

# La contratación de los entes del sector público que no son Administración Pública

Silvia Díez Sastre

## RESUMEN

La nueva Ley de Contratos del Sector Público continúa diferenciando el régimen jurídico aplicable a las entidades del sector público en función de su naturaleza. Las reglas de contratación de las entidades que no reúnen la condición de Administración Pública se contienen en el Libro Tercero de la Ley. Este Libro prevé normas específicas distintas de preparación, adjudicación y ejecución para las entidades que tienen la condición de poder adjudicador no Administración Pública, así como para aquellas entidades que no son poder adjudicador. El resultado es un régimen jurídico similar en algunos aspectos al de las Administraciones Públicas. Sin embargo, la falta de precisión de determinados preceptos legales ha abierto numerosos debates con respecto al alcance de la regulación antes de su entrada en vigor.

## ABSTRACT

The new Spanish Act on Public Procurement still draws a distinction between the legal regime governing public entities according to their nature. The so-called Book Three of the Act provides the public procurement rules applicable to the entities that do not qualify as Public Administrations. This Book lays down specific provisions on the preparation, award and performance of the contracts entered into by entities qualifying as non-Public Administration contracting authorities, as well as by entities not considered as contracting authorities. These legal provisions lead to a legal framework similar in certain aspects to that governing Public Administrations. Nevertheless, the inaccuracy regarding certain legal provisions has given rise to many debates on the scope of the regulation prior to its entry into force.

## SUMARIO

I. PLANTEAMIENTO. II. LOS ENTES DEL SECTOR PÚBLICO QUE NO SON ADMINISTRACIÓN PÚBLICA. 1. Los poderes adjudicadores no Administración Pública. 2. Los entes del sector público que no son poder adjudicador. III. ÁMBITO OBJETIVO DE APLICACIÓN. IV. PREPARACIÓN Y ADJUDICACIÓN. 1. Contratos no sometidos a las Directivas de contratación. A. Adjudicación directa: contratos menores. B. Contratos no armonizados de poderes adjudicadores no Administración Pública. C. Contratos de entidades del sector público que no son poder adjudicador. D. Reglas comunes: la regulación de las garantías. 2. Contratos sometidos a las Directivas de contratación. V. FORMALIZACIÓN Y PERFECCIONAMIENTO DEL CONTRATO. VI. EFECTOS, CUMPLIMIENTO Y EXTINCIÓN. 1. Contratos de poderes adjudicadores no Administración Pública. A. Reglas generales. B. La modificación de los contratos. C. Causas de resolución contractual. 2. Contratos de entes del sector público que no son poder adjudicador. VII. RÉGIMEN DE INVALIDEZ, IMPUGNACIÓN Y REVISIÓN DE LAS DECISIONES CONTRACTUALES. 1. Causas de invalidez. A. Contratación de poderes adjudicadores no Administración Pública. B. Contratación de los entes del sector público que no son poder adjudicador. 2. Mecanismos de impugnación. A. Preparación y adjudicación. a) Contratos de poderes adjudicadores no Administración Pública. b) Contratos de entes del sector público que no son poder adjudicador. B. Modificaciones contractuales. C. Actuaciones de ejecución, en general. D. Encargos a medios propios. 3. Revisión de oficio. VIII. BIBLIOGRAFÍA.

## I. PLANTEAMIENTO

La nueva Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público (LCSP) tiene como principales destinatarias a las entidades que forman parte del sector público. El régimen jurídico aplicable será distinto en razón de la concreta naturaleza de la entidad adjudicadora: Administración Pública, poder adjudicador no Administración Pública y ente del sector público que no es poder adjudicador. Como se verá en seguida, los criterios de clasificación de los entes del sector público en estas categorías son prácticamente idénticos a los vigentes en la legislación anterior. Sin embargo, la ordenación del régimen jurídico ha cambiado. *Los Libros centrales de la nueva Ley no se estructuran en torno a las fases de la vida del contrato*, como hacía el Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (TRLCSPP) –Libro II. Preparación de los contratos; Libro III. Selección del contratista y adjudicación de los contratos; Libro IV. Efectos, cumplimiento y extinción de los contratos administrativos–. La LCSP dedica estos Libros a la normativa aplicable a los contratos de las Administraciones Públicas

(Libro II), y a los contratos de otros entes del sector público (Libro III), respectivamente. Dentro de este último Libro se distingue entre el Título I, dedicado a los poderes adjudicadores que no son Administración Pública y el Título II, que recoge las disposiciones aplicables a las entidades del sector público que no tengan el carácter de poderes adjudicadores.

Este trabajo se centra en los preceptos contenidos en el Libro III relativos a la contratación de los entes del sector público que no son Administración Pública (Título I, arts. 316-322). Hay que tener en cuenta, no obstante, que es posible encontrar otras disposiciones dedicadas en exclusiva bien a los poderes adjudicadores en general, bien a todos los entes del sector público que no están recogidos dentro del Libro Tercero. Aunque el legislador ha tratado de concentrar todas las especialidades de la contratación de estas entidades, hay algunas cuestiones que aparecen dispersas en el texto legal a las que se alude a lo largo de este trabajo. No se exponen en detalle, sin embargo, los preceptos de la Ley que se aplican con carácter general a todos los contratos del sector público y que están contenidos, fundamentalmente, en el Título Preliminar y el Libro Primero.

Las novedades introducidas en el régimen jurídico de los entes que no son Administración Pública pueden explicarse en torno a tres ejes: *convergencia, legalización y administrativización*. En relación con la convergencia, hay que reseñar que el legislador acerca en algunos puntos el régimen jurídico aplicable a todas las entidades del sector público y, en especial, las reglas aplicables a los poderes adjudicadores, sean o no Administración Pública. Además, elimina las instrucciones internas de contratación para los poderes adjudicadores no Administración Pública y limita considerablemente su eficacia en las entidades del sector público que no son poder adjudicador. Esto supone una legalización de las reglas de preparación y adjudicación de sus contratos, fundamentalmente. En esta misma clave, se administrativiza el régimen jurídico de ejecución de los contratos celebrados por poderes adjudicadores no Administración Pública, matizando las normas de Derecho privado con numerosas previsiones legales aplicables a las Administraciones Públicas. Además, se prevé la extensión de la utilización de los recursos administrativos, del recurso contencioso-administrativo y de la revisión de oficio más allá de los casos previstos en el TRLCSP.

La existencia de numerosas semejanzas en el régimen de contratación de todas las entidades que no son Administración Pública justifica una *exposición del régimen jurídico aplicable en razón de las fases de la vida del contrato, fundamentalmente, y no en razón del tipo de entidad contratante*. Cuando sea necesario, se realizarán las oportunas aclaraciones diferenciando entre estos dos tipos de entidades. La reconstrucción del régimen jurídico de estas entidades se realiza como sigue. En primer lugar, se realiza un análisis preliminar de las entidades que

no son Administración Pública (II) y que pueden ser poder adjudicador (1) o no (2), y del ámbito objetivo de aplicación de estas normas (III). Seguidamente, se expone el régimen jurídico de la preparación y adjudicación (IV) de los contratos en función de su sometimiento a las Directivas de contratación (1) o su sometimiento a las mismas (2). A continuación, se dedica un epígrafe al perfeccionamiento de estos contratos (V), así como a sus efectos, cumplimiento y extinción (VI). Por último, se reconstruye el régimen de invalidez, impugnación y revisión de las decisiones contractuales de los entes que no son Administración Pública (VII), deteniéndose en las causas de invalidez aplicables (1), los mecanismos de impugnación (2) y las reglas de la revisión de oficio (3).

## II. LOS ENTES DEL SECTOR PÚBLICO QUE NO SON ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

El ámbito subjetivo de aplicación de la LCSP coincide esencialmente con el diseñado en la legislación anterior. Se mantiene el sistema de tres niveles distintos de aplicación de la Ley en función de la clase de ente adjudicador<sup>1</sup>. La Ley contiene un primer listado con los entes del sector público (art. 3.1 LCSP). A diferencia del art. 3.1 TRLCSP, ya no habla de «entes, organismos y entidades», sino únicamente de «entidades» (art. 3.1 LCSP). Además, aumenta el número de puntos en el listado de entes del sector público. La nueva LCSP se prolonga hasta la letra l), mientras que el TRLCSP se prolongaba hasta la letra i). El legislador introduce *novedades que pretenden, por un lado, completar el listado con algunas entidades que no estaban expresamente reflejadas en el TRLCSP* y, por otro lado, modificar las menciones a ciertas entidades con el fin de adaptarlas a la le-

.....

1 Sobre esta distinción, por todos, DEL SAZ CORDERO, S.: «La nueva LCSP. ¿Un nuevo traje con las mismas rayas?», *Revista de Administración Pública*, 174 (2007), pp. 335-366; CHINCHILLA MARÍN, C.: «La nueva Ley de Contratos del Sector Público: ámbito de aplicación y otras cuestiones novedosas», *Revista Vasca de Administración Pública*, 79 (2009), pp. 41-70; GIMENO FELIÚ, J.M<sup>a</sup>: «El nuevo ámbito subjetivo de aplicación de la Ley de Contratos del Sector Público: luces y sombras», *Revista de Administración Pública*, 176 (2008), pp. 9-54; PAREJO ALFONSO, L.: «El ámbito subjetivo de aplicación de la Ley de contratación del sector público», en COLÁS TENA, J. / MEDINA GUERRERO, M. (coords.): *Estudios sobre la Ley de Contratos del Sector Público*, Fundación Democracia y Gobierno Local / Institución Fernando el Católico, Madrid, 2009, pp. 37-72; PLEITE GUADAMILLAS, E.: *El ámbito de aplicación subjetiva de la Ley de Contratos del Sector Público. Claves para la clasificación de los poderes adjudicadores*, La Ley, Las Rozas, 2010, *passim*; MEDINA ARNÁIZ, T.: «Los contratos del sector público (2). Formación y vicisitudes. Elementos comunes», en YZQUIERDO TOLSADA, M. (dir.): *Contratos, Los contratos públicos*, t. XIV, Thomson Reuters / Aranzadi, Cizur Menor, 2014, pp. 125-164.

gislación que se ha dictado en los últimos años y que afecta a la organización del sector público. A continuación, se da cuenta de las mismas:

- a) En primer lugar, hay que hacer referencia a las *entidades que no se encontraban en el listado general de entidades del sector público TRLCSP*. En ese sentido, en el listado de las entidades territoriales se hace mención expresa a las Ciudades Autónomas de Ceuta y Melilla (art. 3.1.a) LCSP). Asimismo, se incluye a las Diputaciones Forales y a las Juntas Generales de los Territorios Históricos del País Vasco en lo que respecta a su actividad de contratación (art. 3.1.l) LCSP), que aparecían dentro de las Administraciones Públicas en el art. 3.2.g) TRLCSP, pero que no se incluían en el listado general de entidades del sector público del art. 3.1 TRLCSP. En la misma línea, al referirse a los consorcios, el legislador incluye a los consorcios regulados por la legislación aduanera (art. 3.1.d) LCSP). También aparece una nueva mención a los fondos sin personalidad jurídica (art. 3.1.i) LCSP), que no existía en el TRLCSP. Aunque no se hace ninguna precisión, parece que se trata de los fondos carentes de personalidad jurídica regulados en el art. 2.2.f) de la Ley 47/2003, General Presupuestaria y en los arts. 137-139 LRJSP, como parte del sector público estatal; así como a los fondos de la misma naturaleza regulados en la legislación autonómica<sup>2</sup>. Su creación debe realizarse por norma con rango legal, aunque su extinción se lleva a cabo mediante reglamento (arts. 137.1 y 137.2 LRJSP).
- b) En segundo lugar, destacan las *referencias a entidades cuya denominación cambia en la nueva LCSP*. Es el caso, por ejemplo, de las autoridades administrativas independientes (art. 3.1.c) LCSP) a las que, anteriormente se aludía como entidades del sector público con independencia funcional o especial autonomía reconocida por la Ley con funciones de regulación o control de carácter externo sobre un determinado sector o actividad (art. 3.1.c) TRLCSP). También ahora se hace mención a las Mutuas colaboradoras con la Seguridad Social (art. 3.1.f) LCSP), cuando anteriormente se hablaba de Mutuas de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales de la Seguridad Social (art. 3.1.g) TRLCSP)<sup>3</sup>.

.....

- 2 En torno a estos fondos, CASADO ROBLEDO, S.: «El régimen jurídico de los fondos carentes de personalidad jurídica cuya dotación se efectúa mayoritariamente desde los Presupuestos Generales del Estado», *Revista Española de Control Externo*, vol. 16, núm. 47 (2014), pp. 83-108.
- 3 De forma crítica sobre la inclusión de las Mutuas en la LCSP, MORENO MOLINA, J.A.: «La insuficiente incorporación del Derecho comunitario de la contratación pública en la Ley de Contratos del Sector Público», *Revista Aragonesa de Administración Pública*, 10 (2007), pp. 49-86, esp. pp. 66 y ss.

