad económica y el incremento de la calidad de vida (8). Y esta normativa tiene incidencia —de forma indirecta o directa— en la regulación jurídica de la contratación pública que lleva a cabo la LCAP en los siguientes aspectos:

• Se efectúa una modificación del artículo 61 de la Ley General Presupuestaria (LGP) de tal manera que los contratos públicos típicos o nominados que no puedan ser estipulados o resulten antieconómicos por plazo de un año pueden tener una duración de hasta cuatro ejercicios presupuestarios, subordinando el crédito que para cada ejercicio autoricen los Presupuestos Generales. Asimismo, el gasto que en tales casos se impute no podrá superar la cantidad que resulte de aplicar al crédito inicial que se atribuye a la operación, definido, a nivel de vinculación, los siguientes porcentajes: en el inmediato siguiente el 70 por 100, en el segundo ejercicio el 60 por 100 y en los tercero y cuarto el 50 por 100.

• Por lo que se refiere a los contratos de obras que se ejecuten bajo modalidad de abono total del precio (art. 100.2 LCAP), la LDP permite la modificación por el Gobierno, a propuesta del Ministerio de Economía y Hacienda (previo Informe de la Dirección General de

(7) Así lo he defendido en el Informe dirigido por el T.M.C. Asser Instituut titulado *Prevention of and administrative action against organised crime* (presentado por encargo del Ministerio de Interior de Holanda a la Conferencia de la Unión Europea sobre prevención de la delincuencia), Noordwisk, mayo de 1997, en especial pág. 59.

(8) Vid. ARIÑO ORTIZ, *La reforma de la Ley de Contratos del Estado*, Unión Editorial, Madrid, 1984, pág. 11.

Presupuestos), tanto del número de anualidades como de los importes. Anualidades que, como dispone el RD 104/1997, de 16 de mayo, por el que se regula el régimen jurídico, presupuestario y financiero del contrato administrativo de obra bajo modalidad de abono total del precio, no podrán ser superiores a diez, contabilizándose dichos compromisos de forma adecuada e independiente.

- Se da nueva redacción al artículo 73 de la LCAP, en relación a las obras de emergencia, obligando a que se acompañe la oportuna retención de crédito o documentación que justifique la iniciación del expediente de modificación de crédito, dando cuenta, en el caso de la Administración General del Estado, al Consejo de Ministros en un plazo de treinta días.
- Se reforma la dicción del artículo 146.4 de la LCAP, de tal manera que en los modificados de obra, si la misma exigiera la suspensión temporal del contrato y ello causara perjuicios al interés público, se podrá exigir que continúe provisionalmente según la propuesta que elabore la dirección facultativa, implicando dicha continuación la autorización del gasto.

A su vez, dos días después, con la *Ley de Acompañamiento* (art. 135) se añade una nueva reforma —indirecta, a través de la modificación del artículo 95.1 de la LGP— de gran trascendencia y que debe ser calificada, cuando menos, de sorprendente dado que en este clima de reajuste de los controles presupuestarios se opta por eliminar la fiscalización previa de la Intervención General en todos los contratos menores, así como en los contratos periódicos o de tracto sucesivo (9). Aquí la reforma parece ir en contra de la filosofía de la Ley de Disciplina Presupuestaria, desconociendo, una vez más, la heterogeneidad de las Administraciones públicas en España (muy especialmente en lo relativo a la Administración local). Y es que cinco millones de pesetas en los contratos menores de obras y dos millones en los contratos de suministro y de servicios, asistencia técnica y consultoría, son cuantías que aconsejarían el mantenimiento de la intervención previa de gasto —sin perjuicio de conservar los otros tipos de intervención—, máxime si en las Entidades locales, así como en otros órganos de contratación, cuantías de ese tipo suponen un importante porcentaje de los presupuestos. Se ha eliminado así, quizá de forma poco meditada y bajo la

(9) Modificación que había sido reclamada por algún autor en base al principio de eficacia. Vid. L. CAYUELA SEBASTIÁN, *Los contratos de las Administraciones públicas*, CEF, Madrid, 1995, págs. 267-268. Opción por la que también están optando las Comunidades Autónomas, como se comprueba, por ejemplo, en la Ley canaria 5/1996, de 27 de diciembre, de Presupuestos Generales, en cuyo artículo 44 se establece que los contratos menores no están sujetos a fiscalización previa.

justificación de una mayor agilidad, un control de legalidad importante que podría evitar el fraude mediante fragmentación del objeto del contrato, posibilidad que, en lo relativo al contrato de suministro, parece «incentivarse» con esta regulación (10).

c) *Nuevas modalidades de contratación: especialidades en la concesión de obras públicas hidráulicas y relativas a infraestructuras*

La *Ley de Acompañamiento* realiza en este punto especiales innovaciones, dirigidas, principalmente, a favorecer la participación de la iniciativa privada en las grandes obras o infraestructuras de interés público que, por los rigores presupuestarios, pueden verse condicionadas a su efectiva puesta en práctica. Se opta, pues, como novedades por regular una nueva modalidad del pago en los contratos públicos de obras, así como por regular las especialidades de los contratos de concesión de obra pública más característicos, como son los relativos a infraestructuras y los de obras hidráulicas (11).

1. *Nuevas fórmulas de financiación de los contratos públicos de obras.*

El artículo 147 de la *Ley de Acompañamiento* presenta como destacada novedad la creación de una nueva modalidad de contrato público —si bien no se incorpora al articulado de la LCAP, si bien considera a ésta supletoria—, al establecer la definición y régimen jurídico del contrato de obra bajo modalidad de abono total del precio, decidiendo que no será exigible la certificación de exis-

(10) Y téngase presente el volumen de contratos menores que celebran las Administraciones públicas, con la potenciación del mismo efectuada por la Ley, tal y como, por cierto, se declara como objetivo en la Exposición de Motivos de la LCAP —apartado 2.6—. Sobre esta idea puede verse el Informe de la Junta Consultiva de Contratación, 40/1995, de 7 de marzo de 1996.

(11) Sobre los distintos tipos de contratos de concesión de obras públicas es de obligada consulta el trabajo del profesor T. R. FERNÁNDEZ, *Las obras públicas*, núms. 100-102 de esta REVISTA, 1983, págs. 2427-2469, especialmente págs. 2461 y ss. Asimismo, sobre el alcance de las reformas que se analizan en este trabajo puede verse el reciente estudio de EMBID IRUJO (con especial atención a la cuestión hidráulica), *Público y privado en la construcción, explotación y mantenimiento de obras hidráulicas*, núm. 143 de esta REVISTA, 1997, págs. 39-74.

Sobre la experiencia de esta modalidad contractual en Derecho comparado puede consultarse el trabajo de RUIZ OJEDA, *El Eurotúnel. La provisión y financiación de infraestructuras públicas en régimen de concesión*, en el núm. 132 de esta REVISTA, 1993, págs. 469-529.

tencia de crédito ni serán de aplicación los artículos 63.1.*c)* y 70.4 de la LCAP. A los efectos de adjudicación, a través de procedimiento abierto o restringido (nunca negociado), y mediante concurso, se atenderá, además del coste real de la obra terminada, a los costes de financiación. El Gobierno o la Comunidad Autónoma podrán acordar la financiación de todo o parte del importe mediante cobro de peaje o tasa por uso de infraestructura. En cualquier caso, la aplicación de esta modalidad contractual quedaba pendiente o condicionada al desarrollo reglamentario en el que se determinarían los supuestos tasados en que sería de aplicación atendiendo a la naturaleza del contrato y a la cuantía del mismo. Desarrollo que ha tenido lugar mediante el citado RD 704/1997, de 16 de mayo (12), estableciendo, sucintantemente, el siguiente régimen jurídico (13).

Esta modalidad contractual, de carácter excepcional, será de aplicación a los contratos de obras que tengan por objeto la construcción de infraestructuras de carreteras, ferroviarias, hidráulicas, en la costa y medioambientales (excluyendo los contratos de obras de reforma, reparación, conservación o mantenimiento y demolición de infraestructuras) que superen determinados umbrales económicos: cuatro mil millones de pesetas en las carreteras, tres mil millones en las infraestructuras ferroviarias e hidráulicas y mil millones en las infraestructuras costeras y medioambientales. En cualquier caso, y como límite, el importe total contratado no podrá superar el 30 por 100 de los créditos iniciales dotados en el capítulo 6 del estado de gastos de la correspondiente sección presupuestaria (14).

Con carácter previo (siempre antes del 1 de junio del año anterior al contrato), se exige que los Departamentos ministeriales u organismos públicos que pretendan utilizar esta fórmula aprueben un programa de obras de contratos bajo modalidad de abono total del precio que se remitirá a la Secretaría de Estado de Presupuestos y Gastos del Ministerio de Economía y Hacienda, y en que se acompañarán los siguientes documentos: justificación, por razones de interés público y

(12) Aplicable también, en virtud de la Disposición Adicional Primera de este Reglamento, a los contratos de suministro, modalidad de fabricación, que celebre el Ministerio de Defensa, siempre que su importe sea superior a 25.000 millones de pesetas y se refieran a la adquisición de buques de guerra, medios acorazados y aeronaves, como consecuencia de programas para la modernización de las Fuerzas Armadas.

(13) Régimen jurídico no aplicable para las Entidades Locales hasta que, en el plazo de un año, el Gobierno elabore un Real Decreto en el que se regulen los supuestos y requisitos para la utilización de este tipo de contrato (Disposición Final Tercera del RD 704/97).

(14) Este límite puede ser modificado por el Gobierno (en su caso el Gobierno autonómico) con carácter singular sólo en supuestos especialmente justificados a petición del correspondiente Departamento ministerial y previos los informes que se estimen oportunos y, en todo caso, el de la Dirección General de Presupuestos.

de insuficiencia de recursos, de utilizar este contrato; informe sobre rentabilidad económica y social de la obra; pliego de cláusulas administrativas particulares de cada una de las obras (que deberán incluir necesariamente y de forma separada el precio, las condiciones específicas de financiación que hagan posible determinar el precio final a pagar, el plazo de garantías, nunca inferior a tres años, así como la posibilidad de fraccionamiento del pago); informe valorado sobre las condiciones de refinanciación, en el caso que se pacte aplazamiento del pago. La Secretaría de Estado, analizada la documentación y atendiendo al nivel de compromiso que pueda significar para ejercicios futuros, propondrá al Ministro de Economía y Hacienda la elevación para aprobación al Gobierno del importe máximo de contratación de abono total del precio para cada ejercicio presupuestario, con especificación del contrato que comprenda.

El pago del precio (que podrá fraccionarse hasta en diez anualidades) se efectuará una vez se haya recibido la obra y el contratista haya realizado, de acuerdo con los términos del contrato y a satisfacción de la Administración, la totalidad del objeto.

2. *Regulaciones específicas de los contratos de obra pública.*

Sin duda, dentro de la batería de medidas adoptadas por la *Ley de Acompañamiento,* la regulación que presenta mayor peso parece ser la autorización de gestión directa de construcción y/o explotación de carreteras públicas (previsión que también se extiende a las obras hidráulicas realizadas por empresas públicas) a la que se refiere el artículo 158 de la misma Ley (15). Al efecto, se prevé que el Gobierno pueda crear sociedades estatales del artículo 6.1.*a)* LGP, suscribiendo un convenio de colaboración en el que conste, como mínimo, el

(15) Llamativa resulta también la modificación de la Ley de Autopistas de 1972, dejando como supletoria la Ley de Contratos del Estado *(sic)* —obviamente, se trata ahora de la LCAP—, manteniendo como requisito (art. 8.2) la necesidad de constituir empresa de nacionalidad española *(sic)*. Estamos ante una muestra más de la imprecisión de nuestro legislador dado que, por exigencia del TUE, se debe hablar de empresa con ciudadanía de la Unión Europea, pues supondría una vulneración del principio de no discriminación por motivo de nacionalidad. Este principio encuentra su fundamento en el artículo 6 TCE y otros concordantes y ha sido configurado y garantizado de forma muy satisfactoria por el TJCE. Sobre la cuestión de la no discriminación por motivos de nacionalidad pueden consultarse los trabajos de F. SCHOCKWEILER, *La portée du principe de non discrimination de l'article 7 du traité CEE,* «Rivista di Diritto Europeo», núm. 1, 1991, págs. 3 y ss., y J. P. COLIN, *Principe de non discrimination et protection de la concurrence en droit international et droit communautaire,* «RMC», núm. 364, 1993, págs. 36 y ss. Asimismo, sobre la concreta aplicación de este principio en el sector de la contratación pública puede consultarse L. SANFILIPPO, *Divieto de discriminazione e appalti pubblici di forniture,* «Rivista di Diritto comunitario e degli scambi internazionali», 1989, págs. 419 y ss.

régimen de construcción y/o explotación; potestades de la Administración General del Estado, así como las aportaciones económicas de ésta y garantías en favor de las entidades que realicen la financiación. Los contratos que realicen estas sociedades quedan sometidos a la LCAP en lo relativo a la capacidad, publicidad, procedimiento de licitación y formas de adjudicación, correspondiendo a la jurisdicción contencioso-administrativa (16).

Se opta, pues, por un régimen que entiende que los contratos que realizan estas sociedades (se trata de entidades comprendidas en el ámbito de aplicación del art. 1 de la LCAP y no de la Disposición Adicional Sexta, dado que realizan funciones públicas) son siempres civiles y no administrativos, de tal manera que, conforme a la teoría de los actos separables, sus fases de preparación y adjudicación se regularán por el Derecho Administrativo y los efectos y extinción por el Derecho Civil (17). Regulación que plantea el interrogante de si no supone una «excepción» al régimen diseñado en la LCAP, del que se deduce que los contratos de concesión de obra pública (como modali-

(16) Ello es así porque el procedimiento de selección y adjudicación es elemento esencial, entendiéndose el acto de adjudicación como acto final del mismo, lo que supone que el hecho de que el contrato se haya llegado a perfeccionar no ha de alterar para nada el planteamiento procesal: será competente la jurisdicción contencioso-administrativa, y estarán legitimados todos los interesados. Sobre el régimen jurídico aplicable a estas sociedades puede verse el estudio de EMBID IRUJO (*Público y privado...*, ob. cit., págs. 59-62), quien entiende de aplicación a las mismas lo dispuesto en la Disposición Adicional Sexta. Criterio que, sin embargo, no comparto dado que estas sociedades, por su finalidad, encajan en el concepto de Ente de Derecho Público al que se refieren las Directivas comunitarias de contratación pública y, desde esta perspectiva, el artículo 1.3 de la LCAP (vid. al respecto, con mayor detalle, el epígrafe III de este estudio).