- c) En tercer lugar, hay que mencionar a las *entidades cuya mención desaparece en la LCSP*. Es el caso de las Agencias Estatales, recogidas previamente en el art. 3.1.c) TRLCSP, cuya referencia se suprime debido a la derogación de la Ley 28/2006, de Agencias estatales para la mejora de los servicios públicos operada por la LRJSP (Disposición Derogatoria única, e).
- d) En otros casos, la modificación operada por la nueva LCSP es sustantiva, porque afecta a la *delimitación del tipo de entidad del sector público*. En el caso de las *fundaciones públicas, el legislador exige ahora la concurrencia de uno de tres requisitos* (art. 3.1.e) LCSP): constitución inicial con una aportación mayoritaria directa o indirecta de una o varias entidades del sector público, o bien aportación de este tipo posterior a la constitución; patrimonio fundacional constituido en más del 50% por bienes o derechos aportados o cedidos por sujetos integrantes del sector público con carácter permanente; o que la mayoría de derechos de votos en el patronato corresponda a representantes del sector público. Anteriormente, el art. 3.1.f) TRLCSP solo se refería a los dos primeros criterios, relativos a la aportación mayoritaria en la constitución de la fundación y al patrimonio fundacional. En el mismo sentido, *al delimitar las sociedades mercantiles que son parte del sector público se alude a dos criterios*. El primero es que la participación, directa o indirecta, en el capital social de las entidades del sector público citadas (art. 3.1.a), b), c), d), e), g) y h) LCSP) sea superior al 50%; y en esto la regulación equivale a la contenida en el art. 3.1.d) TRLCSP. Pero el segundo criterio es novedoso porque considera que, aunque no se cumpla con ese porcentaje de participación, la sociedad será parte del sector público si se entra en el supuesto previsto en el art. 5 del Texto Refundido de la Ley del Mercado de Valores (Real Decreto Legislativo 4/2015).
- e) Por último, hay otros casos en los que simplemente *cambia el lugar en el que se menciona a ciertas entidades* con el fin de racionalizar el listado y facilitar las remisiones entre apartados dentro del mismo.

Dentro de este listado, hay algunas entidades que tienen automáticamente la condición de Administración Pública: las administraciones territoriales (art. 3.1.a) LCSP); las entidades gestoras y servicios comunes de la Seguridad Social (art. 3.1.b) LCSP); los Organismos Autónomos, las Universidades Públicas y las autoridades administrativas independientes (art. 3.1.c) LCSP); así como las Diputaciones Forales y las Juntas Generales de los Territorios Históricos del País Vasco (art. 3.1.l) LCSP). Estas mismas entidades se consideraban Administración Pública de acuerdo con el art. 3.2 TRLCSP. Ahora, el legislador hace referencia, además, a los consorcios y otras entidades de derecho público cuando reúnan las

condiciones para ser poder adjudicador (art. 3.3.d) LCSP). *Estas entidades serán Administración Pública cuando, estando vinculadas o siendo dependientes de una o más Administraciones Públicas, no se financien mayoritariamente con ingresos de mercado* (art. 3.2.b) LCSP). Esto sucedería en cualquier caso si tuvieran la condición de productor de mercado de acuerdo con el Sistema Europeo de Cuentas.

TABLA 1  
Entidades del sector público que son o pueden ser  
Administración Pública

ENTIDADES DEL SECTOR PÚBLICO	TRLCSP	LCSP	NATURALEZA
Administración General del Estado, Administraciones de las Comunidades Autónomas y Entidades que integran la Administración Local	art. 3.1.a)	art. 3.1.a)	AAPP
Ciudades Autónomas de Ceuta y Melilla	—	art. 3.1.a)	AAPP
Entidades gestoras y servicios comunes de la Seguridad Social	art. 3.1.b)	art. 3.1.b)	AAPP
Organismos Autónomos y Universidades Públicas	art. 3.1.c)	art. 3.1.c)	AAPP
Autoridades administrativas independientes (cambio en su descripción y denominación)	art. 3.1.c)	art. 3.1.c)	AAPP
Agencias Estatales	art. 3.1.c)	—	—
Consorcios dotados de personalidad jurídica propia de la LRJSP (antes LRJPAC), la legislación de régimen local	art. 3.1.e)	art. 3.1.d)	AAPP*
Consorcios de la legislación aduanera	—	art. 3.1.d)	AAPP*
Entidades Públicas Empresariales de la LRJSP y entidades de derecho público con personalidad jurídica propia vinculadas a un sujeto que pertenezca al sector público o dependientes del mismo	art. 3.1.c)	art. 3.1.g)	AAPP*
Diputaciones Forales y Juntas Generales de los Territorios Históricos del País Vasco, en lo relativo a su régimen de contratación	art. 3.2.g)	art. 3.1.l)	AAPP

\* Solo si se dan las condiciones de poder adjudicador y no son productor de mercado para el SEC.

FUENTE: Elaboración propia.

Así pues, serán entidades del sector público que no son Administración Pública el resto de entidades del listado del art. 3.1 LCSP o los consorcios y enti-

dades de Derecho público que se financien mayoritariamente con ingresos de mercado. Seguidamente se determina su clasificación como poder adjudicador no Administración Pública o como ente del sector público que no es poder adjudicador. Además, *hay que tener en cuenta que, conforme a la D.A. 44 LCSP, los órganos competentes de los órganos constitucionales del Estado y de los órganos legislativos y de control autonómicos deberán contratar conforme al régimen previsto para las Administraciones Públicas.*

## 1. LOS PODERES ADJUDICADORES NO ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

El TRLCSP introducía directamente el conjunto de *requisitos que deben reunir las entidades del sector público para considerarse organismo de derecho público según el Derecho europeo* y, por tanto, poder adjudicador –como se ha hecho referencia más arriba– (art. 3.3.b) TRLCSP). Esos requisitos, que determinan una estrecha vinculación con las Administraciones Públicas u otros poderes adjudicadores<sup>4</sup>, son los siguientes:

- a) Tener personalidad jurídica propia<sup>5</sup>.
- b) Haber sido creada específicamente para satisfacer necesidades de interés general que no tengan carácter mercantil o industrial<sup>6</sup>.
- c) Que uno o varios poderes adjudicadores financien mayoritariamente su actividad<sup>7</sup>; controlen su gestión o nombren a más de la mitad de los miembros de su órgano de administración, dirección o vigilancia<sup>8</sup>.

.....

- 4 En este sentido, STJUE *Arkkitehtuuritoimisto Riitta Korhonen y otros y Rakennuttajatoimisto Vilho Tervomaa y otros*, C-18/01, EU:C:2003:300.
- 5 Al respecto, por todas, SSTJUE *Mannesmann Anlagenbau Austria AG y Strohal Rotationsdruck GesmbH*, C-44/96, EU:C:1998:4; y *Gemeente Arnhem y Gemeente Rheden y BFI Holding BV*, C-360/96, EU:C:1998:525.
- 6 En torno a la interpretación de estos requisitos, principalmente: SSTJUE *Mannesmann Anlagenbau Austria AG y Strohal Rotationsdruck GesmbH*, C-44/96, EU:C:1998:4; *Gemeente Arnhem y Gemeente Rheden y BFI Holding BV*, C-360/96, EU:C:1998:525; *Universale-Bau AG y otros y Entsorgungsbetriebe Simmering GmbH*, C-470/99, EU:C:2002:746; *Adolf Truley GmbH contra Bestattung Wien GmbH*, C-373/00, EU:C:2003:110; Sentencia *Arkkitehtuuritoimisto Riitta Korhonen y otros y Rakennuttajatoimisto Vilho Tervomaa y otros*, C-18/01, EU:C:2003:300. Recientemente, la STJUE *LitSpecMet y Vilniaus*, C-567/15, ECLI:EU:C:2017:736.
- 7 A nivel europeo: SSTJUE *The Queen c. H.M. Treasury –ex parte: the University of Cambridge*, C-380-98, EU:C:2000:529; *Bayerischer Rundfunk y otros y Gesellschaft für Gebäudereinigung und Wartung mbH*, C-337/06, EU:C:2007:786. En el plano nacional, Informe 44/09, de 26 de febrero de 2010, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado.
- 8 STJUE *Adolf Truley GmbH contra Bestattung Wien GmbH*, C-373/00, EU:C:2003:110.



TABLA 2  
**Entidades del sector público que son o pueden ser poder adjudicador no Administración Pública**

ENTIDADES DEL SECTOR PÚBLICO	TRLCSP	LCSP	NATURALEZA
Consortios dotados de personalidad jurídica propia de la LRJSP (antes LRJPAC), la legislación de régimen local	art. 3.1.e)	art. 3.1.d)	PANAP*
Consortios de la legislación aduanera	—	art. 3.1.d)	PANAP*
Fundaciones públicas (con una nueva regulación)	art. 3.1.f)	art. 3.1.e)	PANAP
Mutuas colaboradoras con la seguridad social (cambio de denominación)	art. 3.1.g)	art. 3.1.f)	PANAP
Entidades Públicas Empresariales de la LRJSP y entidades de derecho público con personalidad jurídica propia vinculadas a un sujeto que pertenezca al sector público o dependientes del mismo	art. 3.1.c)	art. 3.1.g)	PANAP*
Sociedades mercantiles (con una nueva regulación)	art. 3.1.d)	art. 3.1.h)	PANAP*
Cualesquiera entidades con personalidad jurídica propia creadas específicamente para satisfacer necesidades de interés general que no tengan carácter industrial o mercantil, siempre que uno o varios sujetos del sector público financien mayoritariamente su actividad, controlen su gestión, o nombren a más de la mitad de los miembros de su órgano de administración, dirección o vigilancia	art. 3.1.h)	art. 3.1.j)	PANAP
Asociaciones constituidas por entidades mencionadas anteriormente	art. 3.1.i)	art. 3.1.k)	PANAP**

\* Si cumplen los requisitos.

\*\* Si sus miembros cumplen los requisitos.

FUENTE: Elaboración propia.

La LCSP también contiene esta misma previsión en el art. 3.3.d). Sin embargo, *añade al listado de poderes adjudicadores que no son Administración Pública (PANAP) a las fundaciones públicas (art. 3.3.b) y las Mutuas colaboradoras con la Seguridad Social (art. 3.3.c)*. Estas entidades, por su naturaleza y funciones, siempre cumplen los requisitos señalados para los poderes adjudicadores, pero

no reúnen la condición de Administración Pública<sup>9</sup>. Además, la D.A. 24 apdo. 8 LCSP prevé que TRAGSA y TRAGSATEC tengan también la consideración de poder adjudicador. Por su naturaleza, serán un poder adjudicador no Administración Pública. De este modo se ahorra a los operadores jurídicos la comprobación de la concurrencia de esos requisitos en esos casos, ofreciendo mayor seguridad jurídica. Por otro lado, al igual que el TRLCSP (art. 3.3 c), se establece que las asociaciones de entidades que tengan la condición de poder adjudicador también reúnen esta condición (art. 3.3.e) LCSP).

Junto al listado de entidades que forman parte del sector público cuya contratación se sujeta a las reglas de la LCSP, el legislador prevé como novedad la sujeción de otras entidades a las normas de contratación pública. *A pesar de no formar parte del sector público pueden llegar a considerarse poder adjudicador si cumplen los requisitos del art. 3.3.d) LCSP, que determinan la condición de poder adjudicador (art. 3.5 LCSP) y que se han señalado más arriba.*

Las entidades que deben someterse al control del cumplimiento de los requisitos que otorgan la condición de poder adjudicador son las siguientes (art. 3, apdos. 4 y 5 LCSP):

- a) Los partidos políticos (definidos conforme al art. 1 de la Ley Orgánica 8/2007, de Financiación de los Partidos Políticos);
- b) las organizaciones sindicales (reguladas en la Ley 11/1985, de Libertad Sindical);
- c) las organizaciones empresariales y sindicales (regidas por la Ley 19/1977, sobre el derecho de asociación sindical);
- d) las funciones y asociaciones vinculadas a estas entidades;
- e) así como las Corporaciones de derecho público.

Las consecuencias de reunir las condiciones de poder adjudicador no son iguales en todos estos casos. Esto es paradójico si se tiene en cuenta que la condición de poder adjudicador debería ir ligada al cumplimiento de las normas recogidas en las Directivas europeas. La laxitud del régimen aplicable a partidos políticos, sindicatos y asociaciones empresariales es criticable<sup>10</sup>. Sin embargo,

.....

9 En este sentido, con respecto a las Mutuas, DÍEZ SASTRE, S.: *La tutela de los licitadores en la adjudicación de contratos públicos*, Marcial Pons, Madrid, 2012, pp. 45 y ss.

10 En este sentido, GIMENO FELIÚ, J.M<sup>a</sup>: «La nueva regulación de la contratación pública en España desde la óptica de la incorporación de las exigencias europeas: hacia un modelo estratégico, eficiente y transparente», en GIMENO FELIÚ, J.M<sup>a</sup> (dir.): *Estudio sistemático de la Ley de Contratos del Sector Público*, Aranzadi, Cizur Menor, 2018, pp. 47-132, esp. p. 97; LÓPEZ BENÍTEZ, M.: «Algunas consideraciones a propósito del ámbito subjetivo de la nueva

solo en el supuesto de las Corporaciones de derecho público parece que se produciría un sometimiento a la LCSP equivalente al de cualquier otro poder adjudicador que no tenga la condición de Administración Pública (art. 3.5 LCSP), porque el legislador no establece expresamente ninguna particularidad con respecto a ese régimen jurídico. La dificultad en estos casos está en determinar su condición de poder adjudicador.

Los dos primeros requisitos serán constatables con facilidad. Son personas jurídico-privadas con una parte de su actividad destinada al interés general (precisamente por eso se les aplican algunas normas de Derecho Administrativo). No es tan fácil, sin embargo, determinar si concurre el tercer requisito relativo a la financiación mayoritaria o control por uno o varios poderes adjudicadores<sup>11</sup>. En el caso de la financiación, hay que tener en cuenta que la financiación mayoritaria de algunas de estas Corporaciones se realiza mediante las cuotas de sus miembros. Es el caso de los Colegios Profesionales. *Habría que analizar el concreto régimen jurídico de cada una de estas entidades y, en especial, la posible existencia de colegiación obligatoria y pago de la cuota impuestas por una Administración Pública.* Podría llegar a considerarse que la financiación procede de un poder adjudicador, aunque sea de forma indirecta, como señala la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea<sup>12</sup>. En ese caso, concurrirían los requisitos para considerar a la entidad poder adjudicador no Administración Pública.

En el resto de casos, el legislador limita la aplicación de las disposiciones de la Ley. Únicamente cuando estas entidades celebren contratos armonizados (definidos de acuerdo con los arts. 19-23 LCSP), deberán actuar conforme a los principios de publicidad, concurrencia, transparencia, igualdad y no discriminación sin perjuicio del respeto a la autonomía de la voluntad y de la confidencialidad cuando sea procedente. No obstante, quedan fuera del ámbito de aplicación de la Ley los contratos que tengan por objeto servicios relacionados con campañas políticas celebrados por partidos políticos (art. 11.5 LCSP). Para hacer efectivos estos principios, la *Ley obliga a estas entidades a aprobar unas instrucciones internas en materia de contratación*, que deben ser informadas antes de su aprobación por el órgano encargado del asesoramiento jurídico de la entidad. Además, estas

.....

Ley de Contratos del Sector Público de 2017. En particular, el caso de las Corporaciones de Derecho Público», *Documentación Administrativa*, 4 (2017), pp. 136-145, esp. p. 140.

11 *Ibidem*: pp. 140 y ss.

12 STJUE *Bayerischer Rundfunk y otros y Gesellschaft für Gebäudereinigung und Wartung mbH*, C-337/06, EU:C:2007:786

instrucciones deben publicarse en las páginas web de las entidades. No se hace mención en ningún caso a los tipos de procedimientos que deben regir la adjudicación. Hay que entender que esas normas deben orientar, básicamente, la adjudicación de los contratos, puesto que su ejecución se regiría, en principio, por el derecho privado, salvo en las normas relativas a la ejecución reguladas a nivel europeo y que podrían proyectarse en alguna medida sobre estos contratos a través de los principios mencionados.

El listado de entidades a las que se aplica el régimen de los poderes adjudicadores que no son Administración Pública se complementa con la Disposición Adicional 39 LCSP. Este precepto prevé que *Puertos del Estado* y *las Autoridades Portuarias* se rijan por el régimen de contratación establecido para estas entidades. También la Disposición Adicional 42 LCSP determina que los contratos relacionados con la actividad comercial del *Museo Nacional del Prado* y del *Museo Nacional Centro de Arte Reina Sofía* se sujeten a lo dispuesto para los contratos de poderes adjudicadores que no tengan la naturaleza de Administraciones Públicas. En la misma línea, la Disposición Adicional 26ª LCSP, señala que las *Agrupaciones europeas de cooperación territorial* con domicilio social en España, deberán preparar y adjudicar sus contratos con base en las reglas aplicables a los poderes adjudicadores. De lo que podría deducirse que el legislador no quiere que se aplique el régimen de las Administraciones Públicas, sino el de los poderes adjudicadores que no son Administración Pública.

## 2. LOS ENTES DEL SECTOR PÚBLICO QUE NO SON PODER ADJUDICADOR

Conforme a la estructura de círculos concéntricos en torno a la que se articula el ámbito subjetivo de aplicación de la LCSP para los entes del sector público, solo quedaría por determinar qué entidades forman parte del sector público sin ser poder adjudicador. De entrada, hay que señalar que *los fondos sin personalidad jurídica no reúnen la primera de las condiciones de los poderes adjudicadores, de modo que siempre serán un ente del sector público no poder adjudicador* a los efectos de la LCSP.

Las demás entidades que no son Administración Pública, pero forman parte del sector público, serán poder adjudicador según cumplan o no las condiciones previstas al efecto en el caso concreto (art. 3.3.d) LCSP). Es el caso de:

- a) Los consorcios regulados en el art. 3.1.d) LCSP), que podrán ser poder adjudicador e, incluso, Administración Pública, como se ha señalado anteriormente (art. 3.2.b) LCSP).
- b) Las Entidades Públicas Empresariales y entidades de derecho público con personalidad jurídica propia vinculadas a un sujeto que pertenezca

al sector público o dependientes del mismo (art. 3.1.g) LCSP), que también podrán llegar a ser poder adjudicador e, incluso, Administración Pública (art. 3.2.b) LCSP).

c) Las sociedades mercantiles contempladas en el art. 3.1 h) LCSP.

d) Así como las asociaciones de todas las anteriores, cuando no reúnan la condición de poderes adjudicadores (art. 3.1.k) LCSP).

El régimen aplicable a estas entidades dependerá de que cumplan o no las condiciones establecidas para los poderes adjudicadores en el art. 3.3.d) LCSP, que, de este modo, da cumplimiento a las exigencias de la Directiva 2014/24/UE (art. 2.1.4).

TABLA 3

**Entidades del sector público que son o pueden ser ente del sector público que no es poder adjudicador**

ENTIDADES DEL SECTOR PÚBLICO	TRLCSP	LCSP	NATURALEZA
Consortios dotados de personalidad jurídica propia de la LRJSP (antes LRJPAC), la legislación de régimen local	art. 3.1.e)	art. 3.1.d)	No PA*
Consortios de la legislación aduanera	—	art. 3.1.d)	No PA*
Entidades Públicas Empresariales de la LRJSP y entidades de derecho público con personalidad jurídica propia vinculadas a un sujeto que pertenezca al sector público o dependientes del mismo	art. 3.1.c)	art. 3.1.g)	No PA*
Sociedades mercantiles (con una nueva regulación)	art. 3.1.d)	art. 3.1.h)	No PA*
Fondos sin personalidad jurídica	—	art. 3.1.i)	No PA
Asociaciones constituidas por entidades mencionadas anteriormente	art. 3.1.i)	art. 3.1.k)	No PA*

\* Si no cumplen los requisitos de los PANAP

FUENTE: Elaboración propia.

### III. ÁMBITO OBJETIVO DE APLICACIÓN

Tras la determinación de las entidades que no son Administración Pública, es preciso realizar algunas breves consideraciones sobre el ámbito objetivo de aplicación de las reglas previstas para este tipo de entes adjudicadores. Las reglas

del Libro Tercero se aplicarán *siempre que los objetos de los contratos celebrados por estos entes estén comprendidos en el ámbito de aplicación de la LCSP* (art. 26.3 LCSP); esto es, que no estén excluidos de su ámbito de aplicación. El legislador prevé que tanto los poderes adjudicadores, en general (art. 32 LCSP), como los entes del sector público que no son poder adjudicador (art. 33 LCSP), en particular, puedan realizar encargos a medios propios personificados. En estos casos no es necesario aplicar las reglas de la LCSP, puesto que se considera que esas actuaciones no constituyen contratos. Asimismo, todas las entidades del sector público tienen a su disposición sistemas de cooperación pública vertical y horizontal, cuyo resultado tampoco se considera contractual, por lo que no se somete a las reglas de la Ley (art. 31 LCSP). A lo que hay que sumar la posibilidad de que los poderes adjudicadores celebren entre sí convenios de colaboración y encomiendas de gestión siempre que concurren los requisitos legalmente previstos (art. 6.1 LCSP).

Por otro lado, hay que recordar que todos los tipos contractuales recogidos en la Ley están abiertos a la contratación por parte de entidades que no tengan la consideración de Administración Pública (obras, servicios, suministros, concesión de obras y contratos mixtos). Sin embargo, parece que *el legislador ha decidido reservar el contrato de concesión de servicios a las entidades que tengan la condición de poderes adjudicadores* (art. 15 LCSP). Si el TRLCSP reservaba la celebración de los contratos de gestión de servicios públicos a las Administraciones Públicas y las Mutuas (art. 8 TRLCSP), ahora el contrato de concesión de servicios se reserva a los poderes adjudicadores.

## IV. PREPARACIÓN Y ADJUDICACIÓN

Las reglas de preparación y adjudicación previstas para los entes que no son Administración Pública difieren en razón de la existencia o no de sometimiento a las Directivas europeas. Por esa razón, se exponen de forma separada, teniendo en cuenta, en especial, las normas que ordenan la adjudicación directa de algunos contratos por estas entidades, que está dando lugar a numerosos problemas interpretativos.

### 1. CONTRATOS NO SOMETIDOS A LAS DIRECTIVAS DE CONTRATACIÓN

#### A. Adjudicación directa: contratos menores

Tanto en el caso de los poderes adjudicadores no Administración Pública como de los entes del sector público que no reúnen la condición de poder adjudicador, el legislador prevé la posibilidad de adjudicar directamente determinados

contratos, sin ningún trámite de preparación. *El TRLCSP establecía una regulación del contrato menor que no vinculaba a las instrucciones internas de contratación de los poderes adjudicadores no Administración pública* (art. 191 TRLCSP) ni a las de las entidades del sector público que no eran poderes adjudicadores (art. 192 TRLCSP). De manera que cada entidad podía fijar unos umbrales distintos para el contrato menor y, por tanto, para la adjudicación directa.

Para evitar esa fragmentación en el régimen jurídico aplicable a los contratos menores y una posible utilización fraudulenta de esta figura, *el legislador dota de carácter transversal a los límites cuantitativos del contrato menor*: Administraciones Públicas (arts. 118 y 131.3 LCSP), poderes adjudicadores no Administración Pública (art. 318.1.a) LCSP) y entidades del sector público que no son poder adjudicador (art. 321.2.a) LCSP). El legislador prevé que los contratos de obras, de valor estimado inferior a 40.000 euros (antes eran 50.000 euros) y los contratos de servicios y suministros de valor estimado inferior a 15.000 euros (anteriormente el umbral se fijaba en 18.000 euros), pueden adjudicarse directamente por cualquier ente del sector público. Además, los poderes adjudicadores no Administración Pública pueden adjudicar directamente los contratos de concesión de obras y de servicios de valor estimado inferior a 40.000 euros.

La posibilidad de adjudicación directa en estos casos no deja lugar a ninguna duda en la Ley. Sin embargo, se discute sobre la necesidad de extender los requisitos previstos para la tramitación del expediente de los contratos menores celebrados por las Administraciones Públicas al resto de entidades que forman parte del sector público. Como señalan los arts. 29.8 y 153.2 LCSP, el legislador define el contrato menor en el art. 118.1 LCSP (ubicado en el Libro II, dedicado a las Administraciones Públicas). Los elementos de la definición del contrato menor contenidos en ese precepto son los siguientes: el objeto (obras, servicios y suministros), el umbral económico (valor estimado inferior a 40.000 y 15.000 euros, respectivamente) y el sujeto contratante (una Administración Pública). *Cuando concurren esos tres elementos, las Administraciones Públicas pueden adjudicar directamente el contrato conforme al art. 131.3 LCSP*. La adjudicación debe realizarse a cualquier empresario con capacidad de obrar y habilitación profesional necesaria para realizar la prestación. Además, este precepto legal subordina la posibilidad de adjudicación directa al cumplimiento de los requisitos previstos en el art. 118 LCSP. Esos requisitos se refieren a la tramitación de un expediente de contratación que recoja un informe del órgano de contratación motivando la necesidad del contrato, la aprobación del gasto, la factura correspondiente, el presupuesto de las obras, en su caso, así como una justificación de que no se está alterando el objeto del contrato y de que el contratista no ha suscrito más contratos menores que individual o conjuntamente superen la cuantía del contrato menor. Asimismo, se exige la publicidad de los contratos menores conforme al art. 63.4 LCSP.