(17) El principio fundamental de esta tesis —ya formulada en 1963 por BOQUERA OLIVER— es, por tanto, que aunque el contrato se haya perfeccionado y, por tanto, tenga existencia propia (con naturaleza administrativa o privada), los actos de procedimiento que lo preceden no pierden su individualidad, no desaparecen jurídicamente a efectos de su posible impugnación. *La selección de contratistas*, IEP, Madrid, 1963. Un interesante resumen a este planteamiento es el formulado por DE SOLAS RAFECAS, *Contratos administrativos y contratos privados de la Administración*, Tecnos, Madrid, 1990, págs. 234 y ss. El reconocimiento expreso de la teoría de los actos separables se efectúa en el artículo 14 RCE, que dispone lo siguiente: «La jurisdicción civil será la competente para resolver las controversias que surjan entre las partes en los contratos cuyos efectos estén sometidos al Derecho privado. No obstante, se consideran actos jurídicos separables los que se dicten en relación con la preparación, competencia y adjudicación del contrato, y, en consecuencia, podrán ser impugnados ante la Jurisdicción contencioso-administrativa. Los actos administrativos separables podrán también ser anulados de oficio, conforme a la Ley de Procedimiento Administrativo. La anulación de tales actos llevará consigo la del contrato, que entrará en fase de liquidación sin necesidad de plantear proceso ante la Jurisdicción civil.» Como es bien sabido, la consecuencia principal de la calificación de un contrato como administrativo es que es el Derecho Administrativo el llamado a regularlo. Este, tras la reforma de 1973, ha de considerarse como un «verdadero derecho objetivo autónomo», al sustituirse en materia de supletoriedad el tradicional criterio de la aplicabilidad de las normas administrativas sólo como excepción a la normativa de Derecho común, por el principio de autointegración del propio ordenamiento administrativo. Vid., por todos, BETANCOR RODRÍGUEZ, en libro col. dirigido por SANTAMARÍA y PAREJO, *Derecho Administrativo. La jurisprudencia del Tribunal Supremo*, Ceura, Madrid, 1989, pág. 406.

dad de contrato de obra) tienen naturaleza de contrato adminitrativo típico (18), si bien el profesor GÓMEZ-FERRER MORANT entiende que estos contratos de concesión de obra pública, híbridos entre el contrato de obra y el contrato de gestión de servicios públicos, son siempre contratos civiles (19). Este último criterio es el que parece haber prevalecido, pese a la literalidad y ubicación sistemática de esta modalidad contractual, que implica la aplicación de normas civiles a los efectos y causas de extinción del contrato, estando la Administración en una posición jurídica de igualdad. Régimen que supone, por tanto, la renuncia a las potestades administrativas inherentes a los contratos administrativos y que implica un desplazamiento de la causa del contrato, ya que, como bien afirma DE SOLAS RAFECAS, con independencia de que para los actos preparatorios y respecto de «la voluntad contractual de la Administración» el interés general constituya su causa, una vez perfeccionado este contrato el interés general no trasciende al contenido del contrato (20), mientras que cuando el contrato es administrativo el interés general afecta radicalmente a la reglamentación del mismo (21).

Nuestra opinión es que los contratos de concesión de obra pública, en cualquier caso, revisten un especial interés público (22), y que se pueden enmarcar tanto en el «amplio sentido del giro o tráfico es-

(18) Se trataría, como pone de relieve, entre otros, F. MESTRE DELGADO («El contrato de obras. Disposiciones generales», en el libro dirigido por B. PENDÁS, *Derecho de los contratos públicos*, Praxis, Barcelona, 1995, págs. 651-662) de una modalidad de contrato de obra derivada de la influencia del Derecho europeo (merced a su incorporación a las Directivas comunitarias). Opinión que también sostienen P. TESO GAMELLA, «Los contratos administrativos de obras, suministros y gestión de servicios públicos», en el libro col. coordinado por J. L. GIL IBÁÑEZ, *Contratación administrativa*, CGPJ, Madrid, 1995, págs. 113-114; A. RUIZ OJEDA y J. GARCÍA BERNALDO DE QUIRÓS, *Comentarios...*, ob. cit., págs. 550-553.

(19) R. GÓMEZ-FERRER MORANT, «El contrato de obras. La concesión de obra pública como contrato», en el libro col. que él dirige, *Comentario a la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas*, Civitas, Madrid, 1996, págs. 626-646.

(20) Queda relegado, por ello, a lo que la doctrina civilista sobre la causa denomina «motivos» del contrato. DE SOLAS RAFECAS, *Contratos administrativos y contratos privados de la Administración*, Tecnos, Madrid, 1990, pág. 24.

(21) Y ello, desde un punto de vista técnico, como viene reiterando nuestro Tribunal Supremo desde los años sesenta, hay que considerarlo como una incorporación de la causa al contrato, del tal manera que el interés general se convierte en motivo causalizado. Así se expresa la jurisprudencia del Tribunal Supremo, que considera a un contrato público como administrativo «en función de la presencia en la causa del contrato de un fin público como elemento esencial del mismo» (STS 19 de mayo de 1986, Ar. 3074).

(22) En la legislación anterior ya se admitía esta figura por la jurisprudencia, configurándola, sobre la base de los artículos 68.1 LCE y 211.1 RCE de 1975, como contrato mixto de obras y gestión de servicios públicos. Al efecto puede consultarse el trabajo de LÓPEZ RAMÓN, *Las dificultades de una legislación básica sobre concesiones administrativas*, «REALA», núm. 243, 1989, págs. 584-590; y la jurisprudencia recogida en A. RUIZ OJEDA y J. GARCÍA BERNALDO DE QUIRÓS, *Comentarios...*, ob. cit., págs. 558-562. Naturaleza de contrato mixto, pero administrativo, para la actual regulación que defiende R. SÁNCHEZ MARÍN, en el libro col. *Comentario a la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas*, Cedecs, Barcelona, 1995, pág. 115.

pecífico del órgano administrativo que celebre el contrato o de la actividad concreta que dicho órgano desarrolle en el ámbito de su expresa competencia funcional», como conectados con la característica esencial de su directa vinculación al desenvolvimiento de un servicio público o de una especial tutela del interés público, de lo que se deducirá, tal y como sostiene la jurisprudencia, su naturaleza de contrato administrativo especial (23). En consecuencia, al margen del criterio utilizado, el contrato de concesión de obras de carreteras, como el de obra hidráulica, debe tener la consideración de contrato administrativo —típico o especial, como se prefiera—, siendo de aplicación a su régimen jurídico el Derecho Administrativo, siendo por tanto la regulación que al efecto establece la *Ley de Acompañamiento* una fuga no justificada ni justificable del mismo.

Por otra parte, el artículo 173 de la *Ley de Acompañamiento* establece *ex novo*, en los términos anteriores, el régimen jurídico del contrato de concesión de construcción y explotación de obras hidráulicas, determinando que tendrá carácter supletorio la LCAP. Este contrato, que introduce como variante frente al anterior el hecho de que el contratista pueda ser una empresa privada, presenta como salvedades más destacadas frente a las condiciones básicas de la LCAP las siguientes (24):

— el plazo de explotación no puede superar los setenta y cinco años (plazo que coincide con el dispuesto en los arts. 158 LCAP y 57.4 LAg.);
— puede imponerse por la Administración al concesionario que ceda al menos un 30 por 100 del valor total de la obra;
— se exceptúa la aplicación de los artículos 11.*e)*, 63.*c)* y 70.4 de la LCAP, exigiendo certificación de compromiso de crédito para ejercicios futuros e informe del Ministerio de Economía y Hacienda sobre los aspectos financieros y presupuestarios del contrato;
— se permite, de conformidad a lo dispuesto por el artículo 14.3 de la LCAP, el pago aplazado cuando hay compensación

(23) Entre otras, las SSTS de 19 de mayo de 1986 (Ar.3074), 21 de diciembre de 1993 (Ar. 9839) y 14 de marzo de 1996 (Ar. 5867); y la STS de 10 de febrero de 1997 (Ar. 1867).

(24) El régimen económico-financiero, a desarrollar por Reglamento, es similar al del contrato de gestión de servicios públicos, correspondiendo a la Administración fijar las *tarifas de explotación* (atendiendo a los gastos de funcionamiento, conservación y explotación, así como a la recuperación de la inversión y del coste de capital), velando por el mantenimiento del equilibrio financiero. Por último, debe destacarse que la obtención de este tipo de contrato se considera título habilitante suficiente para proceder a ocupar y usar privativamente los bienes de dominio público necesarios a la par que reconoce el beneficio de la expropiación forzosa. Sobre la concreta problemática de este tipo de contratos, vid. A. EMBID IRUJO, *Público y privado...*, ob. cit., págs. 47-58.

por parte de la Administración de parte de la obra pública prevista.

Se observará que estas modalidades contractuales no son sino contratos de concesión de obra pública, a los que el legislador les exceptúa del régimen general. Excepción que, si bien pudiera parecer correcta desde una perspectiva jurídica exclusivamente nacional, debe ser matizada en los supuestos en que es de aplicación el ordenamiento comunitario.

d) *Sobre los criterios de adjudicación: las bajas temerarias*

Por otra parte, la reforma que efectúa el artículo 149 de la *Ley de Acompañamiento* viene a corregir una de las más destacadas injusticias de la LCAP, relativa al tratamiento de la adjudicación por subasta en los supuestos de ofertas temerarias o anormalmente bajas. La subasta, como criterio de selección, supone elegir la oferta económicamente más ventajosa (o sea, la más baja) con la única excepción en el caso de bajas temerarias o desproporcionadas al objeto del contrato (25), que deberán determinarse atendiendo a los criterios que se fijen reglamentariamente y no podrán tener exclusivamante contenido matemático —Sentencias del TJUE de 22 de junio de 1989 y 18 de julio de 1991 (26)—. Es cierto que la Ley opta por un criterio aritmético, si bien, de conformidad a la STJUE de 10 de febrero de 1982 (y así lo ha exigido, por ejemplo, la STS de 10 de julio de 1996, Ar. 6138), se abre un período de alegaciones para todos los licitadores tras el cual, y previo informe de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa (cuando las circunstancias así lo aconsejen) y asesoramiento técnico del servicio correspondiente, se decide la existencia o inexistencia de baja temeraria optando por excluir o por adjudicar el contrato, respectivamente. Si hasta aquí todo es correcto, lo sorprendente es la penalización a que se ve sometido el adjudicatario que incurrió en presunción de temeridad dado que la garantía definitiva que se le exige, frente a la regla general del 4 por 100, es

(25) En relación a la finalidad de esta técnica, es especialmente interesante el comentario de A. RUIZ OJEDA y J. GARCÍA BERNALDO DE QUIRÓS, *Comentarios...*, ob. cit., págs. 327-332.

(26) Esta figura de la baja temeraria u oferta anormalmente baja se fundamenta en los principios de igualdad de condiciones de los licitadores concurrentes y de eficacia o buena administración. Vid. FERNÁNDEZ MARTÍNEZ y PELLICER ZAMORA, *Las ofertas anormalmente bajas en la contratación pública. Comentario a la sentencia de 22 de junio de 1989, As. 103/88, Fratelli Constanzo/Comune di Milano*, «Gaceta Jurídica de la CEE», Boletín núm. 78, 1990, págs. 4-5.

del cien por cien, obligación a la que, en muchos casos, no podrá hacer frente, de tal manera que, paradójicamente, la mejor oferta para la Administración no se hace efectiva, quebrando el principio de libre competencia y resintiéndose el interés público (27). Situación que no ha corregido totalmente la *Ley de Acompañamiento* pues se limita a indicar, como no podía ser de otra manera, que una vez practicada la recepción de la obra o aprobada la liquidación del contrato, la garantía a la que se refiere el artículo 111.3 de la LCAP una vez cumplido el objeto del contrato (que no podrá ser inferior a un año, como indica el art. 147.3 de la Ley, para los contratos de obra) se rebaje del cien por cien a la regla general del 4 por 100, dado que la finalidad que *justifica* la inicial cuantía de garantía definitiva del cien por cien del valor del contrato ha sido cumplida.