En relación con el límite de contratación con el mismo empresario, la Ley no señala el periodo en el que deben haberse suscrito los contratos, tampoco indica si el tope de la cuantía se refiere a uno u otro tipo de contrato, ni si afecta a la Administración en su conjunto o a cada órgano de contratación. *La Junta Consultiva de Contratación Administrativa de Aragón se ha pronunciado sobre estas cuestiones recientemente en el Informe 3/2018, de 13 de febrero, a instancias de la Diputación provincial de Zaragoza.* De acuerdo con este informe, el límite temporal es la anualidad presupuestaria con cargo a la cual se imputen los créditos que financiaron la ejecución de estos contratos. El objeto de limitación es el tipo contractual (hasta 40.000 euros en obras, hasta 15.000 euros en servicios y hasta 15.000 euros en suministros al mismo empresario anualmente). Y el sujeto obligado a cumplir esta regla, con respecto al cuál se aplica el cálculo de esta limitación, es el órgano de contratación.

*En el caso de los poderes adjudicadores no Administración pública el legislador exige que el adjudicatario tenga capacidad de obrar y que cuente con la habilitación profesional necesaria para realizar la prestación objeto del contrato (art. 318 a) LCSP).* La misma regulación se aplica a la contratación de los entes del sector público que no son poder adjudicador (art. 321.2.a) LCSP). No utiliza expresamente el término «contrato menor». De hecho, en el caso de los poderes adjudicadores no Administración Pública, se amplía el objeto de estos contratos a las concesiones de obras y de servicios, a diferencia de lo previsto para las Administraciones Públicas, como se ha señalado anteriormente. El legislador utiliza la misma fórmula para remitirse a la adjudicación directa: «podrán adjudicarse directamente a cualquier empresario con capacidad de obrar y que cuente con la habilitación profesional necesaria para realizar la prestación objeto del contrato», pero no realiza una remisión expresa a los requisitos del art. 118 LCSP, como sí hace el art. 131.3 LCSP. A la luz de estos datos es difícil aplicar las reglas relativas a la tramitación del expediente a las entidades que no son Administración Pública, en la medida en que el legislador no se remite expresamente a ellas, como sí hace para las Administraciones Públicas.

Sin embargo, el *Informe 2/2018 (R-32/2018), de 17 de enero de 2018, de la Abogacía General del Estado sostiene que las reglas previstas en el art. 118 LCSP deben aplicarse también a los poderes adjudicadores que no son Administración Pública.* Esta posición se ha acogido favorablemente por parte de la doctrina<sup>13</sup> y ha abierto un debate con respecto a los argumentos aducidos en el citado Infor-

.....

13 GIMENO FELIÚ, J.M<sup>a</sup>: «A propósito de la contratación de los poderes adjudicadores no Administración Pública en la Ley 9/2017, de contratos del sector público» (2018), disponible online: [www.obcp.es](http://www.obcp.es)



me<sup>14</sup>. A continuación, se exponen los argumentos empleados, así como las posibles críticas que pueden formularse:

- a) El Informe entiende que, aunque no se emplee «nominatim» el concepto de contrato menor, hay una coincidencia conceptual en la configuración de estos contratos para todas las entidades del sector público. Al respecto, hay que tener en cuenta que si las notas definitorias del contrato menor son: objeto, sujeto y umbral económico, no existe coincidencia entre los mismos. *El sujeto es distinto para las entidades que no son Administración Pública. Lo mismo sucede con el objeto para los poderes adjudicadores que no son Administración Pública, puesto que se añade la posibilidad de adjudicar directamente contratos de concesión de obras y de servicios.* Estos argumentos pueden aducirse en contra de una supuesta unidad conceptual. En la misma línea, hay que tener en cuenta que el legislador renuncia a utilizar el término «contrato menor» cuando regula la adjudicación directa de estos contratos por entidades que no son Administración Pública (arts. 318.a) y 321.2.a) LCSP). Y vuelve a señalar cuáles son los elementos del contrato que permiten una adjudicación directa. Si se quisiera emplear el mismo concepto y ligarle un único régimen jurídico, no tiene sentido repetir de nuevo los elementos del contrato. Ese concepto ya está acuñado en otra parte de la Ley (art. 118 LCSP) y se emplea en otros preceptos –sin necesidad de aludir de nuevo a cada uno de sus elementos definitorios– (por ejemplo, arts. 29.8, 36.1, 153.2, 135.6, 154.5 y 308.2 LCSP). La utilidad de los conceptos legales reside precisamente en el ahorro de repetición de las notas definitorias de los supuestos de hecho que caen en su ámbito de aplicación<sup>15</sup>. De manera que es difícil justificar la existencia de un único concepto de contrato menor en la Ley que conduzca a aplicar el mismo régimen jurídico en todos los casos.
- b) La Abogacía General del Estado señala también que, aunque no haya una referencia explícita a las exigencias del art. 118 LCSP, puede deducirse una voluntad del legislador de aproximar los regímenes aplicables a to-

.....

14 En sentido opuesto a esa argumentación, antes de la publicación del informe: DíEZ SASTRE, S.: «¿El nuevo régimen de los contratos menores se aplica a todos los entes del sector público?», 2017, disponible *online*: [www.idluam.org/blog](http://www.idluam.org/blog); después de la publicación del informe, VÁZQUEZ MATILLA, J.: «La inseguridad jurídica en la adjudicación de contratos de los PANAPS», (2018), disponible *online*: [www.javiervazquezmatilla.com](http://www.javiervazquezmatilla.com)

15 DíEZ SASTRE, S.: *La formación de conceptos en el Derecho público*, Marcial Pons, Madrid, 2018, núm. marginal 36 y ss.

dos los poderes adjudicadores, sean o no Administración Pública. A su juicio, no puede ser casualidad o coincidencia que se emplee la misma formulación legal. Ahora bien, si no puede ser casualidad o coincidencia que se emplee la misma fórmula para remitir a la posibilidad de adjudicación directa, *tampoco puede ser pura aleatoriedad el hecho de que el legislador haya omitido la remisión expresa a las reglas contenidas en el art. 118 LCSP que se realiza en el art. 131.3 LCSP y que no aparece en los arts. 318.a) y 321.2.a) LCSP*. El legislador pretende unificar los regímenes aplicables a los entes del sector público, pero no lo hace de forma absoluta. La propia existencia del Libro Tercero es una muestra de la existencia de regímenes jurídicos diferenciados. Además, el art. 316 LCSP señala claramente que los contratos de los poderes adjudicadores no Administración Pública se registrarán por las normas del Título Primero del Libro Tercero; del mismo modo que el art. 321 LCSP indica que la adjudicación de los contratos de entes que no son poder adjudicador se registrará por las reglas que el mismo establece. Siendo esto así, parece difícil argumentar que a las entidades que no son Administración Pública hay que aplicarles las reglas previstas para las Administraciones Públicas cuando no hay una previsión expresa al respecto en la normativa que rige su contratación con carácter especial. Los arts. 318.a) y 321.2.a) LCSP rigen como norma especial con respecto a cualquier regla general y la inexistencia de una laguna en la regulación de estos preceptos impide imponer la aplicación de las reglas del art. 118 LCSP con base en una voluntad de unificar el régimen jurídico aplicable a todos los entes del sector público.

- c) En esta misma línea, el Informe sostiene que de los objetivos de la Ley se deduce una tendencia a la homogeneización del régimen jurídico aplicable a todos los poderes adjudicadores. No hay razón legal, desde su punto de vista, para excluir las exigencias del art. 118 LCSP. Sin embargo, como acaba de argumentarse, *no se trata de buscar normas que impidan aplicar las reglas del art. 118 LCSP, sino, al contrario, de encontrar la base legal que prevea la aplicación de ese precepto a entidades que no son Administración Pública*. No parece que esa base de fundamento jurídico para la aplicación de los límites de los contratos menores sea sencilla. Al menos, el Informe citado no ofrece, a mi juicio, argumentos concluyentes en esa dirección.

En mi opinión, *el legislador ha sido claro al prever en la LCSP una regulación más rígida para la adjudicación directa por entidades que no son Administración Pública que la prevista en el TRLCSP*. En el texto legal parece complicado encontrar muestras de una unificación del régimen aplicable a todos los contratos menores. Los argumentos ofrecidos por el Informe de la Abogacía General

del Estado no parecen suficientes e idóneos para la finalidad que persiguen. La extensión del art. 118 LCSP a las entidades que no son Administración Pública tiene difícil encaje en una interpretación literal y sistemática, que no puede sustituirse por la posible voluntad del legislador que queda necesariamente plasmada en el texto de la Ley.

## **B. Contratos no armonizados de poderes adjudicadores no Administración Pública**

Más allá de los umbrales económicos que habilitan la adjudicación directa, el legislador prevé reglas diferenciadas para la adjudicación de los contratos de los entes que no son Administración Pública, en función de su condición o no de poder adjudicador. Si la entidad es poder adjudicador, *no se prevé una remisión específica a las reglas de preparación de los contratos que celebre*. El art. 318 LCSP se refiere únicamente a la adjudicación de estos contratos, no menciona la preparación. Parece que se deja un vacío sobre esta fase de la vida del contrato. Esta falta de regulación llama la atención, puesto que el TRLCSP, que remitía en general a las instrucciones internas de cada entidad, sí preveía que en los contratos de cuantía superior a 50.000 euros se elaborara un pliego con las características básicas del contrato, el régimen de admisión de variantes, las modalidades de recepción de las ofertas, los criterios de adjudicación, las garantías a constituir y la información sobre condiciones de subrogación en contratos de trabajo (art. 137.2 TRLCSP). Ahora no existe una previsión similar.

*Hay algunos preceptos dispersos en la Ley que, sin embargo, regulan determinados aspectos de la fase de preparación.* Sin ánimo de exhaustividad, el art. 61 LCSP se refiere a la competencia para contratar, atribuida a los órganos de contratación, con independencia de la naturaleza de la entidad. El art. 72.4 LCSP prevé la aplicación de prohibiciones de contratar por entidades que no tengan la condición de Administración Pública. En esos casos, la competencia para declarar la prohibición corresponde al titular del departamento, presidente o director del organismo al que esté adscrita o del que dependa la entidad contratante o al que corresponda su tutela o control. En relación con la solvencia, el art. 75.2 y 3 LCSP prevé la posibilidad de integrar la solvencia con medios ajenos frente a un poder adjudicador. También se prevén reglas concretas sobre los medios de acreditación de la solvencia frente a un poder adjudicador en el art. 86 LCSP. El art. 75.4 LCSP permite que los poderes adjudicadores en general puedan exigir que ciertas partes o trabajos se ejecuten directamente por el propio licitador. Por su parte, el art. 77.1 LCSP se refiere a la clasificación que será exigible para los contratistas de obras y servicios de los poderes adjudicadores y que surtirá efectos para la acreditación de su solvencia. Además, la aplicación de este precepto puede extenderse a entes del sector público que no son poder adjudicador (art.

77.5 LCSP). Por último, los poderes adjudicadores en general deben poder acreditar, en su caso, la fecha del envío del anuncio de información previa, de acuerdo con el art. 134.3 y 134.4 LCSP.

Con respecto a las reglas de adjudicación, la Ley establece que los contratos no sujetos a regulación armonizada que tengan una cuantía superior a la establecida para los contratos menores (esto es, igual o superior a 40.000 euros e inferior a 5.548.000 euros en obras y concesiones; e igual o superior a 15.000 euros e inferior a 144.000, 221.000 o 750.000 euros en servicios y suministros, según los casos) podrán adjudicarse por cualquiera de los procedimientos previstos en la Sección 2ª del Capítulo I del Título I del Libro Segundo, que regula la adjudicación de los contratos de las Administraciones Públicas (art. 318.b) LCSP). Solo establece una salvedad, que el procedimiento negociado sin publicidad se utilice exclusivamente en los casos fijados en el art. 168 LCSP. De hecho, el preámbulo de la Ley establece que los poderes adjudicadores podrán utilizar de forma indistinta cualquiera de los procedimientos previstos para las Administraciones Públicas en estos casos, a excepción del negociado sin publicidad, como acaba de señalarse. *Desaparecen, por tanto, las instrucciones de contratación como instrumentos de regulación de los procedimientos de adjudicación.* Los procedimientos que se utilicen han de ser los previstos en la LCSP.

La desaparición de las instrucciones parece clara en la Ley. *Si una entidad quiere mantener las instrucciones deberá ser para ordenar cuestiones de funcionamiento dentro del marco legalmente establecido.* Deben tener carácter interno, explicativo u organizativo, como ha señalado el Informe 2/2018 de la Abogacía General del Estado. No hay margen para regular nuevos procedimientos. Habría que preguntarse si también cabría ordenar las reglas de preparación de estos contratos, en la medida en que el legislador no realiza una remisión a las normas de las Administraciones Públicas. En principio, en la medida en que no se contradigan las disposiciones legales, esta opción podría tener cabida.

Ahora bien, más allá de estas cuestiones, *al igual que sucedía en el caso de los requisitos de los contratos menores, la interpretación del art. 318.1.b) LCSP está siendo objeto de controversia.* El precitado Informe se ha pronunciado al respecto a petición del Instituto de Crédito Oficial y ha abierto un interesante debate en la doctrina<sup>16</sup>. A la pregunta sobre la existencia de libertad de elección de proce-

.....

16 A favor de la interpretación del Informe: GIMENO FELIÚ, J.M<sup>a</sup>: «A propósito de la contratación de los poderes adjudicadores no Administración Pública en la Ley 9/2017, de contratos del sector público», (2018), disponible *online*: [www.obcp.es](http://www.obcp.es); crítico con la misma: VÁZQUEZ MATILLA, J.: «La inseguridad jurídica en la adjudicación de contratos de los PANAPS (I) y (II)», 2018, disponible *online*: [www.javiervazquezmatilla.com](http://www.javiervazquezmatilla.com)

dimiento en estos contratos, el Informe responde negativamente. En su opinión, la Ley permite optar entre «los mismos» procedimientos de contratación de las Administraciones Públicas. Lo que supone una reconducción a las reglas aplicables a las Administraciones Públicas. Esto es así –según el Informe– porque hay una remisión en bloque a las normas de adjudicación de las Administraciones Públicas en los contratos armonizados, porque se prevén los mismos umbrales de los contratos menores para la adjudicación directa y porque se suprimen las instrucciones internas de contratación. Con base en estas razones, el Informe concluye que no parece ser «el designio del legislador que contratos de los poderes adjudicadores de un valor aproximado muy próximo al de los contratos sujetos a regulación armonizada terminen, a la postre, adjudicándose por un procedimiento [...] legalmente concebido para ser tramitado con extrema agilidad por razón, precisamente, del reducido valor estimado de los contratos que pueden acogerse a él [...]».

Los argumentos invocados por la Abogacía General del Estado no parecen tan sólidos, sin embargo, como para subvertir la interpretación literal del precepto. Si el legislador hubiera querido aplicar el régimen previsto para las Administraciones Públicas, lo habría hecho del mismo modo que en el art. 317 LCSP. Este precepto se remite en bloque a las reglas de preparación y adjudicación de los contratos armonizados. No tendría por qué quedar ninguna duda. Además, la salvedad realizada para los supuestos en que cabe utilizar el procedimiento negociado sin publicidad no deja abierta, a mi parecer, la interpretación de la regla legal. Si en ese tipo de procedimiento deben concurrir los supuestos legales, en el resto de procedimientos no tienen por qué darse. *Existe, por tanto, una libertad de elección que se limita, por supuesto, por los principios generales que han de regir la contratación de todos los entes del sector público*<sup>17</sup>. En este sentido, se ha pronunciado la Dirección General de Contratación Pública de la Generalitat de Catalunya en su Informe sobre la Regulación de la nueva Ley de Contratos del Sector Público sobre «los contratos de otros entes del sector público» de 20 de diciembre de 2017, que admite la posibilidad de elección de procedimiento por parte de los poderes adjudicadores que no son Administración Pública, salvo en los casos previstos para el negociado sin publicidad.

Siendo esto así, la libertad que deja el legislador para emplear unos procedimientos u otros puede conducir a la utilización de los procedimientos más rápidos y que exigen menos trámites, como puede ser el procedimiento abierto

.....

17 A favor de esta interpretación, RAZQUIN LIZARRAGA, M.M.<sup>a</sup> / VÁZQUEZ MATILLA, FJ.: *La adjudicación de contratos públicos en la nueva Ley de Contratos del Sector Público*, Aranzadi, Cizur Menor, 2017, p. 343.

simplificado en su tramitación normal o sumaria. Aunque se produce una legalización del régimen legal, el margen abierto a estas entidades del sector público es tan amplio, que pueden seguir produciéndose situaciones de inseguridad jurídica. Para elevar el grado de certeza en los procedimientos y facilitar el funcionamiento interno de cada entidad, *parece que lo deseable en estos supuestos sería que cada entidad del sector público (o las entidades matrices de los entes instrumentales) aprobara voluntariamente una instrucción en la que establezca qué procedimientos empleará en qué tipos de supuestos*. De este modo se ganaría en seguridad jurídica y se garantizaría que, efectivamente, se cumple con los principios generales de la contratación pública que, en la regulación anterior, se concretaban en lo dispuesto en las instrucciones internas de contratación del art. 191 TRLCSP. Esta posibilidad se valora abiertamente en el Informe citado de la Administración catalana.

### C. Contratos de entidades del sector público que no son poder adjudicador

A diferencia del régimen que acaba de exponerse, se mantienen las instrucciones internas de contratación para la contratación de los entes del sector público que no son poder adjudicador. *El art. 321.1 LCSP dispone que estas entidades «aprobarán» unas instrucciones para garantizar los principios de la contratación y la adjudicación del contrato a la mejor oferta*. Además, obliga a publicar las instrucciones en el perfil de contratante de cada entidad. De acuerdo con la Disposición Transitoria 5ª LCSP, las entidades del sector público cuentan con un plazo de 4 meses desde la entrada en vigor de la Ley para adaptar sus instrucciones; esto es, hasta el 9 de julio de 2018.

El legislador no establece, sin embargo, cuáles serán las consecuencias en el caso de que no se aprueben las instrucciones; dicho de otro modo, cuál sería el régimen aplicable supletoriamente. *Tampoco queda claro el carácter autovinculante de estas instrucciones*. La propia Ley permite la adjudicación de contratos al margen de las instrucciones en dos supuestos (art. 321.2 LCSP): **a)** en los señalados para los contratos de valor estimado inferior a 40.000 euros en obras y, a 15.000 euros en servicios y suministros; **b)** y en los contratos de valor igual o superior al indicado siempre que se respeten los principios de contratación y se respeten una serie de reglas procedimentales:

- a) Publicación del anuncio de licitación en el perfil de contratante y puesta a disposición de toda la documentación por medios electrónicos.
- b) Que exista un plazo de presentación de ofertas que no sea inferior a 10 días a contar desde la publicación del anuncio de licitación.
- c) Que el contrato se adjudique a la mejor oferta de acuerdo con el art. 145 LCSP.

d) Que la adjudicación esté motivada y se publique en el perfil de contratante.

A la luz de estas normas es difícil interpretar el sentido de la nueva regulación. No se acaba con la dispersión producida por las instrucciones internas. Las entidades van a poder seguir regulando sus propios procedimientos en el marco de la Ley. Pero, además, ahora, en cada procedimiento concreto es posible apartarse de las instrucciones si se cumplen unos requisitos procedimentales mínimos. De manera que un operador económico puede no saber cómo va a contratar en un caso concreto cierta entidad, puesto que la Ley les permite diseñar procedimientos *ad hoc*. *La única virtualidad de las instrucciones internas de contratación era precisamente evitar esa posibilidad: que las entidades adaptaran sus procedimientos en cada caso*. Eran un instrumento de autovinculación de estas entidades, que reducía su discrecionalidad para diseñar los procedimientos de adjudicación. Por eso obligaban a que hubiera una serie de reglas fijadas de antemano que debían respetarse en los procedimientos concretos de contratación. Ahora las instrucciones internas se mantienen formalmente, pero ya no cumplen la función que se les atribuía en la normativa anterior desde el punto de vista del control de la contratación de cada entidad.

#### D. Reglas comunes: la regulación de las garantías

Junto a las reglas señaladas para los distintos tipos de contratos, y sin perjuicio de las particularidades de los supuestos de adjudicación directa, *el legislador extiende el régimen de las garantías exigibles en los contratos a todos los entes del sector público que no reúnen la condición de Administración Pública, en general*<sup>18</sup>. El art. 114.1 LCSP señala que los órganos de contratación de estas entidades pueden exigir la presentación de dos tipos de garantías, que se corresponden con las garantías provisional y definitiva previstas para las Administraciones Públicas:

- a) Una primera garantía que se exigiría a los licitadores o candidatos con el fin de responder por el mantenimiento de sus ofertas hasta la adjudicación o, en su caso, la formalización del contrato.
- b) Y una segunda garantía que se solicitaría al adjudicatario para asegurar la correcta ejecución de la prestación.

Estas garantías podrán presentarse en alguna de las formas previstas en el art. 108 LCSP, sin que sea necesaria su constitución en la Caja General de Depósitos. Esas formas se refieren, básicamente, a la presentación en efectivo o

.....

18 Al respecto, YÁÑEZ DÍAZ, C.: «Régimen jurídico de las garantías en la contratación pública», en GIMENO FELIÚ, J.M<sup>a</sup> (dir.): *Estudio sistemático...*, cit., pp. 995-1046, esp. p. 1045.

en valores (art. 108.1.a LCSP); mediante aval (art. 108.1.b LCSP); y mediante contrato de seguro de caución (art. 108.1.c LCSP). El órgano de contratación podrá determinar el importe de la garantía y su régimen de devolución o cancelación en atención a las características y circunstancias del contrato (art. 114.2 LCSP). Ahora bien, *el legislador remite a los límites establecidos para los contratos de las Administraciones Públicas*: el límite de la garantía provisional es del 3% del presupuesto base de licitación excluido el IVA, del importe de los lotes (si existen) o del valor estimado en el caso de acuerdos marco y sistemas dinámicos (art. 106.2 LCSP); en el caso de la garantía definitiva, se puede establecer una garantía complementaria en casos especiales por un total de hasta el 5% del precio final ofertado por el licitador que presentó la mejor oferta, excluido el IVA, pudiendo llegar a alcanzar el 10% del precio citado (art. 107.2 LCSP). Esos casos especiales se refieren a supuestos en que el órgano de contratación asuma un riesgo especial por la especial naturaleza del contrato, el régimen de pagos o condiciones de cumplimiento, o cuando la oferta del adjudicatario estuviera incurso inicialmente en presunción de anormalidad. En cualquier caso, esta decisión debe adoptarse mediante resolución motivada. En esta regulación puede apreciarse, también, un acercamiento del régimen aplicable a los contratos de las Administraciones Públicas y a los poderes adjudicadores que no son Administración Pública.

No está claro, sin embargo, si la configuración de estas garantías está sometida también a las reglas del art. 110 LCSP, relativas a las responsabilidades a las que están afectas las garantías. *El legislador no señala si esta cuestión es configurable por el órgano de contratación o si se aplica este régimen legal*. Al no establecerse ninguna regulación podría pensarse que cabe una configuración más allá de lo dispuesto en la LCSP.

## 2. CONTRATOS SOMETIDOS A LAS DIRECTIVAS DE CONTRATACIÓN

Hasta el momento se han expuesto las reglas de preparación y adjudicación de los contratos que no están sometidos a las Directivas de contratación con sus distintas variantes, que difieren en mayor o menor medida de las reglas previstas para las Administraciones Públicas. *En el caso de la preparación de los contratos armonizados, celebrados necesariamente por un poder adjudicador, el legislador se remite al régimen aplicable a la contratación de las Administraciones Públicas*<sup>19</sup>.

.....

19 NOGUERA DE LA MUELA, B.: «El ámbito subjetivo de aplicación de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público. Compra conjunta y centrales de compra», en GIMENO FELIÚ, J.M<sup>a</sup> (dir.): *Estudio sistemático...*, cit., pp. 233-280, esp. p. 271.



Bajo la vigencia del TRLCSP, *la preparación de estos contratos se redirigía solo parcialmente a la regulación prevista para las Administraciones Públicas* (art. 137.1 TRLCSP). Se debían observar las reglas de definición y establecimiento de prescripciones técnicas (art. 117 TRLCSP), las condiciones especiales de ejecución del contrato (art. 118 TRLCSP), la información sobre las obligaciones relativas a la fiscalidad, protección del medio ambiente, empleo y relaciones laborales (art. 119 TRLCSP), así como la información sobre las condiciones de subrogación en contratos de trabajo (art. 120 TRLCSP). Además, se preveía la posibilidad de tramitar urgentemente la adjudicación aplicando el art. 112.2.b) TRLCSP.