II. CRÍTICA DE LAS REFORMAS DESDE LA PERSPECTIVA FORMAL

Estas modificaciones, de gran calado sustantivo, plantean, no obstante, importantes problemas de índole formal que obligan a un examen crítico de la técnica utilizada y las consecuencias que de ello se derivan. Y es que gran parte de estas reformas del contenido normativo de la LCAP implican una vulneración de principios comunitarios y constitucionales en materia de contratación pública, así como una quiebra de la técnica legislativa y del principio de seguridad jurídica. Entiendo, pues, que desde una perspectiva estrictamente formal, las modificaciones efectuadas exigen un detallado examen de sus condiciones o requisitos técnico-formales a fin de determinar la validez del alcance de las reformas. Examen del que se desprende, por su inadecuación al sistema de fuentes, el juicio de inconstitucionalidad de algunos de los preceptos reformados en base a lo que a continuación se expondrá. A su vez (y este dato debe ser tenido muy en cuenta), en la medida en que con estas Leyes se vacían de contenido preceptos resultado de la trasposición de las Directivas comunitarias, sería de aplicación la jurisprudencia contenida en el Auto del TJUE de 22 de abril de 1994, en el que se afirma que el incumplimiento del contenido de una Directiva aplicable a un contrato público constituye un perjuicio grave para la legalidad comunitaria, de tal

(27) Esta previsión es considerada un exceso por F. VELÁZQUEZ CURBELO, tanto por lo desproporcionadamente gravoso como, y quizá este dato sea el más relevante, porque si, en virtud de informes objetivos, se ha considerado que no existe temeridad en la proposición formulada, debería desaparecer la presunción de temeridad. *Manual práctico de la contratación administrativa*, Marcial Pons, Madrid, 1997, pág. 76. Vid. también A. RUIZ OJEDA y J. GARCÍA BERNALDO DE QUIRÓS, *Comentarios...*, ob. cit., pág. 331.

manera que en el mismo se reconoce a la Comisión, en su condición de guardiana de los Tratados, la posibilidad de incoar un procedimiento sobre medidas provisionales paralelamente a un recurso por incumplimiento vinculado a un procedimiento impugnado de adjudicación de un contrato público. Asimismo, quedará abierta la vía de la responsabilidad patrimonial del Reino de España por incumplimiento del Derecho comunitario, tal y como han puesto de relieve las recientes sentencias del TJUE de 19 de enero de 1991 *(Francovich)*, 16 de diciembre de 1993 *(Wagner Miret)*, 14 de julio de 1994 *(Faccini Dori)* y 7 de marzo de 1996 *(El Corte inglés c. Cristina Blázquez)*. Según esta jurisprudencia, el Estado incumplidor deberá resarcir a todos aquellos perjudicados por el incumplimiento en la adaptación del Derecho comunitario, siempre y cuando exista, claro está, nexo causal entre dicho perjuicio y la no trasposición de las normas comunitarias (28). Jurisprudencia consolidada por las SST-JUE de 5 de marzo *(Brasserie du Pecheur-Factortame)* y de 26 de marzo *(British Telecom)* de 1996, que han ido más lejos reconociendo que el Estado puede ser responsable de los perjuicios (entre los que se encuentra el lucro cesante) que se ocasionen por una infracción del Derecho comunitario (que la *Ley de Acompañamiento* para 1997 *provoca* ya en varios supuestos). Finalmente, deberá tenerse en cuenta el posible efecto directo (vertical) por trasposición incorrecta, tal y como viene reiterando la jurisprudencia del TJUE (recientemente, entre otras, Sentencias de 23 de febrero y 3 de marzo de 1994, y de 11 de agosto de 1995), de las Directivas comunitarias incumplidas si sus preceptos, por su naturaleza, son susceptibles de generar dicho efecto (29). Criterio por lo demás ya consolidado por la jurispruden-

(28) De la misma y su concreto contenido y significado da perfecta cuenta COBREROS MENDAZONA, en su reciente monografía *Incumplimiento del Derecho comunitario y responsabilidad del Estado*, Civitas, Madrid, 1994. Sobre estas mismas sentencias y las posteriores, entre los trabajos más recientes puede consultarse a J. M. ARIAS RODRÍGUEZ y S. CORROCHANO JEREZ, *Reflexiones sobre la sentencia del Tribunal Constitucional 45/1996, de 25 de marzo, y la incidencia del Derecho comunitario*, «Poder Judicial», núms. 41-42, 1996, págs. 510-522. Más reciente, resulta de especial interés el libro de R. ALONSO GARCIA, *La responsabilidad de los Estados miembros por infracciones del Derecho comunitario*, Civitas, Madrid, 1997.

(29) Por todos, en relación a esta jurisprudencia del TJUE, pueden consultarse R. ALONSO GARCÍA, *Derecho comunitario. Sistema Constitucional y Administrativo de la Comunidad Europea*, Ceura, Madrid, 1994, págs. 267-275; S. MUÑOZ MACHADO, *El Estado, el Derecho interno y la Comunidad Europea*, Civitas, Madrid, 1986, págs. 133-137; LEZERTUA RODRÍGUEZ, *La doctrina jurisprudencial sobre el efecto directo de las directivas comunitarias*, «RVAP», núm. 11, 1985, págs. 275 y ss.; JIMÉNEZ-BLANCO CARRILLO DE ALBORNOZ, *El efecto directo de las directivas de la Comunidad Europea*, núm. 109 de esta REVISTA, 1986, págs. 119 y ss., y TRAYTER JIMÉNEZ, *El efecto directo de las directivas comunitarias: el papel de la Administración y los jueces en su aplicación*, núm. 125 de esta REVISTA, 1991, págs. 227 y ss. En concreto, para la contratación pública se puede consultar A. COLABIANCHI, *Direttive comunitarie sugli applati: efficacia diretta per la pubblica amministrazione*, «Giurisprudenza Civile», 1990, vol. I, pág. 8.

cia del TJUE, cuyas sentencias *Beentjes*, de 20 de septiembre de 1988, y *Fratelli*, de 22 de junio de 1989 (relativas en este caso a contratos públicos), reconocen el efecto directo por no trasposición en plazo de Directivas comunitarias «en cuanto a las disposiciones incondicionales y suficientemente precisas de las Directivas, siendo responsabilidad de los Estados miembros el incumplimiento de este deber de adaptación» (STJUE 19 de noviembre de 1991). Así se deriva, por cierto, del principio comunitario de deber de cooperación leal, en virtud del cual no valen las simples prácticas administrativas, por naturaleza modificables discrecionalmente, para entender que una Directiva haya sido directamente ejecutada (30).

a) *Los principios constitucionales comunitarios y constitucionales en la contratación pública y su incidencia en el procedimiento normativo: la Ley de Contratos como cabecera de grupo normativo*

En primer lugar, en relación al Derecho de la Unión Europea, los principios fundamentales y más característicos de la actual normativa sobre contratación pública son los siguientes: respeto a las libertades comunitarias y consecución del objetivo de un mercado interior único; aplicación de criterios objetivos de participación y de adjudicación de los contratos que aseguren la concurrencia; garantía de transparencia en los procedimientos de adjudicación, que tiene por finalidad evitar el «secretismo» en la contratación; y respeto efectivo a través de sistema de garantías eficaz que permita el control sobre el cumplimiento de la política comunitaria de contratación pública a nivel nacional y comunitario (31). Por otra parte, en

(30) Este principio aparece aplicado en la sentencia *Factortame*, de 19 de julio de 1990, deduciéndolo del artículo 5 TCE, estableciendo la obligación de los jueces de intervenir, incluso inaplicando leyes, para depurar el ordenamiento interno y conseguir una aplicación exacta e inmediata del Derecho comunitario. Vid. GARCÍA DE ENTERRÍA, *La sentencia Factortame del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas*, «REDA», núm. 67, 1990, págs. 401 y ss. Verticalidad del efecto directo que, creo, en nada se ve cuestionada en los casos de que el ente contratante fuera una empresa privada «tutelada» o «influenciada» por un poder público, pues dicha presencia pública (aun indirecta), desde una comprensión leal del ordenamiento jurídico comunitario, implicaría que, más que en presencia de una relación *inter privatos*, nos encontramos en presencia de una relación jurídico-pública en su esencia (desde una perspectiva funcional, claro está). Se trataría, en definitiva, de interpretar el Derecho nacional de conformidad con la finalidad de la Directiva no incorporada, tal y como ya propusiera la STJUE de 10 de abril de 1984, en la que se negó la imposibilidad del efecto directo horizontal.

(31) Sobre esta cuestión me remito a mi monografía *El Control de la contratación pública*, Civitas, Madrid, 1995, págs. 46-57. Asimismo, sobre el concreto papel del TJUE en la articulación de un eficaz derecho de la contratación pública puede verse el trabajo de N. MICHEL, *La jurisprudence de la Cour de Justice sur les marchés publics: instrument essentiel pour leur ouverture à la concurrence*, «RMUE», núm. 3, 1994, págs. 135 y ss.

nuestro marco constitucional, debe recordarse que el interés general aparece como la causa de todos los contratos públicos (32) —porque es la única finalidad que, por imperativo constitucional (art. 103 CE) y legal (arts. 3 LAP y 4 LCAP), puede perseguir legítimamente la Administración (33)—. Así, pues, toda la contratación pública, revestida de un interés general que la justifique, deberá necesariamente asegurar la objetividad y concurrencia en la adjudicación a través de una adecuada publicidad y la utilización de criterios previamente conocidos en los que se estipulen las condiciones necesarias (nunca con efectos discriminatorios) sobre las que el órgano competente apoyará su decisión, al presentarse estos principios como manifestación concreta del principio de interés general (34). Y su fiscalización, administrativa o jurisdiccional, deberá atender, muy especialmente, a estos requisitos.

Estos principios se presentan con un *núcleo duro* que limita la capacidad legislativa de tal manera que gran parte de las reformas lega-

(32) La función de la causa en los contratos es, como indica DE SOLAS RAFECAS: 1) requisito para la existencia y validez del contrato (arts. 1261 y 1275-76 CC). 2) dependiendo de licitud o ilicitud el contrato será válido o anulable (art. 1275 CC). 3) la causa del contrato determina su tipicidad o atipicidad. *Contratos administrativos y contratos privados de la Administración*, ob. cit., pág. 26.

(33) Así sucede también, por ejemplo, en el Derecho de la contratación pública en Italia, dado que, como afirman A. BUSCENA y S. BUSCENA, la actividad contractual de las Administraciones públicas debe considerarse instrumento para la consecución de un fin público, fines que permanecen también en cuanto la actividad del ente público es de naturaleza privada: «Ha sido afirmado (por la jurisprudencia) que los fines de los contratos de Derecho Privado de las Administraciones públicas tienen siempre un fin de interés público». «I contratti della Pubblica Amministrazione», en *Trattato di Diritto Amministrativo*, vol. VII (Dir. G. SANTIANELLO), Cedam, Padova, 1987, pág. 15.

(34) La objetividad se concreta o garantiza expresamente en esta modalidad de actuacion administrativa a través de cauces jurídicos que aseguren la existencia efectiva de concurrencia entre los distintos agentes económicos, dado que el objetivo principal de la normativa vigente sobre contratación pública (LCAP) es, en palabras de los profesores GARCÍA DE ENTERRÍA y T. R. FERNÁNDEZ (*Curso de Derecho Administrativo*, Civitas, Madrid, 1993, págs. 677-679), asegurar la libertad de concurrencia, que no es sino una aplicación particularizada del principio de igualdad ante la Ley, y que tiene su expresión en la publicidad de la contratación y en los distintos sistemas de selección de contratistas. Libertad de concurrencia que, configurada como uno de los principios tradicionales de la contratación que realizan los entes públicos, persigue un doble objetivo: *a)* proteger los intereses económicos de la Administración suscitando en cada caso la máxima competencia posible; *b)* garantizar la igualdad de acceso a la contratación con la Administración, siendo presupuestos necesarios para conseguirlo la publicidad y la transparencia en la contratación (consagrado en el art. 11 LCAP). Por estos motivos, ARIÑO ORTIZ ha defendido la conveniencia y necesidad de mantener la figura del contrato administrativo como categoría sustantiva diferenciada del contrato civil, ya que permite un mayor grado de justicia y seguridad para el ciudadano sin merma de la efectividad de un buen gobierno, que también es justicia. *La reforma de la Ley de Contratos*, Unión Editorial, Madrid, 1984, págs. 49-50. Como bien destaca PETTIBO JUAN, con carácter general, la competencia y la transparencia de las actuaciones públicas dificultan la corrupción y contribuyen a mejorar la eficiencia. Y ello, indudablemente, redunda en beneficio del interés público. *Competencia y competitividad. La importancia de la liberalización del sector servicios*, «Cuadernos Aragoneses de Economía», vol. 4, núm. 1, 1994, pág. 24.

les efectuadas tras la aprobación de la LCAP suscita un problema de prelación de normas (y también de seguridad jurídica), en la medida en que la LCAP se presenta, por su propia vocación y naturaleza, como norma cabecera en cuanto norma que da coherencia al mismo, que lo inspira e informa, de modo que es en ella donde descansan los principios generales que dan unidad al grupo normativo en cuestión, de forma que, partiendo de sus objetivos y previsiones, debe articularse el desarrollo del régimen jurídico de la contratación pública (35). La LCAP se constituye así no sólo en la primera norma de regulación, sino en auténtica cabecera del «grupo normativo» rector de éste (SSTS de 16 de diciembre de 1985 y 6 de febrero de 1986) (36). Y como norma cabecera del grupo vendría a cumplir una triple función —orientadora, preservadora y economizadora— que supondría la *resistencia* a la derogación o inaplicación cuando entra en colisión o conflicto con otras normas aunque éstas formalmente tuvieran igual rango (37).

Y el fundamento de este carácter de *norma cabecera* de la LCAP y su plusvalor normativo en el sistema formal de fuentes reside principalmente en el Derecho originario y derivado de la Unión Europea, así como en la misma Constitución española. La ineludible conexión de esta LCAP con los objetivos del TUE supone, en consecuencia, un importantísimo significado no sólo formal, sino de plasmación material y de vertebración jurídica de los criterios que sobre la contratación y sus principios inspiradores fueron establecidos en dicha norma. A su vez, se implican principios constitucionales generales como el principio de publicidad, concurrencia y objetividad como manifestación de la «neutralidad» o imparcialidad que debe presidir la actuación de las Administraciones públicas como instituciones al servicio de los intereses generales, como los más específicos de justicia y

(35) Idea del grupo normativo introducida por el profesor J. L. VILLAR PALASI en su conocido trabajo *Derecho Administrativo. Introducción y teoría de las normas*, Facultad de Derecho de la Universidad Complutense, Madrid, 1968, págs. 433-490 (una visión más sucinta se incorpora a su libro, en colaboración con J. L. VILLAR EZCURRA, *Principios de Derecho Administrativo*, tomo I, Facultad de Derecho de la Universidad Complutense, Madrid, 1982, págs. 274-282); vid. también GONZALEZ NAVARRO, *Derecho Administrativo Español*, Eunsa, Madrid, 1993, pág. 751).

(36) Así lo entiende, para la Ley de Contratos, GONZÁLEZ NAVARRO en su libro *Derecho Administrativo Español*, ob. cit., pág. 753, en nota.

(37) GONZÁLEZ NAVARRO, *Derecho Administrativo Español*, ob. cit., págs. 751-753. Se defiende, en suma, que debe realizarse una interpretación restrictiva del régimen de la norma de excepción (Ley de Acompañamiento) frente al que podríamos calificar de régimen básico. Criterio hermenéutico que también se sostiene, a propósito de la polémica sobre el significado y contenido de la planificación hidrológica, atendiendo a la Ley de Aguas como norma cabecera de este concreto sistema normativo, en el libro dirigido por J. BERMEJO VERA, *Constitución y Planificación hidrológica*, Civitas, Madrid, 1995, págs. 63-67.

eficiencia y economía en el gasto público; y el principio o la regla de libertad de empresa y libre competencia (38).

Podría decirse que existe una suerte de «código» comunitario —y constitucional— vertebrador de los principios y reglas básicos en la actividad contractual de los agentes públicos que se asienta sobre los principios de un mercado interior efectivo con pleno respeto a las libertades comunitarias, que permita un correcto y adecuado desarrollo económico-social (39). Este «código» vendría, por su prelación, a condicionar y limitar la posibilidad de actuación normativa y técnica organizativa de los poderes públicos en esta materia, presentando, en suma, un carácter indisponible (40).

Dicha legitimación constitucional y comunitaria inmediata dota de un valor sustancial, especialmente reforzado, a todos los contenidos de la LCAP, entre ellos los relativos al ámbito de aplicación, criterios de adjudicación y normas de publicidad. Por ello hay que afirmar con rotundidad que si bien la *Ley de Acompañamiento* reviste forma de Ley, ello no significa que en su calidad de tal pueda operar normalmente sobre cualquier norma anterior del mismo rango, de manera que no cabe sostener que aprovechando el rango legal de lo que es un simple mecanismo formal se pueda vaciar de contenido los principios constitucionales y comunitarios plasmados en la LCAP.

---

(38) Como afirma MORELL OCAÑA («El principio de objetividad en la actuación de la Administración pública», en *Libro homenaje al profesor GARCÍA DE ENTERRÍA*, Civitas, Madrid, 1991, pág. 149), «esta exigencia de objetividad de la Administración Pública apunta, no a la ejecución de la Ley, sino al modo como dicha ejecución debe hacerse, y que, como detalla la STS de 19 de mayo de 1988, consiste en: "la característica inherente a la función administrativa es la objetividad, como equivalente a la imparcialidad o neutralidad, de forma que cualquier actividad ha de desarrollarse en virtud de pautas estereotipadas, no en criterios subjetivos"».

(39) Sobre la incidencia del Derecho comunitario (y alcance de sus principios vertebradores) en la contratación pública en nuestra regulación nacional pueden consultarse muy especialmente los trabajos de A. MATTERA, *El mercado único europeo. Sus reglas, su funcionamiento*, Civitas, Madrid, 1991, págs. 385-387; J. A. MORENO MOLINA, *Contratos públicos: Derecho Comunitario y Derecho español*, McGraw Hill, Madrid, 1996; J. L. PIÑAR MAÑAS, «El derecho comunitario de la contratación pública. Marco de referencia de la nueva Ley», en el libro colectivo dirigido por R. GÓMEZ-FERRER, *Comentario a la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas*, Civitas, Madrid, 1996, págs. 41 y ss.; M. M. RAZQUIN LIZARRAGA, *Contratos públicos y derecho comunitario*, Aranzadi, Pamplona, 1996.

(40) Esta propuesta viene a coincidir, en la esencia, con el planteamiento de L. PAREJO ALFONSO, que alude a la existencia de una suerte de «código» constitucional sobre el medio ambiente con estas características. «Política territorial y de aguas: pluralidad de Administraciones y competencias. Ordenación racional de los recursos naturales (A propósito de la Sentencia del Tribunal Constitucional sobre la Ley de Aguas de 1985)», en Armando SALVADOR (coordinación), *Ley de Aguas: análisis de la jurisprudencia constitucional*, Instituto Nacional de Administración Pública, Madrid, 1990, págs. 136-141.

b) *La función normativa (implícita) de las Leyes de Acompañamiento (y similares)*

Otro argumento de articulación de ordenamiento jurídico que permite abundar en la conclusión que proponemos vendría por considerar que la *Ley de Acompañamiento* —como hay otras en nuestro Derecho (por ejemplo, las leyes de Presupuestos) (41)— tiene una función y alcance concretizados, inservibles para otro uso que aquel al que están destinadas, pudiendo afirmarse que este tipo de leyes están claramente subordinadas a las que les sirven de auténtica cobertura y que, además, no pueden extralimitarse respecto de la técnica material de contenido legal contenida de forma implícita en nuestra Carta Magna. Esto podría significar que, al igual que sucede con las denominadas leyes-medida, habría que insistir que, frente a la posibilidad derogatoria de todas las leyes con el mismo rango (en este caso, ley ordinaria), la *Ley de Acompañamiento* no podría, por sí, modificar el derecho material existente, que, en relación con la misma, por su función, jugaría como auténtico límite. Esto significa —y sigo el planteamiento del profesor S. MARTÍN-RETORTILLO en relación a las leyes-medida (42)— que el derecho material constituido funcionaría como un límite insuperable y que encontraría su fundamentación en el artículo 9.3 de la CE, en virtud del cual podría pensarse

(41) A este respecto, la jurisprudencia constitucional más depurada es precisamente la relativa a las Leyes de Presupuestos, como categoría especialísima expresamente prevista en nuestro Ordenamiento constitucional, aunque sea con las parcas indicaciones del artículo 134 CE. Tales indicaciones singularizan, sin embargo, este instrumento legal, diferenciándolo radicalmente en su estructura y en su contenido material de cualquier otra norma con rango o valor de ley. Sobre esta cuestión —que ha tardado, con todo, un largo período en ser definida con claridad—, la Sentencia del Tribunal Constitucional 76/1992, de 14 de mayo, culminó una línea jurisprudencial inicialmente vacilante, pero cuya aplicación viene manteniéndose ya con regularidad desde ese pronunciamiento, comportando sucesivas declaraciones de inconstitucionalidad de contenidos extrapresupuestarios de algunas Leyes de Presupuestos Generales del Estado. Sobre el concreto significado y contenido de esta Sentencia pueden consultarse R. GIL CREMADES, *Ley de Presupuestos y seguridad jurídica (sobre la Sentencia 76/1992 del Tribunal Constitucional)*, «RCG», núm. 27, 1992, págs. 98 y ss.; M. J. GALLARDO CASTILLO, *El ámbito extrapresupuestario de la Ley de Presupuestos. ¿Comienza su reducción?*, «REDA», núm. 80, 1993, págs. 709 y ss.; A. JIMÉNEZ DÍAZ, *La Ley de Presupuestos: seguridad jurídica y principios de relación entre normas*, «Revista Española de Derecho Financiero», núm. 82, 1994, págs. 295-328; E. DE MIGUEL CANUTO, *¿Qué es lo que puede regular la Ley de Presupuestos?*, «Revista Española de Derecho Financiero», núm. 83, 1994, págs. 623-637; T. OLALDE MARTÍN, *Ley de Presupuestos versus Ley de Acompañamiento*, «Impuestos», núm. 24, 1995, págs. 613 y ss.; J. A. TOSCANO ORTEGA, *La función y el contenido de las Leyes de Presupuestos del Estado en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, «RVAP», núm. 47, 1997, págs. 173-233.

(42) Como recuerda S. MARTÍN-RETORTILLO, «frente a la posibilidad derogatoria de todas las leyes normativas, la medida, en sí misma, no puede modificar *per se* el derecho material existente, que en relación con ella juega como auténtico límite». *Derecho Administrativo Económico I*, La Ley, Madrid, 1988, pág. 400.

que todos aquellos preceptos que por su finalidad y contenido no tuvieran directa relación con el objetivo de facilitar la eficacia del documento presupuestario implicarían su invalidez dado que sus efectos se deben entender condicionados —*condictio iuris*— a la realidad a que se refieren.

Estaríamos defendiendo, en suma, siguiendo la postura de R. GÓMEZ-FERRER, una función implícita de la *Ley de Acompañamiento* que limitaría su contenido, condicionando, pues, la capacidad legislativa del Parlamento (43). Y es que, como bien señala I. JIMÉNEZ COMPAIRED, en puridad todas las normas tendrían una función implícita que limitaría el contenido de la misma, de tal manera que no podría violentarse dicha función en cuanto supondría una quiebra del principio de certeza del Derecho (44), entendiendo por tal, en palabras de A. PÉREZ LUÑO, la posibilidad real de sus destinatarios de conocer y cumplir sus prescripciones (45). El cumplimiento de estas dos condiciones resulta, pues, necesario para justificar la restricción de las competencias del poder legislativo, propia de este tipo de leyes, y para salvaguardar la seguridad jurídica que garantiza el artículo 9.3 CE, esto es, la certeza del Derecho que exige una ley de contenido constitucionalmente definido (46). Y es que en modo alguno puede pensarse en un poder omnímodo del Parlamento que suponga, incluso, una ruptura al contenido y finalidad de la Constitucion dado que ésta juega como límite de toda actuación de los poderes públicos (47). Y destaca al efecto el artículo 1.2 de nuestra

(43) Criterio de la función normativa como vía alternativa sobre la base de los principios de jerarquía y competencia a las relaciones entre leyes defendido por el profesor R. GÓMEZ-FERRER en su ya clásico estudio *Relaciones entre leyes: competencia, jerarquía y función constitucional*, núm. 113 de esta REVISTA, 1987, págs. 7-38. Criterio que para A. DE ASÍS ROIG se configura como el principal del que derivan los restantes criterios de ordenación normativa. «La Ley como fuente del Derecho en la Constitución de 1978», en *Libro homenaje al profesor E. GARCÍA DE ENTERRÍA*. Civitas, Madrid, 1991, págs. 216-218.

(44) I. JIMÉNEZ COMPAIRED, *Sobre el contenido eventual de las leyes regionales de presupuestos*, «Revista de Derecho Financiero y de Hacienda Pública», núm. 237, 1995, pág. 661. Por contra, negando la existencia de dicha función de la Ley de Acompañamiento, vid. T. OLALDE MARTÍN, *Ley de Presupuestos...*, ob. cit., pág. 624.

(45) PÉREZ LUÑO, *La seguridad jurídica*, Ariel, Barcelona, 1991, pág. 45. En palabras de este autor (pág. 107), este principio sirve para «establecer ese clima básico de confianza en el orden jurídico, fundada en pautas razonables de previsibilidad, que es presupuesto y función de los Estados de Derecho».

(46) Como bien apunta A. RODRÍGUEZ BEREIJO, la jurisprudencia del Tribunal Constitucional ha delimitado el contenido de este principio constitucional desde una triple dimensión: su conocimiento y certeza, la confianza de los ciudadanos en el mismo y la previsibilidad de sus consecuencias. *El sistema tributario en la Constitución (los límites al poder tributario en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional)*, «REDC», núm. 36, 1992, pág. 35.

(47) Sobre el papel del legislador y sus límites, por todos, E. GARCÍA DE ENTERRÍA y T. R. FERNÁNDEZ, *Curso de Derecho Administrativo*, vol. I, Civitas, Madrid, 1995, págs. 155-118, y el libro de E. GARCÍA DE ENTERRÍA, *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, Civitas, Madrid. 1981. Asimismo, puede consultarse el estudio de L. DÍEZ PICAZO, *Constitución, Ley, juez*, «REDC», núm. 15, 1985, págs. 9 y ss.

Constitución, que consagra el principio democrático —consustancial, por lo demás, a una norma de este tipo— al afirmar que la soberanía nacional reside en el pueblo español, del que emanan los poderes del Estado (48). Es, pues, este Estado Social y Democrático de Derecho, que consagra el principio de legalidad y la defensa de las garantías de los ciudadanos, el que nos debe llevar a replantear, desechando planteamientos excesivamente formalistas, el sistema de división de poderes y el alcance del poder legislativo (49), correspondiendo al Tribunal Constitucional, en su caso, anular todas aquellas disposiciones en las que se constate una desviación del poder legislativo (50).

Y la función constitucional que debe atribuirse a la *Ley de Acompañamiento* obliga a que sus preceptos tengan relación directa con los gastos e ingresos que integran el Presupuesto o con los criterios de política económica de la que ese Presupuesto es el instrumento y que, además, su inclusión en dicha ley esté justificada, en el sentido de que sea un complemento para la mayor inteligencia y para la mejor y más eficaz ejecución del Presupuesto y, en general, de la política económica del Gobierno, sirviendo de complemento necesario de la misma, lo que obligaría a excluir, en todo caso, no sólo las normas típicas del Derecho Codificado (como lo es, sin duda, la contratación pública), sino cualquier otro tipo de precepto que no guardase una relación con los objetivos y fines buscados con este tipo de norma.

c) *El principio constitucional de seguridad jurídica como límite a la capacidad legislativa del Parlamento*

Adviértase que la *Ley de Acompañamiento* es el acto jurídico formal, de carácter legislativo, a través del cual las Cortes Generales aprueban un texto articulado en el que se contienen preceptos jurídicos sustanciales que afectan a materias de muy diversa índole, en los que se incluyen auténticas modificaciones y derogaciones de normas jurídicas y se dictan preceptos nuevos sobre materias con relevancia desde el punto de vista presupuestario, cuya inclusión resulta nece-

(48) Sobre el trasfondo democrático de nuestra Carta Magna puede consultarse el trabajo de ARAGÓN REYES, «El principio democrático en la Constitución», en el libro col. *Jornadas de estudio sobre el Título Preliminar de la Constitución*, Ministerio de Justicia, Madrid, 1988, tomo II, pág. 835.

(49) En términos similares parecen posicionarse F. SAINZ MORENO, *Seguridad...*, ob. cit., pág. 6108, e I. MERINO JARA, *Las Leyes...*, ob. cit., pág. 414.