En el nuevo régimen legal, de acuerdo con el art. 317 LCSP, la preparación de los contratos sujetos a regulación armonizada se rige por las reglas contenidas en la Sección 1ª del Capítulo I del Título I del Libro II. La Sección 1ª regula la preparación de los contratos de las Administraciones Públicas (arts. 115 y ss.). Asimismo, *el artículo 317 LCSP se remite a las reglas aplicables a los contratos de las Administraciones Públicas* contenidas en la Sección 2ª del Capítulo I del Título I del Libro II (arts. 131 y ss. LCSP). Se produce, de este modo, una clara convergencia en el régimen jurídico aplicable a las Administraciones Públicas y a los poderes adjudicadores que no son Administración Pública.

## V. FORMALIZACIÓN Y PERFECCIONAMIENTO DEL CONTRATO

Las reglas de formalización y perfeccionamiento de los contratos de los poderes adjudicadores que no son Administración Pública se contienen en los arts. 36, 37.1 y 37.3 LCSP. De acuerdo con estas normas, *los contratos celebrados por los poderes adjudicadores (con independencia de su carácter de Administración Pública o no)*, salvo los contratos menores y los contratos basados en un acuerdo marco o en un sistema dinámico de adquisición, *se perfeccionan con su formalización* (art. 36.1 LCSP). De modo que el momento de perfeccionamiento del contrato es la formalización posterior a la adjudicación. En cuanto a los plazos de formalización, hay que atender al art. 37.3 LCSP. Si el contrato es susceptible de recurso especial conforme al art. 44 LCSP, la formalización del contrato deberá seguir los plazos del art. 153 LCSP. De acuerdo con esta disposición, la formalización no podrá efectuarse antes de que transcurran quince días hábiles desde que se remita la notificación de la adjudicación a los licitadores y candidatos (art. 153.3 LCSP). En el caso de los contratos basados en un acuerdo marco o en un sistema dinámico de adquisición, el momento del perfeccionamiento es la adjudicación

(art. 36.3 LCSP). Además, no cabe la contratación verbal, salvo los contratos de emergencia (art. 37.1 LCSP).

Nada se dice con respecto a la formalización y perfeccionamiento de los contratos de entidades del sector público que no son poder adjudicador. Únicamente se dispone que los entes del sector público no pueden contratar verbalmente, salvo que el contrato tenga carácter de emergencia (art. 120.1 LCSP). *Cabría entender que en estos casos se aplica de forma supletoria el Derecho civil, conforme al cual el contrato se perfecciona con el mero consentimiento* (arts. 1.258 y 1.262 CC). Ese consentimiento se manifiesta con el concurso de la oferta y la aceptación sobre la cosa y la causa del contrato. De modo que en el momento de la adjudicación del contrato se produce ese consentimiento por parte de la entidad adjudicadora, perfeccionando el contrato.

En cuanto al lugar de celebración de los contratos, se entiende que *todos los contratos del sector público se celebran en el lugar donde se encuentra la sede del órgano de contratación* (art. 36.4 LCSP). Esa regla se aplica, por tanto, a todos los contratos celebrados por poderes adjudicadores que no son Administración Pública.

## VI. EFECTOS, CUMPLIMIENTO Y EXTINCIÓN

### 1. CONTRATOS DE PODERES ADJUDICADORES NO ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

#### A. Reglas generales

De acuerdo con el art. 319.1 LCSP, los efectos y extinción de los contratos celebrados por poderes adjudicadores que no son Administración Pública se rigen por las normas de derecho privado. Esto concuerda con el carácter privado de estos contratos<sup>20</sup>. Ahora bien, *esta remisión en bloque a las normas de derecho privado se matiza con la aplicación de algunas disposiciones concretas establecidas en la Ley*. Así, se determina la aplicación de las normas relativas a las obligaciones en materia medioambiental, social y laboral (art. 201 LCSP), las condiciones especiales de ejecución (art. 202 LCSP), la modificación del contrato (arts. 203-205 LCSP), la cesión y subcontratación (arts. 214-217 LCSP), la racionalización técnica de la contratación (arts. 218-228 LCSP); y las condiciones de pago establecidas en los arts. 198.4, 210.4 y 243.1 LCSP.

.....

20 DEL SAZ CORDERO, S.: «El régimen jurídico de los contratos del sector público. Contratos administrativos y contratos privados (arts. 24, 25, 26 y 27 LCSP/2017)», en GIMENO FELLIÚ, J.M<sup>a</sup> (dir.): *Estudio sistemático...*, cit., pp. 545-570, esp. pp. 561-562.

Con respecto a las obligaciones de carácter medioambiental, social y laboral y las condiciones de ejecución, se aprecia un compromiso del legislador de extender una perspectiva estratégica de la contratación pública a todos los contratos celebrados por poderes adjudicadores. De manera que, *a través de los contratos se puedan hacer efectivos objetivos que van más allá de los fines económicos de la contratación*. Ese giro estratégico se anuncia claramente en el art. 1.3 LCSP, cuando señala que «en toda contratación pública se incorporarán de manera transversal y preceptiva criterios sociales y medioambientales siempre que guarden relación con el objeto del contrato». De hecho, en la Disposición Adicional 48ª LCSP se introduce también la posibilidad de que los poderes adjudicadores celebren contratos reservados.

## B. La modificación de los contratos

En relación con la modificación del contrato, hay que tener en cuenta que el legislador se cuida de cumplir las exigencias procedentes de la Directiva 2014/24/UE (art. 72), vinculadas al buen funcionamiento del mercado interior<sup>21</sup>. Por esa razón, *extiende el régimen de modificación de los contratos de las Administraciones Públicas a los contratos celebrados por poderes adjudicadores que no son Administración Pública*. Conforme a estas reglas, los contratos solo podrán modificarse durante su vigencia por las causas previstas en los pliegos de cláusulas administrativas particulares (arts. 203.2.a) y 204 LCSP) o, excepcionalmente, cuando se trate de modificaciones por causas imprevistas siempre que concurran las circunstancias previstas en el art. 205 LCSP.

Por lo que respecta a la obligatoriedad de las modificaciones, hay que distinguir entre modificaciones previstas e imprevistas. Las primeras parecen obligatorias por su propia naturaleza tanto para las Administraciones Públicas como para el resto de poderes adjudicadores<sup>22</sup>. Al estar previstas en los pliegos se entiende que el contratista se ha comprometido a llevarlas a cabo, en el caso de que surjan las circunstancias establecidas en los pliegos. Sin embargo, el legislador *no aplica a los poderes adjudicadores no Administración Pública el artículo 206 LCSP, relativo a la obligatoriedad de las modificaciones imprevistas del contrato cuando no superen el 20% del precio inicial del contrato sin IVA*. De modo que, con carácter general, será precisa la previa conformidad del contratista para lle-

.....

21 COLÁS TENAS, J.: «La reforma de la legislación de contratos públicos en la Ley de Economía Sostenible: el régimen de modificación de los contratos públicos», *Revista Española de Derecho Administrativo*, 153 (2012), pp. 253-276.

22 GUTIÉRREZ COLOMINA, V.: «Modificación de los contratos en la Ley de Contratos del Sector Público», *Revista de Estudios Locales. Cunal*, 205 (2017), pp. 252-273, esp. p. 263.

var a cabo la modificación<sup>23</sup>. En estos casos no se ejerce ningún *ius variandi*<sup>24</sup>, como sí sucede cuando una Administración Pública modifica el contrato por causas imprevistas y la cuantía no excede del 20% del precio inicial del contrato, excluido el IVA (art. 206.1 LCSP). Se produce, eso sí, una publicación de las reglas privadas de ejecución del contrato<sup>25</sup>, en la línea de uno de los ejes que explican los cambios de la nueva regulación legal que se han expuesto al inicio de la exposición.

Con respecto al procedimiento aplicable a la modificación, el legislador no aplica a los contratos de poderes adjudicadores no Administración Pública, las especialidades previstas en el art. 207 LCSP. No obstante, se introducen algunas exigencias en esta clave en el art. 319.1, § 2 LCSP. *Cuando se quiera modificar por causas imprevistas un contrato de importe igual o superior a 6.000.000 euros, y la modificación fuera superior al 20% del precio inicial del contrato (IVA excluido), será necesaria la autorización del Departamento ministerial o del órgano de la Administración autonómica o local al que esté adscrita o corresponda la tutela de la entidad contratante, previo dictamen preceptivo del Consejo de Estado u órgano autonómico equivalente.*

### C. Causas de resolución contractual

El legislador también establece precisiones específicas para la extinción de los contratos celebrados por poderes adjudicadores no Administración Pública. Concretamente, establece las siguientes causas de resolución:

- a) La primera es la causa establecida en el art. 211.1.i) LCSP –a la que se remite expresamente el art. 319.2 LCSP al referirse erróneamente al art. 211.i) en lugar de al art. 211.1.i) LCSP–. Conforme a esta norma, si du-

.....

- 23 En ese sentido, GARCÉS SANAGUSTÍN, M.: «El nuevo régimen jurídico de la modificación de los contratos públicos», en PAREJO ALFONSO, L. / PALOMAR OLMEDA, A. (dirs.): *El nuevo marco de la contratación pública*, Bosch, Barcelona, 2012, pp. 67-139, esp. pp. 71-72.
- 24 CALVO RUATA, P.: «La zozobra de la modificación de contratos públicos. ¿Tiempos de hacer de la necesidad virtud?», *Anuario Aragonés del Gobierno Local*, 3 (2012), pp. 369-441, esp. pp. 374-375; también, COLÁS TENAS, J.: «La reforma...», ob. cit. (2012), p. 277; y DÍEZ SASTRE, S.: «El régimen de modificación de los contratos públicos: los nuevos límites del *ius variandi* y la autonomía de la voluntad», en ALMEIDA CERREDA, M. / MARTÍN DELGADO, I. (coords.): *La nueva contratación pública. Actas del I Congreso de la Red Internacional de Derecho Europeo*, 2015, pp. 47-62, esp. p. 58.
- 25 Al respecto, de forma crítica, PARDO GONZÁLEZ, M.: «Las fuentes de la contratación pública y las perspectivas de futuro inmediato», en PAREJO ALFONSO, L. / PALOMAR OLMEDA, A. (dirs.): *El nuevo marco de la contratación pública*, Bosch, Barcelona, 2012, pp. 21-64, esp. p. 47.

rante la ejecución del contrato, el contratista no pagara los salarios a los trabajadores que ejecutan el contrato o incumpliera las condiciones establecidas en los convenios colectivos en vigor para esos trabajadores, concurriría una causa de resolución del contrato. La aplicación de esta causa de resolución está en la línea de refuerzo del carácter estratégico de la contratación pública, como se ha apuntado anteriormente. El legislador se remite exclusivamente al precepto que prevé esta causa de resolución (art. 211.1.i) LCSP), de manera que no parece obligado extender su aplicación también a lo dispuesto específicamente en el art. 212.1, §2 LCSP para invocar esta causa de resolución. En virtud de esta disposición, la resolución del contrato con base en esa causa solo se acordará, con carácter general, a instancia de los representantes de los trabajadores en la empresa contratista. El órgano de contratación solo podría acordar la resolución de oficio por esta causa cuando los trabajadores afectados por los impagos sean trabajadores en los que proceda la subrogación prevista en el art. 130 LCSP y el importe de los salarios adeudados por la empresa contratista supere el 5% del precio de adjudicación del contrato.

- b) En segundo lugar, hay que tener en cuenta que, *si no es posible modificar el contrato por las causas previstas o imprevistas en las condiciones legalmente establecidas (arts. 204 y 205 LCSP), será necesario proceder a su resolución y celebrar un nuevo contrato (art. 203.2, §2 LCSP)*. Los arts. 26.3 *in fine* y 319.2 LCSP se remiten expresamente a esta causa de resolución de los contratos referida a la imposibilidad de ejecutar la prestación en los términos inicialmente pactados, cuando no cabe una modificación ajustada a la Ley o cuando el contratista no acepte la modificación del contrato propuesta y esta no sea obligatoria<sup>26</sup>.
- c) Asimismo, en los contratos de concesión, de obras o servicios, se aplican las causas de resolución previstas en los arts. 279 y 294 LCSP. Ahora bien, como sucedía con las modificaciones imprevistas en contratos de un alto importe, en estos contratos de concesión, la resolución por ciertas causas, *deberá acordarse por el Departamento ministerial o el órgano de la administración autonómica o local al que se adscriba o corresponda la tutela del poder adjudicador. Se trata en concreto, de las siguientes: el rescate de la obra o servicio (arts. 279.c) y 294.c) LCSP), la supresión de su explotación por razones de interés público (arts. 279.d) y 294.d) LCSP), el secuestro o la intervención (arts. 279.f) y 294.f) LCSP)*.