(50) Vid. P. GONZÁLEZ SALINAS, *El límite a la libertad de la configuración normativa del legislador en el ámbito de las Leyes de Presupuestos*, «RVAP», núm. 36, 1993, págs. 637-643, y J. A. TOSCANO ORTEGA, *La función...*, ob. cit., págs. 198-200.

saria en virtud de las concretas opciones de política económica que incorpora el Presupuesto del año en cuestión: creación y supresión de órganos administrativos y de entidades públicas, transferencias a Comunidades Autónomas y Corporaciones Locales, normas fiscales y de recaudación (los tipos impositivos de los tributos estatales, normas de gestión e inspección...), habilitaciones legales y autorizaciones al Gobierno, etc. (51). Sin embargo, esta nueva tipología de *Ley de Acompañamiento* incorpora regulaciones sustantivas de diferentes materias no estrictamente presupuestarias o económicas, pudiendo ser calificadas (en palabras del profesor L. MARTÍN-RETORTILLO relativas a las anteriores Leyes de Presupuestos pero igualmente aplicables a la situación que nos ocupa) de «especie de carro de supermercado» (52), lo que, entiendo, plantea importantes problemas jurídicos, ya que la *Ley de Acompañamiento* tiene una tramitación *especial*, muy rápida y peculiar, distinta del procedimiento legislativo ordinario (53).

Si se criticó reiteradamente, a nuestro juicio con razón, la inclusión de legislación ordinaria en la Ley de Presupuestos, en cuanto una expresión más de la crisis del parlamentarismo, dado el clima de tensión política en que esta ley es elaborada, escapando además del control y el debate que tiene lugar en las Comisiones Permanentes de las Cámaras que agrupan a los parlamentarios expertos en esas materias y que dictaminan sobre los proyectos y proposiciones de ley en el procedimiento legislativo normal, otro tanto debe predicarse del contenido que se está dando a las *Leyes de Acompañamien-*

(51) Con la utilización de esta Ley, teóricamente capacitada, en principio, para abordar todas aquellas materias que pueden ser reguladas por Ley ordinaria, se pretende «resolver», o mejor eludir, la situación creada a raíz de la jurisprudencia constitucional relativa al contenido de las Leyes de Presupuestos.

(52) Lorenzo MARTÍN-RETORTILLO, en su ponencia publicada en el libro *Eficacia temporal y carácter normativo de la Ley de Presupuestos Generales del Estado*, CEC, Madrid, 1989, pág. 27. Tren articulado ha sido el calificativo dado por FERREIRO LAPATZA, *Derecho presupuestario y técnica legislativa*, «Revista Española de Derecho Financiero», núm. 87, 1995, pág. 499. O también, muy gráficamente, Ley escoba o *totum revolutum* por M. A. MARTÍNEZ LAGO, *Manual de Derecho Presupuestario*, Colex, Madrid, 1992, pág. 57.

(53) Como afirma I. MERINO JARA, este sistema de Ley de Presupuesto-Ley de Acompañamiento potencia la dispersión normativa y hace más compleja la inteligencia y ejecución del Presupuesto. Además, el procedimiento (tramitación urgente y por Comisión), lejos de favorecer las garantías necesarias, conduce claramente en la dirección contraria, debido, principalmente, a que se incluyen de forma entremezclada preceptos muy técnicos, complejos y precisos que exigirían un estudio con mayor detenimiento. *Las Leyes de Presupuesto en la Consitución española de 1978: configuración constitucional y límites materiales*, «Revista de Derecho Financiero y de Hacienda Pública», núm. 236, 1995, pág. 414. Con carácter general, sobre cuál debe ser el contenido y el orden lógico en las normas resulta de interés el estudio de M. SÁNCHEZ MORÓN, «Contenido de las normas. Principio de homogeneidad», en el libro col. *La calidad de las Leyes*, Parlamento Vasco, Vitoria, 1989, págs. 101 y ss.

to (54). Estamos, sin duda, ante un claro y manifiesto fraude a la Constitución (55), ya que es evidente que ese «clima» procedimental, nada transparente, por cierto, incide en la capacidad del Parlamento (más bien en su propia voluntad) para poder calibrar y reaccionar frente al contenido y repercusión de las disposiciones incluidas en dicho texto (56).

Todo ello nos sitúa ante la existencia de unas normas jurídicas que, en cualquier caso, parecen no ser muy acordes con el principio de seguridad jurídica garantizado en el artículo 9.3 CE, tanto por la peculiar tramitación (57) como también por el contenido de las mismas, porque su heterogeneidad y la dispersión normativa que producen provoca un grave defecto en el ordenamiento jurídico, que deviene en inseguro debido a la falta de trabazón interna y a la dificultad de interpretación que presenta para el ciudadano (y el operador jurídico) (58). Y es que, en palabras de H. HENKEL, un sistema de normas cargado de una superabundancia de preceptos y disposiciones enmarañadas, lingüísticamente deficientes e insuficientemente estructuradas, lleva a la inseguridad jurídica (59). Situación

(54) Desde la perspectiva de técnica normativa el procedimiento es sumamente criticable en cuanto, como bien apunta F. SAINZ MORENO, la norma que modifica debe especificar literalmente cuál es el texto que se sustituye, pues de lo contrario cuando se realizan modificaciones indeterminadas que obligan a cada intérprete a averiguar cuál es el texto resultante de la modificación se quiebra el principio de seguridad jurídica. «Los textos normativos. Condiciones de inteligibilidad», en *Libro homenaje al profesor F. GARRIDO FALLA*, Facultad de Derecho de la Universidad Complutense, Madrid, 1992, pág. 449. Criterio que también defiende en su trabajo *Enciclopedia Jurídica Básica*, Civitas, Madrid, 1995, en especial págs. 6110-6111.

(55) Vid. R. FALCÓN Y TELLA, *Leyes de Acompañamiento y técnica legislativa*, «Quincena Fiscal», núm. 1 de 1997, pág. 7, y FERREIRO LAPATZA, *Derecho presupuestario y técnica legislativa*, ob. cit., pág. 499. Como indica este autor, los vicios y defectos de las anteriores Leyes de Presupuestos han roto ya todos los diques, estando ante una avalancha imparable de normas totalmente heterogéneas.

(56) Así lo entiende, por ejemplo, T. OLALDE MARTÍN (*Ley de Presupuestos...*, ob. cit., pág. 625), afirmando que el procedimiento de la *Ley de Acompañamiento* supone una restricción a las competencias legislativas del Parlamento haciendo que dicha Ley deba ser considerada inconstitucional. También, R. FALCÓN Y TELLA (*Leyes de Acompañamiento...*, ob. cit., págs. 5-6), quien sostiene que la tramitación paralela de la *Ley de Acompañamiento* a la Ley de Presupuestos no favorece el debate en el pleno, estando, además, en presencia de una amalgama de preceptos inconexos y sin criterio técnico alguno.

(57) Este déficit procedimental no comporta, por sí, la declaración de inconstitucionalidad de la *Ley de Acompañamiento*, sino que es un factor que contribuye a la quiebra del principio de seguridad jurídica del artículo 9.3 de la CE. Así lo entienden F. SAINZ MORENO («Los textos...», *ob. cit.*, pág. 452) e I. JIMÉNEZ COMPAIRED (*Sobre el contenido...*, ob. cit., págs. 662-664). Por contra, considera que existe vicio de inconstitucionalidad por esta tramitación, al margen del principio de seguridad jurídica, T. OLALDE MARTÍN (*Ley de Presupuestos...*, ob. cit., págs. 625-627).

(58) Vid. F. SAINZ MORENO, «Los textos...», *ob. cit.*, págs. 450-451.

(59) H. HENKEL, *Introducción a la Filosofía del Derecho*, Biblioteca Política Taurus, Madrid, 1968, pág. 547. Criterio que también defiende el profesor F. SAINZ MORENO en su trabajo *Seguridad jurídica*, ob. cit., págs. 6108-6118. Este fenómeno obedece, sin duda, a la falta de reflexión de que adolecen este tipo de normas, que denotan una cierta crisis del

que causa cierta perplejidad después del esfuerzo del Tribunal Constitucional de colocar en su sitio la función de la Ley de Presupuestos introduciendo una interpretación que permitiera una solución racional del problema (60). Ya la STC 65/1987, de 21 de mayo, expuso resumidamente el conjunto de esta doctrina (concretada después en la 76/1992 y posteriores):

> «... la Ley que aprueba dichos Presupuestos establezca otras disposiciones de carácter general en materias propias de la ley ordinaria (con excepción de lo dispuesto en el apartado 7.° del mismo art. 134 CE) que guardan directa relación con las previsiones de ingresos y las habilitaciones de gastos de los Presupuestos o con los criterios de política económica general en que se sustentan (...).
>
> 5. No obstante, es preciso recordar que las peculiaridades constitucionalmente previstas respecto de la tramitación de la Ley de Presupuestos suponen evidentes restricciones de las facultades de los órganos legislativos, debido a la referida exigencia de conformidad gubernamental respecto a determinadas enmiendas, exigencia que, por otra parte, se extiende más allá del ámbito del procedimiento presupuestario. No puede, por tanto, descartarse la posibilidad de que la inclusión injustificada de materias no relacionadas con la disciplina presupuestaria suponga una restricción ilegítima de las competencias del poder legislativo, al disminuir sus facultades de examen y enmienda, sin base constitucional; por lo que, cuando tal cuestión se plantee, será necesario examinar si las regulaciones contenidas en el articulado de la Ley de Presupuestos se encuentran relacionadas directamente, como se señalaba en la

parlamentarismo, tal y como puso de relieve el profesor L. MARTÍN-RETORTILLO, *Ponencia...*, ob. cit., págs. 26-27. Y es que, en definitiva, la técnica normativa se presenta no como una simple exigencia de tipo dogmático, sino que se trata de una exigencia de índole constitucional.

(60) La jurisprudencia constitucional, fundamentalmente SSTC 27/1981, de 20 de julio; 63/1986, de 21 de mayo; 65/1987, de 21 de mayo; 134/1987, de 21 de julio; 13/1992, de 6 de febrero; 76/1992, de 14 de mayo, y 237/1992, de 15 de diciembre, se decantó por una posición intermedia en relación al posible contenido de las Leyes presupuestarias, ya que no les reconoce un único objeto con carácter exclusivo y excluyente, pero tampoco considera válido que incluyan incondicionadamente cualesquiera materias posibles. Sobre esta cuestión puede consultarse el trabajo de A. SERRANO TRIANA, «La función de la seguridad jurídica en la doctrina del Tribunal Constitucional», en *Libro homenaje al profesor VILLAR PALASÍ*, Civitas, Madrid, 1988, págs. 1242-1294.

STC 63/1986 citada, bien con las previsiones de ingresos y habilitaciones de gasto, bien con los criterios de política general en que las previsiones presupuestarias se sustentan».

Pues bien, pienso que se podría intentar hacer extensible esta doctrina del Tribunal Constitucional (61) —atendiendo también a la doctrina ya consolidada en torno al contenido del principio constitucional de seguridad jurídica (62)— a la filosofía y contenido de las *Leyes de Acompañamiento*, de modo que, como afirma la STC 76/1992, de 14 de mayo, y confirman las 237/1992, de 15 de diciembre, y 195/1994, de 28 de junio, sería exigible una relación funcional directa de las normas del texto articulado con los estados de ingresos y gastos, es decir, para que la regulación por una *Ley de Acompañamiento* sea constitucionalmentre legítima desde la perspectiva de la seguridad jurídica (también desde la perspectiva de la función constitucional de este tipo de leyes) es necesario que esa materia tenga relación directa con los gastos e ingresos que integran el Presupuesto o con los criterios de política económica de la que ese Presupuesto es el instrumento y que, además, su inclusión en dicha ley esté justificada, en el sentido de que sea un complemento para la mayor inteligencia y para la mejor y más eficaz ejecución del Presupuesto y, en general, de la política económica del Gobierno, sirviendo de complemento necesario de la misma, lo que obligaría a excluir, en todo caso, tal y como sostiene la citada STC 195/94, las normas típicas del Derecho Codificado, como lo es, sin duda, la contratación pública, ya que podría suponer una quiebra del principio de apariencia o confianza legítima

(61) Postura que también defienden, desde una distinta perspectiva, A. JIMÉNEZ DÍAZ, *La Ley de Presupuestos: ...*, ob. cit., págs. 313-328, e I. JIMÉNEZ COMPAIRED, *Sobre el contenido eventual de las leyes regionales de presupuestos*, ob. cit., págs. 659-664.

(62) En torno al alcance y sentido del principio de seguridad jurídica —visto desde una óptica integradora con los otros principios contenidos en el art. 9.3 CE— se pronunció nuestro Tribunal Constitucional en la temprana y conocida STC 38/1981, de 20 de julio, en la que afirma: «Los principios constitucionales: irretroactividad, seguridad, interdicción de la arbitrariedad, como los otros que integran el artículo 9.3 de la Constitución —legalidad, jerarquía normativa, responsabilidad—, no son compartimentos estancos, sino que, al contrario, cada uno de ellos cobra valor en función de los demás y en tanto sirva a promover los valores superiores del ordenamiento jurídico que propugna el Estado social y democrático de Derecho.» Seguridad jurídica que, al margen de su propio valor, es entendida por el Alto Tribunal como suma de certeza y legalidad, jerarquía y publicidad normativa, irretroactividad de lo no favorable e interdicción de la arbitrariedad. La seguridad jurídica es la suma de estos principios, equilibrada de tal suerte que permita promover, en el orden jurídico, la justicia y la igualdad, en libertad (SSTC 27/1981, de 20 de julio, y 227/1988, de 29 de noviembre). En la doctrina resulta de especial interés el trabajo de A. PÉREZ LUÑO, *La seguridad jurídica*, ob. cit., págs. 22-45.

—englobado dentro de la familia de la seguridad jurídica (63)— su modificación a través de esta vía (64).

d) *A modo de recapitulación: la inconstitucionalidad de las reformas de la LCAP*

La conclusión que se extrae de todo lo que acaba de decirse es evidente: la regulación contenida en la LCAP, como norma de cabecera de la legislación de contratos públicos, tiene vocación de estabilidad (a la vez que forma parte del denominado Derecho Codificado), en cuanto se trata de una normativa basada en principios de raíz comunitaria y constitucional que no pueden ser contrariados sino por otra norma de igual función, algo que no se ha cumplido con los procedimientos legales utilizados para estas reformas. Por otra parte, la *Ley de Acompañamiento (y similares)*, con el contenido que se le viene otorgando, amén del procedimiento seguido para su aprobación, menoscaba manifiestamente tanto su específica función constitucional como el principio constitucional de seguridad jurídica, ya que sitúa a sus disposiciones fuera de su contexto lógico y sistemático (65). En consecuencia, la modalidad de *Ley de Acompañamiento* (así como la Ley 9/1996, de 15 de enero, de medidas extraordinarias, excepcionales y urgentes en materia de abastecimientos hidráulicos como consecuencia de la sequía, y la Ley de Disciplina Presupuestaria de 27 de diciembre de 1996) no es el instrumento normativo válido para efectuar las citadas reformas del contenido normativo de la LCAP (debido a que gran parte de los preceptos objeto de regulación en esta Ley, y muy especialmente los relativos a la contratación pública, no contribuyen a la realización de la política económica del Gobierno, a no ser que se forzara una interpretación desmesurada de este concepto). Surge, en definitiva, atendiendo a la jurisprudencia del Tribunal Constitucional (STC 162/1996, de 17 de octubre), al margen del

(63) Sobre el tema, por todos, vid. en la doctrina española GARCÍA MACHO, *Contenido y límites del principio de la confianza legítima; estudio sistemático en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia*, «REDA», núm. 56, 1987, págs. 559-571, y VALLEJO LOBETE, *El respeto a confianza legítima. Importancia de este principio general del Derecho en Derecho comunitario, su evolución en la jurisprudencia del TJCE y su posible aplicación en Derecho español*, «Gaceta Jurídica CEE», núm. 44, 1988, págs. 2 y ss.

(64) Vid. J. A. TOSCANO ORTEGA, *La función...*, ob. cit., págs. 226-230.

(65) Sentido en el que expresamente se pronuncia la STC 76/1992. Supone, además, como bien apunta F. SAINZ MORENO (*Seguridad jurídica*, ob. cit., pág. 6109), una inestabilidad injustificada del sistema normativo. También, por supuesto, resulta de especial interés el ya clásico libro de J. SCHWARZE, *Droit Administratif Européen*, vol. II, Bruylant, Bruselas, 1994, págs. 913-1232 (especialmente, en relación a la influencia de estos principios en el ejercicio de la potestad normativa, págs. 1170-1211).

juicio sobre la calidad técnica de las leyes, un vicio de inconstitucionalidad por alteración del sistema de fuentes configurado por la Constitución.

III. EL ÁMBITO DE APLICACIÓN: CONTINÚA LA «FUGA» DEL DERECHO DE LA CONTRACIÓN PÚBLICA

Esta cuestión es, sin lugar a dudas, vital para que los objetivos de la legislación contractual puedan ser efectivos, presentándose como la primera regla o mandamiento básico de la Ley. Así debe entenderse la atención prestada por la doctrina a este asunto, como principal instrumento para hacer frente a la conocida y preocupante —por patológica— «fuga del Derecho Administrativo». Esto obliga a realizar una reflexión (con interpretaciones correctoras en su caso) de cara a poder precisar a qué entes es de aplicación la normativa sobre contratación pública (66).

a) *Planteamiento general: las «matizaciones» de la Ley de Acompañamiento*

La presencia de la Administración pública como *potentior persona* arrastra sobre el régimen jurídico contractual determinadas exigencias ordenadas al servicio de su naturaleza vicarial (tal y como consagra el art. 103 CE), de tal manera que es el interés general o público la causa (y justificación última) de que la Administración aparezca investida de prerrogativas o potestades de decisión unilateral y ejecutoria, de dirección, inspección y control, de interpretación de los términos contractuales e incluso modificación del objeto del contrato *(ius variandi)* (67). Por ello, atendiendo a los intereses en juego, resulta necesario que la mencionada normativa comunitaria

(66) Como bien advierte recientemente S. MARTÍN-RETORTILLO, se constata un *clima* —que cabe calificarlo cuando menos de equívoco— que aboga por eludir o reducir en variados supuestos concretos la aplicación de la LCAP. *Reflexiones sobre la «huida del Derecho Administrativo»*, núm. 140 de esta REVISTA, 1996, págs. 46-47. Se viene así a demostrar la certera afirmación realizada por G. FERNÁNDEZ FARRERES sobre el mínimo entusiasmo del legislador a la hora de afrontar la reforma que implicaba la LCAP. «Ambito subjetivo...», *ob. cit.*, págs. 234-235.

(67) Es cierto que el principio de eficacia es predicable también respecto de la actuación administrativa. Ahora bien, como indica PIÑAR MAÑAS, esta eficacia en la resolución de problemas sólo tiene sentido si se traduce en una gestión objetiva de los intereses generales, de tal manera que ésta no estaría justificada si no se persiguiera con ella el servicio objetivo de los intereses generales. *Privatización de empresas públicas y Derecho comunitario*, núm. 133 de esta REVISTA, 1994, pág. 28.

sobre contratación pública tenga un adecuado reflejo en la importante cuestión del ámbito de aplicación a fin de evitar «fugas» injustificadas que, lejos de garantizar una mayor «eficacia», sólo consiguen una evidente disminución de las garantías (68). Así, la huida del régimen de contratación pública a través de la creación de estos entes instrumentales «aparentemente privados» es paradigmática respecto de la cuestión que nos ocupa (69). En la actualidad, la «regla general» parece ser la aplicación del artículo 6 LGP a fin de crear entes instrumentales que, sujetos al Derecho Privado, realicen funciones administrativas, pero a los que no se les aplica, por expreso mandato legal, las reglas contenidas en la normativa vigente sobre contratación pública (70).

(68) Este fenómeno de la privatización es, sin duda, uno de los principales y más controvertidos problemas del Derecho Público en cuanto nos encontramos con un incomprensible (desde la perspectiva de un Estado Social de Derecho) abuso de las técnicas jurídico-privadas por parte de las Administraciones públicas que, sobre el estandarte de la eficacia (entendida desde una perspectiva económica y no social), está acarreando la eliminación de las garantías públicas, de indudable trascendencia en un campo tan especial como lo es el de la contratación, y que, lejos de producir ventajas, está ocasionando importantes disfunciones desde el prisma del modelo económico constitucional de la economía social de mercado. Este fenómeno es de especial trascendencia en el caso de la contratación pública al evitar los mecanismos previstos para ella con la creación de entes «ficticios» sometidos al Derecho Privado. Vid. mi libro *El control de la contratación pública*, ob. cit., págs. 115-144.

(69) Hace ya tiempo que, no obstante, el profesor ARIÑO (*La Administración Institucional. Bases de su régimen jurídico*, IEA, Madrid, 1972, pág. 235) —al igual que el profesor BERMEJO (*El Régimen jurídico del ferrocarril en España*, Tecnos, Madrid, 1975, págs. 293 y ss.)— denunció la inadmisibilidad de esta práctica que permite la adjudicación de contratos de gran trascendencia económica sin un auténtico procedimiento garantizador de los intereses generales y sin un control externo. Todo ello porque se trata de entidades que no son formalmente Administración pública y que son creadas al margen del Derecho Administrativo a fin de poder actuar con flexibilidad, lo que las convierte en centros de poder exentos del sistema general de legalidad y de las garantías que el Derecho Público impone. Práctica que parece quiere ser corregida.

(70) Ejemplos recientes en nuestro ordenamiento jurídico-administrativo los encontramos, amén de las sociedades creadas para la gestión de los Juegos Olímpicos de Barcelona y la Exposición Universal de Sevilla en 1992, en la Ley de Puertos del Estado y Marina Mercante de 24 de noviembre de 1992 (que crea las entidades «Puertos del Estado» y las «Autoridades Portuarias»), en el nuevo Estatuto de RENFE (RD 28 de enero de 1994) o en el Consejo Económico y Social (Ley de 17 de junio de 1991), sometidos todos al Derecho Privado sobre la base del artículo 6 LGP. Así, por ejemplo, la propia Ley de Puertos pone de manifiesto la falta de un procedimiento público reglado para la adjudicación de contratos que celebren las entidades portuarias al establecer que las mismas se sujetarán al Derecho Privado «excepto en lo que se refiere a los aspectos que garanticen la publicidad y la concurrencia en su preparación y adjudicación, que se ajustarán a los criterios que dicte Puertos del Estado y, en su defecto, a los contenidos en la legislación de contratos del Estado». A su vez, para el concreto caso de RENFE, puede consultarse a DELGADO FERNÁNDEZ, *La política de compras de RENFE ante la nueva normativa comunitaria*, «Noticias CEE», núm. 88, 1992, págs. 95 y ss. Esta práctica parece que quiere ser resuelta por la nueva regulación que al efecto realiza la LOFAGE (arts. 53 a 69), donde destaca sobremanera la previsión del artículo 57, en el que se establece que los contratos de los entes empresariales públicos se han de regular por lo dispuesto en la LCAP. Previsión coherente con lo dispuesto en dicha Ley pero no con la práctica legislativa ordinaria, mediante la cual se procede a la excepción de la regla general, tal y como se comprobará sucede con la

Y la *Ley de Acompañamiento* contribuye muy directamente a incrementar el problema pues realiza importantes «matizaciones», como la que contiene el artículo 152, relativo al régimen jurídico de la Agencia Industrial del Estado (AIE), que determina la no aplicación de la LCAP a las sociedades de este Ente de Derecho Público (modifica el art. 4.1 de la Ley 5/1996, de 10 de enero), que, eso sí, ajustarán su actividad a los principios de publicidad y concurrencia (es decir, será de aplicación la Disposición Adicional 6.ª de la LCAP). En esta misma línea, el artículo 160 de la *Ley de Acompañamiento* autoriza la creación del Gestor de Infraestructura Ferroviaria, con apoyo en el artículo 6.5 de la LGP, adscrito al Ministerio de Fomento, al que le corresponde el control técnico y la eficacia de su gestión. Este ente, dice la Ley, tramitará y será ente contratante, ajustándose a la LCAP, salvo en lo concerniente a la electrificación y señalización, así como mantenimiento y gestión de los sistemas de seguridad, que se realizarán conforme al Derecho Privado, conforme a los principios de publicidad y concurrencia en los términos que precise su Estatuto (71).

Estas «excepciones» a lo dispuesto por la LCAP (y, recuérdese, las Directivas comunitarias que desarrolla) vienen a convertir a esta Ley en una simple declaración de principios sin sanción jurídica adecuada a la exigencia de publicidad y concurrencia, salvaguardia del interés del ente y homogeneización del sistema de contratación en el sector público (72). Además, la reciente normativa reguladora de determinadas entidades de Derecho Público está dando lugar a una auténtica crisis de los actos separables, que en algunos casos se excluyen expresamente por la Ley. Por ello, las genéricas invocaciones a los «principios de publicidad y concurrencia» o de «salvaguardia del interés del ente» y «homogeneización del sistema de contratación en el sector público» no pasan de ser un mal sucedáneo destinado a salvaguardar las apariencias (73).

Ley de Acompañamiento. Previsión que no es de aplicación directa a los Entes de Derecho Público actualmente existentes dado que la Disposición Transitoria Tercera de la LOFAGE exige revisión legal en la que se incorpore esta obligación.

(71) Entiendo que la denuncia que acertadamente realizó el profesor J. BERMEJO VERA (*El Régimen jurídico del ferrocarril en España*, ob. cit., págs. 293 y ss.) en torno a la situación de RENFE —quizá con algún matiz— es ahora aplicable al GIF dado que habilita la adjudicación de contratos de gran trascendencia económica sin un auténtico procedimiento garantizador de los intereses generales y sin un control externo, pudiendo convertir a este ente en un centro de poder exento del sistema general de legalidad y de las garantías que el Derecho Público impone.

(72) Vid. sobre la situación anterior a la LCAP, pero aplicable en este momento, S. DEL SAZ, *La huida del Derecho administrativo: últimas manifestaciones. Aplausos y críticas*, núm. 133 de esta REVISTA, 1994, pág. 68.

(73) SALA ARQUER, *Huida al Derecho privado y huida del Derecho*, «REDA», núm. 75, 1992, pág. 411 (en nota 33).

Esta práctica de la *Ley de Acompañamiento* como vehículo de excepción al régimen general consagra definitivamente la huida del Derecho Público de la contratación, puesto que bastará con crear entidades instrumentales como las descritas —que sujetan su actividad al Derecho Privado— para eludir la aplicación de la contratación pública no sólo en cuanto al fondo, sino también en cuanto a los actos de preparación y adjudicación de los contratos (74). Y ello implica, por consiguiente, la «fuga» en la aplicación de principios administrativos como la objetividad y transparencia que podría producir una quiebra del interés general, de tal manera que la eficacia económica buscada se traduciría —y esto es grave— en una disminución en la satisfacción del interés público, así como en un incremento de situaciones favorecedoras de la corrupción (75).

b) *Revalorización del concepto de «poder público» como mecanismo de cierre*

En este desalentador contexto, la noción de «poder público» se presenta como el criterio delimitador de la aplicación del régimen jurídico-público de la contratación pública, por lo que debe realizarse un esfuerzo de definición y evitar las restricciones del ámbito de aplicación de las Directivas para que éstas sean realmente eficaces y cumplan su finalidad última, en tanto que gran parte de las contrataciones de servicios y obras públicas se realizan a través de entes instrumentales de Derecho Privado (76). De acuerdo con los nuevos criterios, en el Derecho comunitario de la contratación pública se entenderá por «poder adjudicador» a las Administraciones Territoriales, los organismos de Derecho Público y las asociaciones constituidas por uno o más de dichos entes u organismos de Derecho Pú-

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

(75) Como bien apunta PIÑAR MAÑAS, la eficacia en la resolución de problemas sólo tiene sentido si se traduce en una gestión objetiva de los intereses generales. Este postulado es absolutamente capital. Ninguna eficacia, ninguna privatización puede entenderse si con ella no se persigue ese servicio objetivo de los intereses generales. *Privatización de empresas públicas y Derecho comunitario*, ob. cit., pág. 28.

(76) Sobre el fenómeno de definición de la empresa pública en el Derecho comunitario puede verse el libro de E. MONTOYA MARTÍN, *Las empresas públicas sometidas a Derecho privado*, Marcial Pons, Madrid, 1996, págs. 161-195.

blico (77). Estamos, en definitiva, ante una conceptuación funcional y no formal (78).