\*\*\*\*\*

26 BARRERO RODRÍGUEZ, C.: «Las causas de resolución de los contratos administrativos en la nueva Ley de Contratos del Sector Público de 2017», *Documentación Administrativa*, 4 (2017), pp. 52-70, esp. p. 55.

d) Por último, el art. 320 LCSP remite a lo dispuesto en el art. 314.2 LCSP, cuando se exige responsabilidad del contratista por *defectos o errores del proyecto en contratos de servicios consistentes en la elaboración íntegra de un proyecto de obra*. Conforme a este segundo precepto, cuando el órgano de contratación aprecia errores o deficiencias en este tipo de contratos, el órgano de contratación dará un plazo no superior a dos meses al contratista para que proceda a subsanarlos. Si transcurrido ese plazo, las deficiencias persisten, el órgano de contratación puede optar por la resolución del contrato o conceder un nuevo plazo al contratista.

Por lo que respecta a la aplicación de las causas de resolución, el legislador no se remite a lo establecido para las Administraciones Públicas en el art. 212 LCSP, de modo que será procedente aplicar a estos efectos las normas de Derecho privado.

## 2. CONTRATOS DE ENTES DEL SECTOR PÚBLICO QUE NO SON PODER ADJUDICADOR

A diferencia de la intensa administrativización del régimen de ejecución de los contratos de los poderes adjudicadores que no son Administración Pública, la ejecución de los contratos celebrados por entes del sector público que no son poder adjudicador se remite sencillamente a las normas de Derecho privado que resulten de aplicación (arts. 26.4 y 322 LCSP). *Estos contratos son los únicos que conservan su carácter netamente privado, junto con los contratos no armonizados privados celebrados por las Administraciones Públicas, a los que, sorprendentemente, se les aplica un régimen de ejecución de Derecho privado, menos administrativizado que el vigente para los mismos contratos celebrados por poderes adjudicadores que no son Administración Pública. Únicamente se prevé la aplicación de las reglas del art. 314 LCSP sobre petición de responsabilidad al contratista por defectos o errores del proyecto cuando se contrate la elaboración íntegra de un proyecto de obras.*

## VII. RÉGIMEN DE INVALIDEZ, IMPUGNACIÓN Y REVISIÓN DE LAS DECISIONES CONTRACTUALES

### 1. CAUSAS DE INVALIDEZ

#### A. Contratación de poderes adjudicadores no Administración Pública

Ya se ha señalado que uno de los ejes que vertebra la nueva regulación de la LCSP es la tendencia a unificar el régimen aplicable a los contratos de todos los poderes adjudicadores, sean o no Administración Pública. En esa clave puede explicarse la diferencia existente entre el ámbito de aplicación de la regulación

de los supuestos de invalidez contractual en el TRLCSP y la LCSP. El TRLCSP (art. 31) regulaba únicamente los supuestos de invalidez de los contratos celebrados por las Administraciones Públicas, así como de los contratos armonizados celebrados por poderes adjudicadores no Administración Pública (incluidos los contratos subvencionados del art. 17 TRLCSP). Sin embargo, en la nueva normativa, el régimen de invalidez previsto en la LCSP se aplica a todos los contratos celebrados por poderes adjudicadores (art. 38 LCSP). Esto significa que la LCSP extiende el ámbito de aplicación de estas normas a los contratos no armonizados celebrados por poderes adjudicadores no Administración Pública. Solo los contratos celebrados por entes del sector público que no son poder adjudicador se registrarán por el régimen de invalidez de los contratos del Derecho privado. Esta medida cobra todo su sentido si se pone en relación con el régimen aplicable a los contratos de los poderes adjudicadores no Administración Pública (arts. 316-320 LCSP). El legislador ya no se remite a las instrucciones internas de contratación de estas entidades (como hacía el art. 191 TRLCSP), sino que «legaliza» su régimen jurídico.

Con respecto a la regulación de la invalidez, se introducen algunas novedades en las causas específicas de nulidad contractual –sin perjuicio de la remisión a las causas generales de nulidad de la legislación de procedimiento administrativo (art. 47 Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, LPACAP)–. Dos de las causas se encontraban en la legislación anterior: a) falta de capacidad de obrar o de solvencia, así como estar incurso en prohibición de contratar, *a lo que ahora se suma también la falta de habilitación empresarial o profesional, así como la falta de clasificación, cuando proceda* (art. 39.2.a) LCSP); y b) carencia o insuficiencia de crédito, salvo los supuestos de emergencia (art. 39.2.b) LCSP). Otra de las causas es nueva: un contrato será nulo cuando el TJUE, conforme al art. 260 TFUE –relativo al recurso de incumplimiento–, declare un incumplimiento grave de normas de Derecho de la Unión Europea en materia de contratación que ponga de manifiesto que el contrato no debería haberse adjudicado al contratista (art. 39.2.g) LCSP).

Además, la Ley incorpora a este listado las causas especiales de nulidad contractual que anteriormente se regulaban de forma separada en el art. 37 TRLCSP. Con esta decisión, el legislador elimina la distinción entre causas especiales de nulidad y el resto de causas de invalidez de este tipo. Este cambio en la sistemática de la Ley puede relacionarse con la desaparición de la cuestión de nulidad –prevista en el art. 39 TRLCSP–. Puesto que ya no hay un recurso específico ligado a la concurrencia de estas causas, no hay razón para regularlas de forma separada; por eso se incluyen directamente entre las causas de nulidad. Ahora bien, *el legislador aprovecha esta modificación para ampliar el ámbito sobre el que*

se proyectan estas causas e, incluso, las circunstancias vinculadas a la nulidad. En el marco del TRLCSP estas causas se aplicaban exclusivamente a los contratos sujetos a regulación armonizada y a los contratos de servicios comprendidos en las categorías 17 a 27 del Anexo II con valor estimado igual o superior a 209.000 euros (art. 37.1 TRLCSP). En la actualidad, estas causas se aplican a cualquier contrato celebrado por un poder adjudicador, con independencia de su carácter armonizado o no (arts. 38 y 39 LCSP). Además, hay que tener en cuenta que el recurso especial se amplía a otros contratos más allá de los armonizados (art. 44 LCSP). Todas estas circunstancias explican la modificación de estos supuestos de nulidad.

- a) Junto a la *falta de publicación del anuncio de licitación en el Diario Oficial de la Unión Europea en los casos en que sea preceptivo (art. 37.1.a) TRLCSP*, se incluye la *falta de publicación del anuncio de licitación en el perfil de contratante alojado en la Plataforma de Contratación del Sector Público* o en los servicios de información similares a nivel autonómico o en el medio de publicidad que sea preceptivo según el art. 135 LCSP (art. 39.2.c) LCSP). De modo que el vicio de falta de publicación se amplía a otros instrumentos para dotar de sentido a la aplicación de esta causa de nulidad en los contratos no sujetos a regulación armonizada.
- b) En segundo lugar, la Ley prevé la nulidad del contrato cuando se produzca una *vulneración del plazo para su formalización* siempre que el licitador se vea privado de la posibilidad de interponer recurso contra los actos del procedimiento de adjudicación y, además, concurra una infracción de los preceptos que regulan la adjudicación que impide al licitador obtener el contrato (art. 37.1.b) TRLCSP y actual art. 39.2.d) LCSP).
- c) Asimismo, se prevé la *nulidad del contrato formalizado sin respetar la suspensión automática derivada de la interposición del recurso especial contra el acto de adjudicación o las medidas provisionales de suspensión* acordadas por el órgano competente para conocer del recurso especial (art. 37.1.c) y actual art. 39.2.e) LCSP). Tanto esta causa de nulidad como la anterior están claramente orientadas a dotar de eficacia al recurso especial que, con la nueva LCSP, no se aplica únicamente a los contratos sujetos a regulación armonizada, sino a otros contratos no armonizados que superan ciertas cuantías (art. 44 LCSP).
- d) En relación con *los acuerdos marco y los sistemas dinámicos de adquisición*, se restringe el supuesto determinante para declarar la nulidad contractual. Deben vulnerarse las normas de adjudicación de los contratos cuando se hubiera admitido a varios empresarios, de modo que esa vulneración hubiera determinado que la adjudicación beneficiara a otro licitador (art.



39.2.f) LCSP). El art. 37.1.d) y 37.1.e) TRLCSP se refería, sin embargo, a la vulneración, en general, de las normas de adjudicación de los acuerdos marco y de los sistemas dinámicos de adquisición, respectivamente.

Por otro lado, hay que destacar que, a diferencia de la legislación anterior, la LCSP introduce un listado de causas de anulabilidad propias del ámbito contractual. De este modo, ofrece mayor seguridad jurídica, al no ser necesario realizar en estos casos un juicio sobre la posible gravedad de la infracción, con el fin de determinar si es constitutiva o no de nulidad. Las nuevas causas de anulabilidad se exponen a continuación:

- a) La primera causa se refiere al *incumplimiento de las circunstancias y requisitos vinculados a la modificación de los contratos en los artículos 204 y 205 LCSP* (art. 40.a) LCSP). El primero de estos preceptos se refiere a la posibilidad de modificar los contratos por causas previstas en los pliegos de cláusulas administrativas particulares. Alguno de los límites que introduce son, sin ánimo de exhaustividad, que la modificación se produzca durante la vigencia del contrato y que la modificación afecte a un máximo del 20 % del precio inicial del contrato; que la modificación esté prevista de forma clara, precisa e inequívoca; y que no afecte la naturaleza global del contrato inicial. El segundo de los preceptos mencionados regula la posibilidad de modificar los contratos con base en causas imprevistas en los pliegos de cláusulas administrativas particulares. Las modificaciones en estos casos deben afectar a lo que sea estrictamente indispensable para responder a la causa que las justifica y deben vincularse a alguno de los supuestos previstos: que se añadan prestaciones adicionales (art. 205.2.a) LCSP); que la modificación se justifique por circunstancias sobrevenidas e imprevisibles en el momento en que tuvo lugar la licitación (art. 205.2.b) LCSP); o que la modificación no sea sustancial (art. 205.2.c) LCSP). En el caso de que se incumpla alguna de estas condiciones y se proceda a modificar un contrato, el contrato devendría anulable, con las consecuencias que ello acarrea. Si se incumplen requisitos de otro tipo vinculados a la modificación, como pueden ser las exigencias procedimentales o de publicación, habría que incardinarlos en las causas de nulidad o de anulabilidad que se han expuesto anteriormente.
- b) *La segunda causa de anulabilidad alude a las disposiciones, actos o resoluciones emanados de un poder adjudicador que otorguen, directa o indirectamente, ventajas a las empresas que hayan contratado previamente con la Administración* (art. 40.b) LCSP). Esta misma causa se incluía entre las causas de nulidad en el art. 32.d) TRLCSP. El legislador ha decidido, sin embargo, rebajar el grado de invalidez que se deriva de este tipo de actuaciones.

- c) Por último, hay que referirse a los encargos a medios propios realizados por poderes adjudicadores, que no cumplan todos los requisitos previstos en el artículo 32 apartados 2, 3 y 4 LCSP (art. 40.c) LCSP). Dicho de otro modo, cuando se realice un encargo vertical descendente, ascendente u horizontal (entre entidades hermanas) que involucre a un poder adjudicador y un medio propio o a dos medios propios entre sí, el incumplimiento del régimen legal tiene como consecuencia la anulabilidad del encargo.

Al igual que el art. 36 TRLCSP, la LCSP prevé la aplicación de causas de invalidez de Derecho civil a los contratos públicos. *En realidad, no existe una diferencia de fondo entre las causas de invalidez de Derecho civil y de Derecho administrativo.* Muchas de las causas de Derecho civil no tendrán aplicación en la práctica en la medida en que se solapan con las causas de invalidez de Derecho administrativo. Los vicios en la actuación de la Administración estarán subsumidos en las causas de Derecho administrativo, de modo que la aplicación de las causas de Derecho civil será residual. Su utilidad puede reconducirse, sin embargo, a los casos relativos a la formación de la voluntad del particular que contrata con la Administración.

Por último, a pesar de que el título del art. 42 LCSP es diferente al art. 35 TRLCSP («Efectos de la declaración de nulidad y efectos en supuestos de anulabilidad»), *la regulación de los efectos de la invalidez de los contratos que contiene es la misma.* No hay cambios con respecto al contenido y no se diferencia entre los efectos materiales derivados de los supuestos de nulidad y anulabilidad. Únicamente se añade que los efectos previstos pueden acordarse por sentencia judicial previa declaración de lesividad e interposición de recurso contencioso-administrativo (art. 42.4 LCSP)<sup>27</sup>.