Con todo, de esta noción funcional de poder adjudicador, siguiendo a MALARET I GARCÍA, se pueden destacar ciertos rasgos determinantes del sometimiento al régimen de la contratación pública (79):

a) Debe atenderse a la naturaleza de la actividad: satisfacer necesidades de interés general que no tengan exclusivo carácter mercantil, en cuyo caso, por tratarse de gestión económica, quedará justificado su sometimiento al régimen jurídico-privado.

b) El control —por vía financiera o cualquier otro medio— es de la Administración pública. Debe estarse, por tanto, al dato de la «influencia dominante» del poder público sobre el organismo adjudicador.

Es cierto que de una interpretación literal del ámbito del artículo 1 LCAP (atendiendo a lo dispuesto en las Directivas comunitarias) podría deducirse que son de aplicación exclusiva las normas sobre contratación pública contenidas en esta Ley a las entidades sometidas al Derecho Público, quedando por ello excluidas de las mismas las entidades sometidas al Derecho Privado (80). Y ello porque, a pe-

(77) Respecto al sector material de actividad de los contratos públicos, la noción comunitaria de Administración pública se presenta —de forma amplia— como la de cualquier aparato dotado de poderes discrecionales en la asunción de sus propias determinaciones, en cuyo caso está obligado a motivar las adjudicaciones a fin de garantizar el desarrollo de una efectiva concurrencia en el sector de la contratación pública. Vid. A. MASSERA, *L'amministrazione e l'Atto Unico Europeo*, «RTDP», núm. 3, 1991, pág. 788.

(78) Vid., por todos, G. FERNÁNDEZ FARRERES, «Ambito subjetivo...», *ob. cit.*, pág. 239; A. RUIZ OJEDA/J. GARCÍA BERNALDO DE QUIRÓS, *Comentarios a la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas y su Reglamento de desarrollo parcial*, Civitas, Madrid, 1996, págs. 41-45; J. M. GIMENO FELIÚ, *El control de la contratación pública*, ob. cit., pág. 125. Este concepto funcional de «poder público» nos permite, por lo demás, proceder a «levantar el velo» de la personalidad de los entes instrumentales sujetos al Derecho Privado, descubrir su verdadera condición de poderes públicos (por su origen; por su actuación, dominada totalmente por la Administración pública matriz; por su financiación, en cuanto que operan con dinero público procedente de ingresos de ese carácter) y sujetar al Derecho Administrativo los «actos separables» de su actividad privada. Opinión también sostenida ya antes por el profesor GARCÍA DE ENTERRÍA (*El concepto de personalidad jurídica en el Derecho Público*, núm. 129 de esta REVISTA, 1991, págs. 203-204), y que también ha sido indicada por el profesor MUÑOZ MACHADO a propósito de la responsabilidad concurrente entre varias Administraciones. *La responsabilidad civil concurrente de las Administraciones Públicas*, Civitas, Madrid, 1992. Criterio reforzado por la propia LCAP al establecer que quedan sometidas a las mismas prescripciones que los poderes públicos en cuanto a publicidad y concurrencia aquellas empresas privadas que contraten si el objeto de dicha contratación se encuentra entre los concretos supuestos mencionados por el artículo 2.2 de la LCAP, si dichas empresas han obtenido una subvención para el mismo superior al 50 por 100 del importe.

(79) MALARET I GARCÍA, *Público y privado en la organización de los Juegos Olímpicos de Barcelona 1992*, Civitas, Madrid, 1993, págs. 109-110.

(80) En estos términos se expresa PIÑAR MAÑAS, al considerar que el ámbito subjetivo

sar de aparecer como criterio definidor en la LCAP el concepto omnicomprensivo de «Entidad de Derecho Público», en el Anexo Primero de la Directiva 89/440/CEE, al enumerar los requisitos para ser considerados entes públicos, en el apartado correspondiente a España se hace alusión a «las demás personas jurídicas sometidas a un régimen público de adjudicación de contratos», de donde puede deducirse que los entes públicos que sujetan su actividad al Derecho Privado y las empresas públicas, sea cual sea su objeto social, no estarían incluidas en el ámbito de aplicación de estas Directivas. Se trata, sin embargo, de una antinomia aparente, pues para saber qué organismos son de Derecho Público debemos estar a lo dispuesto en el artículo 1 de estas Directivas: todos aquellos entes dotados de personalidad jurídica, controlados por la Administración o cuyos directivos son nombrados por ella y que, asimismo, se financian con fondos públicos (81). Se trata, en definitiva, de hacer una interpretación en este concreto punto amplia, generosa y objetiva, es decir, atendiendo a la naturaleza real del contrato en cuestión (82).

Esta interpretación es la que se impone, como afirma S. DEL SAZ, en primer lugar, porque de estas Directivas se deduce la preferencia de las definiciones de su articulado sobre las del Anexo. En segundo lugar, porque de entender, como han pretendido algunos autores, que la lista del Anexo tiene carácter exhaustivo y que prima sobre la definición, no tendría ningún sentido haber introducido una definición, de «Ente de Derecho Público», bastaría con haber remitido directamente al Anexo. Finalmente, porque otra interpretación supondría un fraude del Derecho comunitario, burlando el espíritu y finalidad de estas Directivas, ya que si no se aplican los procedimientos comunitarios a los contratos públicos que sujetan su actividad al Derecho Privado quedarían excluidos del ámbito de las mismas —a libre criterio de los Estados— la mayoría (y principales) de los contratos de los poderes públicos (83).

---

de estas Directivas, en cuanto no se incluyen claramente en el mismo a las empresas públicas, permite su no aplicación a éstas, de tal manera que sigue siendo posible la «huida» de las mismas a través de personificaciones instrumentales sujetas al Derecho Privado. *Privatización de empresas públicas...*, ob. cit., págs. 43-44.

(81) Vid., por todos, F. G. SCOCA, en libro col. de L. MAZAROLLI, G. PERICU, A. ROMANO, F. A. ROVERSI MONACO y F. F. SCOCA, *Diritto Amministrativo*, Ed. Monduzzi, Bologna, 1993, págs. 460-461.

(82) Vid. en relación a la primera reforma para adaptar la Ley de Contratos del Estado de 1965 a la normativa comunitaria el trabajo de BERMEJO VERA, *La publicidad en el procedimiento de contratación*, «Noticias CEE», núm. 21, 1986, pág. 38; y más recientemente, ya en directa conexión con la LCAP, el estudio de G. FERNÁNDEZ FARRERES, «Ambito subjetivo...», *ob. cit.*, págs. 232-233; M. M. RAZQUIN LIZARRAGA, *Contratos públicos...*, ob. cit., págs. 223-257, y J. M. GIMENO FELIÚ, *El control de la contratación pública*, ob. cit., págs. 125-135.

(83) S. DEL SAZ, *La huida del Derecho administrativo...*, ob. cit., pág. 90.

Teniendo en cuenta que el elemento teleológico está siempre presente en las Directivas comunitarias, es imprescindible realizar interpretaciones que garanticen la consecución del resultado que se persigue con la Directiva, que en el caso que nos ocupa se concreta en la apertura efectiva de la contratación pública (84). Por eso, es necesario interpretar su contenido en función de tal resultado, al objeto de evitar que mediante subterfugios legales se eluda el cumplimiento de las Directivas en cuestión (amén de los propios principios constitucionales) (85).

Como conclusión, puede decirse que frente a la actual y preocu-

(84) Se defiende, en definitiva, un concepto amplio de «Ente de Derecho Público», que no tiene por qué coincidir con la categoría de los Entes públicos empresariales a la que se refiere actualmente la LOFAGE, atendiendo especialmente el fin perseguido por la norma que trata de garantizar plenamente la apertura de la contratación pública. Vid. J. M. GIMENO FELIÚ, *El control de la contratación pública*, ob. cit., pág. 127. Para GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ, la solución al problema de la huida de la contratación pública nos la ofrece la Directiva de «sectores excluidos» dado que, en su opinión, la misma se dirige a los entes instrumentales, diciendo: «ocurre, y aquí radica a mi juicio su principal significación, que esta normativa incide en España sobre entidades acostumbradas a actuar conforme al régimen jurídico privado, es decir, de acuerdo con el peculiar entendimiento que se hace de esta fórmula, de acuerdo con su libre albedrío». *Problemas procesales actuales...*, ob. cit., págs. 168-169. Debo disentir, sin embargo, de esta argumentación, por entender que no es ése el objetivo de dicha Directiva, que afecta a sectores especiales —como lo es el eléctrico— en que el servicio es prestado por los particulares. La solución la ofrece, es cierto, la normativa comunitaria, pero no la Directiva sobre «sectores excluidos», sino a través del levantamiento del velo de estos entes instrumentales a fin de poder aplicar el resto de las Directivas de ámbito general.

(85) Vid. PIÑAR MAÑAS, *Privatización de empresas públicas...*, ob. cit., págs. 39 y ss. Esto es lo que ha motivado al TJUE a interpretar las Directivas de acuerdo a sus objetivos huyendo, en los casos concretos, de interpretaciones excesivamente rigurosas. Al respecto pueden consultarse las SSTJUE de 16 de junio de 1987, 12 de julio de 1990 o 24 de abril de 1991, de las que se deduce que el objetivo final es que el TCE y, por tanto, los principios de un mercado único y no discriminación se cumplan realmente, evitando cualquier tipo de maniobra elusiva por parte de los Estados miembro. Resulta por ello de interés el contenido de la Disposición Transitoria Sexta de la LCAP, relativa al momento de aplicación para los poderes públicos comprendidos en el artículo 1 de la Ley que operan en estos sectores «excluidos» o «especiales» de sus disposiciones de publicidad (vid. al efecto el Informe de la Junta Consultiva de Contratación de 21 de diciembre de 1995). Previsión que puede calificarse como *limitada* dado que, ya en 1997, vencidos pues los plazos de trasposición de la normativa comunitaria, debe entenderse aplicable a los mencionados órganos de contratación el contenido de la LCAP en su totalidad, en la medida en que no existe en esta Ley ninguna previsión que les excluya de su aplicación, con independencia de que, además, determinadas especialidades de la Directiva pudieran desplegar, en su caso, efecto directo. Por otra parte, debe igualmente cuestionarse la corrección del párrafo 2 de dicha Disposición, en el que establece una excepción al párrafo 1 e indica que las Entidades de Derecho Público quedarán sometidas a su propia normativa específica en tanto no se haga efectiva la trasposición por norma nacional de la Directiva comunitaria. En mi opinión, por tener la consideración de poder público, dichas Entidades de Derecho Público —y también los concesionarios— deben quedar también sometidas a la LCAP (y, si fuera el caso, a la Directiva), que, como se ha dicho, es su norma general, resultando por ello contrario a las prescripciones comunitarias este precepto, que, a mi juicio, aplicando el principio de jerarquía del Derecho comunitario, debe ser considerado sin efecto. En relación a la concreta problemática en estos sectores especiales resulta de especial interés el libro coordinado por V. LÓPEZ-IBOR, *La contratación pública en los llamados sectores excluidos. Agua, energía, transporte y telecomunicaciones*, Civitas, Madrid, 1997, *in totum*.

pante situación, caracterizada por la inaplicación de los procedimientos y principios de la contratación pública, debe defenderse la necesidad de imponer y garantizar las normas de publicidad y concurrencia de los procesos de selección de contratistas con independencia del tipo de personificación adoptado y del régimen jurídico «aparente» aplicable a sus contratos (86). La aplicabilidad de estos principios deriva tanto del respeto a los derechos de los particulares, que incluye el derecho a la igualdad de trato, tal y como expresamente exigen los artículos 14 CE y 6 TCE, como del carácter servicial o vicarial de la Administración pública. El criterio determinante en aras a la determinación del régimen jurídico aplicable a la contratación de estos «entes instrumentales» ha de ser el de la naturaleza de la actividad objeto de la Administración, pues así lo exige el principio de libre competencia consagrado en el Tratado de la Unión Europea y el principio de libertad de empresa a que se refiere el artículo 38 CE (87).

Se plantea entonces un problema de articulación de ordenamientos jurídicos derivado de la colisión de lo dispuesto por la LCAP y el régimen de «excepción» a la regla general aprobado por la *Ley de Acompañamiento* (así como de las otras normas creadoras de entes instrumentales), que si bien supone cierta inseguridad para el aplicador del Derecho, la solución vendría por entender que la aparente indefinición de conceptos no implica libertad de actuación para los Estados miembros habida cuenta que, en cuanto noción de Derecho comunitario, sólo es admisible una interpretación uniforme de la

(86) Esta solución encuentra su precedente en la propuesta formulada hace tiempo por el profesor BERMEJO VERA al considerar que los contratos de RENFE no se deben regular por el Derecho Privado, sino por la Ley de Contratos del Estado, ya que la RENFE es una entidad de Derecho Público que encaja en el concepto de Administración pública, por lo que los contratos de obra, servicios y suministros se regularán por las normas administrativas. *Régimen jurídico del ferrocarril en España*, ob. cit., pág. 299. Opinión que comparte recientemente, entre otros, E. MALARET I GARCÍA, *Público y privado en la organización de los Juegos Olímpicos de Barcelona 1992*, ob. cit., pág. 101.

(87) La distinción del régimen jurídico aplicable vendrá dada, por tanto, en función de la vinculación del objeto del contrato al interés público. Y ésta es clara, como se ha visto en el epígrafe anterior, cuando el objeto contractual forma parte de los cometidos que el ordenamiento ha confiado a las Administraciones públicas titulares de las acciones propietarias, o del sujeto contratante que actúa por cuenta de éstas, motivo por el que se extiende a los concesionarios en cuanto mandatarios o agentes de la Administración. La técnica de las delegaciones o mandatos, a la que a continuación haremos expresa referencia, explica suficientemente cómo las Administraciones públicas trasladan a sujetos u organizaciones de base jurídico-privada el cumplimiento de actividades específicas y propias de aquéllas (de tal manera que éstos ya no actúan como sujetos privados ni ejercitan poderes propios), transmitiendo para ello las prerrogativas y límites que presiden el mismo ámbito de operaciones de las Administraciones públicas y, por ende, su fuero jurisdiccional. Vid., por todos, el clásico libro de T. R. FERNÁNDEZ, *Derecho Administrativo, Sindicatos y autoadministración*, Instituto de Estudios de la Administración Local, Madrid, 1972. Sobre la necesidad de extender la aplicación de la LCAP a los «agentes delegados», vid. GIMENO FELIÚ, *El control...*, ob. cit., págs. 136-141.

misma por todos los Estados miembros, partiendo del sentido y del objeto perseguido en la disposición (88). Por este motivo, tanto los preceptos definidores de lo que se entiende por poder adjudicador como los Anexos que constan en estas Directivas (que se actualizan periódicamente por la Comisión) prevalecen sobre las decisiones (incluso legales) de los Estados, ya que el referido principio de interpretación uniforme impide que los Estados tengan margen discrecional de actuación dado que la libertad de acción en la trasposición que ofrece el artículo 189 TCE no afecta, como indica R. ALONSO GARCÍA, a su obligación de elegir las formas y medios más apropiados para asegurar la efectividad de las Directivas (89). Y este criterio es el que viene aplicando reiteradamente el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas a fin de garantizar el desarrollo correcto de las normas del Tratado (90). Así lo demuestra, de forma decisiva, la STJUE de 17 de noviembre de 1993, que condena al Estado español, declarando la incompatibilidad de ciertos preceptos de la Ley de Contratos del Estado y su Reglamento con la anterior normativa sobre contratación pública (91). En la misma se declara no conforme con la misma el artículo 2.8 LCE (precepto en el que se fundamentaba la inaplicabilidad de dicha normativa a las entidades instrumentales), a cuyo tenor quedan fuera del ámbito de aplicación de la misma las entidades instrumentales que actuaban sometidas al Derecho

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

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

(90) Vid. especialmente S. MUÑOZ MACHADO, *Público y privado en el mercado europeo...*, ob. cit., págs. 90-94; *ibidem*, «La noción de empresa pública, la libre competencia y los límites del principio de neutralidad», en *Libro homenaje al profesor CLAVERO AREVALO*, ob. cit., págs. 1251 y ss.; E. MALARET I GARCÍA, *Público y privado...*, ob. cit., págs. 106-113.

(91) Vid. LÓPEZ-FONT MARQUEZ, *La apertura de los procedimientos nacionales de adjudicación de contratos públicos a las empresas de otros Estados miembros de la Unión Europea*, núm. 133 de esta REVISTA, 1993, págs. 335-342; y J. M. TRAYTER, *Consecuencias inmediatas que sobre la legislación española provoca la declaración de incumplimiento realizada por la Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 17 de noviembre de 1993*, «Noticias de la Unión Europea», núm. 121, 1995, págs. 99-114.

Privado. En opinión del Tribunal —que comparto plenamente—, este precepto constituye una exclusión de carácter general contraria a lo dispuesto en las Directivas comunitarias, que no admiten más excepciones que las expresamente mencionadas. Asimismo, recuerda el Tribunal que aunque la trasposición al Derecho interno de una Directiva no requiere una ley específica que repita textualmente la norma comunitaria, sí exige, al menos, que su contenido sea recogido en una norma de forma lo suficientemente clara y precisa como para que sus beneficiarios puedan conocer con exactitud sus derechos a fin de hacerlos valer ante tribunales nacionales (92). De ahí que, cuando todas las excepciones permitidas por las Directivas han sido recogidas en la normativa nacional (Ley o Reglamento), la previsión de nuevas excepciones a introducir por otras leyes contribuye a crear una situación de inseguridad que impide a los interesados conocer con exactitud sus derechos y obligaciones (93). Así, esta sentencia parece que definitivamente cierra la puerta a la posible aplicación del Derecho Privado para la actividad contractual de los Poderes públicos por vía de la creación de entes instrumentales al amparo de la LGP —al menos en lo que se refiere a la selección de contratistas—, de tal manera que deberá corregirse, en su caso, una interpretación de tal contenido en relación al ámbito subjetivo definido por el artículo 1 de la LCAP, debiendo así garantizarse el sometimiento de toda la variedad de entes instrumentales que nos ofrece nuestro complejo ordenamiento jurídico a los procedimientos públicos de selección de contratistas —garantizando la concurrencia, objetividad y no discriminación— y calificando de acto administrativo la adjudicación del contrato (94).

Esta solución encaja plenamente con la propuesta de carácter general realizada por los profesores E. GARCÍA DE ENTERRÍA y T. R. FERNÁNDEZ, para quienes la Administración es un «poder público» al que la Constitución le impone deberes de los que no puede escaparse «por el simple procedimiento de creación de entes convencionales a los que intente dotarse de regímenes jurídicos exentos de tales deberes». Por ello, si bien parece correcto acudir a las formas de personificación privadas cuando la Administración pretende actuar en el mer-

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

(93) Y ello supone, a su vez, una quiebra del principio de apariencia o confianza legítima. Sobre esta cuestión, además de la bibliografía general citada en la nota 63, puede consultarse el trabajo de D. TRIANTAFYLLOU, *Marchés publics et securité juridique: les interventions des institutions communautaires*, «RFDA», núm. 3 de 1995, págs. 616-626.

(94) Opinión que también comparte S. DEL SAZ, *La huida del Derecho administrativo...*, ob. cit., pág. 92.

cado libre y al mismo nivel de los demás empresarios, carece de justificación cuando ese mecanismo —máxime si se acude a una norma como la *Ley de Acompañamiento*— se utiliza para «burlar» las vinculaciones que tanto el Derecho comunitario originario como la Constitución le imponen a la Administración en tanto poder público (95). En consecuencia, la LCAP —configurada como grupo o bloque normativo— constituye la legalidad que vincula la actividad de la Administración como una exigencia indeclinable del principio democrático (96).

---

(95) Por ello, estos profesores opinan que la Administración pública, a diferencia del empresario privado, no puede desentenderse por esos mecanismos artificiosos de su condición de «poder público» sujeto a la legalidad, anclada hoy, en cuanto a sus principios básicos, en el propio texto constitucional (interdicción de arbitrariedad; promoción de la libertad y la igualdad; vinculación a los derechos y libertades fundamentales; sometimiento al derecho presupuestario y a la censura de cuentas; obligación de objetividad, imparcialidad y servicio de los intereses generales; sometimiento a ciertos principios del procedimiento administrativo; control judicial de su actuación y de los fines que la justifican); principios que tienen el necesario desarrollo en la legalidad administrativa ordinaria. GARCÍA DE ENTERRÍA y T. R. FERNÁNDEZ, *Curso de Derecho Administrativo*, Civitas, Madrid, 1993, págs. 388-391. Opinión que comparte MALARET I GARCÍA al advertir que la utilización del Derecho Privado por la Administración tiene siempre un carácter instrumental cuando ésta actúa dentro de su giro o tráfico, resultando distinta la situación cuando opera en el ámbito de la gestión económica o actividad económica simple, en el que el principio de paridad de trato que se deriva de nuestro ordenamiento constitucional impide precisamente la sujeción al Derecho Administrativo. *Público y privado en la organización*, ob. cit., pág. 100. Sobre esta cuestión puede también consultarse DE DOMINGO VICENTE, *Los entes instrumentales en las leyes de procedimiento y de contratos de las Administraciones Públicas*, Civitas, Madrid, 1996.

(96) Además, ahora, advierten los autores citados, podría añadirse un argumento último de Derecho positivo, el artículo 2.2 LAP (en relación a este precepto, LÓPEZ RAMÓN sostiene que del mismo se deducen dos prohibiciones: por un lado, la prohibición de que las potestades administrativas se sujeten a un régimen distinto del administrativo; por otro, la prohibición de que sujetos diferentes de las personas jurídicas de Derecho Público puedan ejercer potestades administrativas, y, en su opinión, éstas suponen un límite a la huida del Derecho Administrativo; *Reflexiones sobre el ámbito de aplicación de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas*, núm. 130 de esta REVISTA, 1993, págs. 111-119), el cual dispone que «las entidades de Derecho Público con personalidad jurídica propia vinculadas o dependientes de cualquiera de las Administraciones Públicas tendrán, asimismo, la consideración de Administración Pública», lo que significa que las Entidades de Derecho Público con personalidad propia vinculadas o dependientes de cualquiera de las Administraciones públicas —incluyendo los entes con forma de personificación pública, ya se trate de organismos autónomos de la clase que sean, de entidades de Derecho Público del art. 6.*b)* LGP, que sujetan su actuación al Derecho Privado o, por último, de entes públicos del art. 6.5 LGP, esto es, todos aquellos tipos legales mediante los que se ha materializado la huida del Derecho Administrativo general— tienen la consideración de Administraciones públicas, y su *status* y actividad (que se concretan en el caso que nos ocupa en la aplicación de los principios de publicidad, transparencia, objetividad y concurrencia) vienen determinados por esa condición. Este criterio es el mantenido por el profesor LÓPEZ MENUDO al proponer la no aplicación del Derecho Administrativo cuando la Administración, con forma privada, se comporta como un agente privado (caso de las empresas públicas concurrentes), pero sí cuando el Derecho Administrativo es el Derecho «normal» aplicable para ejercer sus funciones (que, por ello, serán funciones públicas orientadas a la satisfacción de un interés público). *El Derecho administrativo como derecho «especial» y «excepcional»...*, ob. cit., págs. 570 y ss. Vid. también en este sentido LAGUNA DE PAZ, para quien la aplicación del Derecho Administrativo a estos supuestos es ineludible en cuanto no se puede reconocer a la Administración la facultad de prescindir a voluntad del régi-

En definitiva, la aparente «flexibilidad» en la aplicación del derecho de la contratación pública que efectúa la *Ley de Acompañamiento* podrá ser oportuna para asegurar la celeridad y eficacia en la consecución de tantas necesidades del mundo contemporáneo, pero nunca podrá implicar una paralela huida de los principios comunitarios básicos (transparencia, concurrencia e igualdad, sometimiento al derecho presupuestario y a la censura de cuentas, etc.) y, por ende, de la satisfacción conforme a criterios objetivos del interés general, aunque el poder público «se vista de paisano» (97).

Por último, otra forma de eludir la normativa sobre contratación pública consiste en excluir a determinados tipos de contratos (ámbito objetivo) de la aplicación de estas reglas (a tal fin responde el art. 3 de la LCAP). Un cambio de especial relevancia es el relativo a la ampliación del supuesto de exclusión de aplicación de la LCAP contenido en su artículo 3.*k)*, al entender que quedan fuera de la citada Ley las operaciones financieras como préstamos, créditos o análogos, así como los contratos relacionados para cubrir los riesgos de tipo de interés y de cambio derivados de los anteriores —modificándose igualmente, a tal efecto, el artículo 200 de Ley de Haciendas Locales—. Esta previsión resulta a todas luces contraria al Derecho comunitario, en la medida en que se incluyen como motivos de inaplicabilidad de las normas contractuales supuestos no recogidos por la Directiva de servicios. En tal sentido, además, se había pronunciado la Junta Consultiva de Contratación en su Informe 34/1996, afirmando sobre tal extremo que los contratos de préstamos bancarios celebrados por las Administraciones públicas deben considerarse, a partir de la vigencia de la Directiva 92/50/CEE y de la LCAP —arts. 5.2.*a)* y 207.6—, contratos administrativos típicos (98). Previsión que

---

men jurídico que específicamente ha sido creado para ella. «La empresa pública: forma, régimen jurídico y actividades», en *Libro homenaje al profesor* CLAVERO, ob. cit., págs. 1228-1232. Opinión que también comparte L. ORTEGA, al afirmar que la recuperación del Derecho Público como instrumento idóneo para la obtención de los resultados públicos debe realizarse, entre otros mecanismos, exigiendo el levantamiento del velo de las personificaciones interpuestas para el control de los fines públicos que estuviesen en el inicio de la decisión pública de creación de una sociedad privada y la aplicación de determinados principios en su actuación, como la publicidad y la concurrencia. *El reto dogmático del principio de eficacia*, núm. 133 de esta REVISTA, 1994, págs. 13-14.

(97) No puede olvidarse que, por su carácter de poder público irrenunciable, éste es prisionero de las indeclinables garantías del Derecho Público. Vid. BARNES VÁZQUEZ, «Introducción a la doctrina alemana del "derecho privado administrativo"», en *Libro homenaje al profesor* CLAVERO, ob. cit., pág. 233. Sólo cuando realmente se comporte la Administración pública como un agente económico en condiciones de igualdad y sin prerrogativas propias de un poder público será legítima —incluso necesaria— la decisión de adoptar técnicas jurídicas propias del Derecho Privado, caracterizadas principalmente por su flexibilidad, resultando correcta, con las excepciones referidas a los denominados sectores «excluidos», la aplicación de las fórmulas contractuales propias del Derecho Privado.

(98) Sobre la problemática originada por la calificación como administrativos de es-

puede presentar importantes problemas, sobre todo atendiendo a la reciente y novedosa doctrina del TJUE que sostiene tanto la prelación de la norma comunitaria (que corresponderá aplicar al juez nacional pues se trata de una cuestión de legalidad) como, en su caso, la obligación de indemnizar por parte del Estado por los perjuicios ocasionados no ya por el incumplimiento en la no trasposición de la normativa comunitaria, sino por el acto administrativo que vulnere el Derecho comunitario (Sentencia de 26 de marzo de 1996, *British Telecom*).

---

tos contratos (hubiera bastado con considerarlos civiles sometiendo las fases de preparación y adjudicación al Derecho Administrativo) puede consultarse el comentario que al artículo 207 de la LCAP realiza J. J. LAVILLA RUBIRA en el libro colectivo, 2.ª ed., *Contratos de las Administraciones Públicas*, Abella, Madrid, 1997, págs. 1026-1030. Esta decisión del legislador español va en contra de la doctrina suficientemente conocida del TJUE, cuya Sentencia de 3 de mayo de 1994 (en relación a los contratos y sus reglas de excepción en España) afirmó que las únicas excepciones permitidas a la aplicación de la Directiva son aquellas que están limitativa y expresamente mencionadas en la misma. Así pues, esta modificación resulta contraria a la Directiva 92/50/CEE (así lo entiende también J. J. LAVILLA, *ob. cit.*, pág. 1031).

JURISPRUDENCIA