## B. Contratación de los entes del sector público que no son poder adjudicador

Como se ha señalado, el régimen de invalidez previsto en la LCSP únicamente es aplicable a los contratos celebrados por poderes adjudicadores. *No se prevén normas especiales de invalidez para los contratos celebrados para los entes del sector público que no son poder adjudicador. Es preciso, por tanto, integrar el régimen aplicable a estas entidades con base en las reglas del sistema de fuentes.* En un principio, sería preciso acudir a las normas generales de Derecho Administrativo. Los arts. 47 y ss. LPACAP prevén las causas de nulidad y anulabilidad

.....

27 Sobre esta cuestión, con más detalle, DÍEZ SASTRE, S.: «La invalidez de los contratos públicos», en GIMENO FELIÚ, J.M<sup>a</sup> (dir.): *Estudio sistemático de la Ley de Contratos del Sector Público*, Aranzadi, Cizur Menor, 2018, pp. 571-598, esp. pp. 581 y ss.

de los actos de las Administraciones Públicas. Si se atiende a la definición del concepto de Administración Pública que contiene la propia LPACAP (art. 2.3), se comprueba que solo habrá algunos casos en los que una entidad que se considera Administración Pública a los efectos de la LPACAP es al mismo tiempo ente del sector público no poder adjudicador para la LCSP: cuando una entidad pública empresarial o una entidad de Derecho público no reúna las condiciones de poder adjudicador. En el resto de casos, por ejemplo, cuando contrate una sociedad mercantil pública o un fondo sin personalidad jurídica, no podrá entenderse que se trata de una Administración Pública con el fin de aplicar la LPACAP. De manera que podría señalarse que solo cuando una entidad del sector público que no es poder adjudicador sea una entidad de Derecho público, se podrían aplicar supletoriamente las causas de invalidez generales de la LPACAP. En el resto de casos, habría que acudir a las causas de invalidez contenidas en el Código Civil.

*Los supuestos de nulidad de Derecho civil serían los siguientes*<sup>28</sup>: a) la falta de consentimiento, de acuerdo con los arts. 1261 y 1262 CC; b) el carácter imposible, ilícito o indeterminable del objeto del contrato (art. 1273 CC); c) la inexistencia o ilicitud de la causa (art. 1275 CC); d) la contravención de una Ley imperativa o del orden público (art. 1255 CC); y e) la insuficiencia de poder del firmante de la proposición (art. 1259 CC) –aunque este trámite puede subsanarse al comienzo de la licitación y, tras la adjudicación, pasaría a ser un vicio de invalidez de Derecho administrativo–. Por su parte, las causas de anulabilidad serían: a) la falta de capacidad del licitador, distinta de la capacidad de obrar, que se regula como causa de nulidad de Derecho administrativo (arts. 1263-1264 CC); b) el error como vicio en el consentimiento padecido por el licitador o el ente adjudicador (arts. 1265-1266 CC); c) el dolo, si una de las partes induce a la otra a celebrar un contrato que no habría celebrado (arts. 1265, 1269 y 1270 CC); y d) la violencia e intimidación al licitador a la hora de presentar su proposición (arts. 1265, 1267 y 1268 CC).

La caracterización de los actos de preparación y adjudicación de los entes del sector público como actos administrativos a efectos de su revisión, podría ofrecer algún argumento más para aplicar el régimen general de invalidez de Derecho Administrativo a estas entidades que no son poder adjudicador. *En la medida en que se trata de actos administrativos, podría entenderse que el legislador ha querido equipararlos a los actos de las Administraciones Públicas, de los que se*

.....

28 Sobre esta cuestión, DOMINGO ZABALLOS, M.J. / FERNÁNDEZ BUENDÍA, J.A.: «La invalidez de los contratos en la Ley de Contratos del Sector Público de 2017», *Revista de Estudios Locales. Cunal*, 205 (2017), pp. 112-127, esp. pp. 116 y ss.

*predica la invalidez en los casos de los arts. 47 y ss. LPACAP.* No se trata, sin embargo, de una argumentación libre de crítica, en la medida en que la literalidad de los arts. 47 y 48 LPACAP se refiere a los actos de las Administraciones Públicas, no a los actos administrativos. Y, como se ha señalado anteriormente, conforme a un criterio subjetivo, las entidades del sector público que no son poder adjudicador no serán, normalmente, Administraciones Públicas a los efectos de la LPACAP.

## 2. MECANISMOS DE IMPUGNACIÓN

### A. Preparación y adjudicación

#### a) *Contratos de poderes adjudicadores no Administración Pública*

La impugnación de los actos de preparación y adjudicación de poderes adjudicadores son susceptibles de recurso especial. En este sentido, hay que tener en cuenta que la Ley rebaja los umbrales económicos de acceso al recurso y se amplían los contratos susceptibles de impugnación, para adaptarse a las nuevas Directivas europeas (art. 44.1 LCSP). Se mantiene el carácter potestativo del recurso y se afirma su gratuidad para los recurrentes (art. 44.7 LCSP); y se depuran las reglas relativas a su configuración y tramitación (arts. 45 y ss. LCSP)<sup>29</sup>. Las especialidades en materia de recurso especial para los contratos de los poderes adjudicadores que no son Administración Pública se centran en una única cuestión: la determinación del órgano competente para conocer del recurso. Al respecto, el legislador señala que en estos casos *la competencia corresponde al órgano independiente que la ostente respecto de la Administración a la que esté vinculada la entidad autora del acto recurrido* (art. 47.1 LCSP). Si la entidad estuviera ligada a más de una Administración, habrá que atender a la que tenga un control o participación mayoritaria. Y si ninguna tuviera un control o participación mayoritaria, será competente el órgano independiente que elija el recurrente de entre los que pueden llegar a ser competentes en razón de la Administración de adscripción.

Más allá de los casos en que proceda interponer el recurso especial, el legislador prevé la posibilidad de que se interpongan los recursos administrativos regulados en la legislación administrativa general contra los actos dictados en los procedimientos de adjudicación. *Los actos que se dicten en los procedimientos de adjudicación de poderes adjudicadores que no son Administración Pública en contratos que no son susceptibles de recurso especial, se impugnarán en vía adminis-*

.....

29 En relación con la nueva regulación del recurso, por todos: COLÁS TENAS, J.: «El recurso especial en materia de contratación: principales novedades de la Ley de Contratos del Sector Público», *Revista de Estudios Locales. Cunal*, 205 (2017), pp. 142-154.

*trativa*. No se trata, por tanto, del listado de actuaciones susceptibles de recurso especial, sino únicamente de los actos dictados en el seno del procedimiento de adjudicación, de acuerdo con la literalidad del precepto legal (art. 44.6 LCSP).

Además, la jurisdicción contencioso-administrativa es competente para resolver los conflictos relativos a la preparación y adjudicación de todos los contratos de poderes adjudicadores no Administración Pública (art. 27.1.c) LCSP), con independencia de su carácter armonizado o no armonizado, de su posible impugnación o no mediante recurso especial y del objeto de impugnación (actos de preparación y adjudicación o el propio contrato). El legislador realiza, así, una unificación de la jurisdicción competente en esta fase precontractual, con independencia de la naturaleza del contrato y del tipo de ente adjudicador. Se corrige, de este modo, la criticada dispersión que se había producido con la regulación del TRLCSP, que atribuía a la jurisdicción civil el conocimiento de los conflictos de preparación y adjudicación de contratos no armonizados celebrados por entes del sector público que no eran Administración Pública (art. 21.2 TRLCSP); y se vuelve a aplicar la teoría de los actos separables<sup>30</sup>.

#### b) *Contratos de entes del sector público que no son poder adjudicador*

La impugnación de los actos de preparación y adjudicación de los entes del sector público que no son poder adjudicador debe realizarse mediante los recursos administrativos previstos en la legislación administrativa general y ante los órganos de la jurisdicción contencioso-administrativa. Se consuma, así, la aplicación de la teoría de los actos separables, que ha sido acogida favorablemente por la doctrina<sup>31</sup>. El problema estará en la caracterización de los recursos administrativos pertinentes, así como en la determinación del órgano competente en la entidad matriz de la que dependa la entidad adjudicadora.

### B. Modificaciones contractuales

En los casos en que el conflicto tiene origen en una modificación contractual realizada por un poder adjudicador no Administración Pública, la determina-

.....

30 Al respecto, CUDERO BLAS, J.: «El control jurisdiccional de la preparación y adjudicación de los contratos del sector público. Análisis de la jurisprudencia española y comunitaria. Ley 30/2007, de 1 de octubre», *Revista General de Derecho Administrativo*, 18 (2008), pp. 1-60, esp. p. 26; y DíEZ SASTRE, S.: *La tutela...* (2008), ob. cit., p. 189.

31 En este sentido, GAMERO CASADO, E.: «Régimen de los actos separables de los contratos privados del sector público; especial referencia a las entidades instrumentales con personalidad de Derecho privado», *Revista de Estudios Locales. Cunal*, 205 (2017), pp. 128-141, esp. p. 140.

ción de la jurisdicción competente es compleja. Hay que distinguir entre dos supuestos:

- a) En primer lugar, si se impugna una *modificación contractual por un posible incumplimiento de las reglas establecidas en los artículos 204 y 205 LCSP, que supone que debería realizarse una nueva adjudicación es competente la jurisdicción contencioso-administrativa* (art. 27.1.c) LCSP). El legislador no diferencia entre los supuestos que pueden ser susceptibles de recurso especial (art. 44.2.d) LCSP) y aquellos que no lo son. La obligación de cumplir con las exigencias de los arts. 204 y 205 se extiende a todos los contratos celebrados por los poderes adjudicadores no Administración Pública, y la jurisdicción contencioso-administrativa es competente para salvaguardar el cumplimiento de esas disposiciones<sup>32</sup>.
- b) Ahora bien, si la causa que se alega frente a la modificación contractual no está relacionada con lo dispuesto en los arts. 204 y 205 LCSP, sino que *se basa en otros motivos, que estarán vinculados normalmente a la aplicación de normas de derecho privado, es competente la jurisdicción civil* (art. 27.2.a) LCSP).

El legislador ha optado, de este modo, por una atribución de competencia jurisdiccional basada en la naturaleza o la ubicación sistemática de las normas que son objeto de aplicación en el litigio concreto, y no en la naturaleza administrativa o privada del contrato o en la naturaleza de la entidad contratante. *Se gana, así, en seguridad jurídica y uniformidad en la determinación de los criterios jurisprudenciales que deben resolver los conflictos apoyados en la misma norma.* En este caso, se asegura que la interpretación de las previsiones de los arts. 204 y 205 LCSP quede en manos exclusivamente de los órganos de la jurisdicción contencioso-administrativa.

En el caso de las modificaciones realizadas por entes del sector público que no son poder adjudicador, habrá que estar a las reglas generales de impugnación de las actuaciones de ejecución, que se exponen seguidamente.

### C. Actuaciones de ejecución, en general

En los conflictos referidos a la ejecución y extinción de los contratos celebrados por poderes adjudicadores no Administración Pública, excluidos los ligados a la modificación, el legislador establece la competencia de la jurisdicción civil (art. 27.2.a) LCSP). En la medida en que los contratos de los poderes adju-

.....

32 Valora positivamente esta nueva regulación, BAÑO LEÓN, J.M<sup>a</sup>: «El *modificado* de los contratos», en GIMENO FELIÚ, J.M<sup>a</sup> (dir.): *Estudio sistemático...*, cit., pp. 1345-1364, esp. p. 1363.

dicadores no Administración Pública son contratos privados, se entiende que se aplican normas de derecho privado en esta fase del contrato. Sin embargo, como se ha visto anteriormente, *el legislador realiza una remisión en bloque al Derecho privado, que se matiza con algunas reglas recogidas en la LCSP* y que se han expuesto con anterioridad. Esas reglas afectan al cumplimiento de obligaciones de carácter medioambiental o social, condiciones de ejecución, cesión, subcontratación, causas de resolución del contrato, y condiciones de pago. En esos casos, los órganos de la jurisdicción civil pueden encontrar más dificultades para aplicar normas recogidas en el LCSP y que se desvían de las reglas propias del derecho privado.

Por su parte, *la impugnación de las actuaciones de ejecución de los entes del sector público que no son poder adjudicador –incluidas las modificaciones contractuales– se remite también a la jurisdicción civil* (art. 27.2.b) LCSP). En este caso la normativa aplicable es de Derecho privado, lo que explica esta remisión al orden jurisdiccional civil.

Más allá de estas vías de impugnación, *hay que tener en cuenta que en estos casos desaparece la remisión al arbitraje que se contenía previamente en el art. 50 TRLCSP para dirimir los conflictos de efectos, cumplimiento y extinción de las entidades del sector público que no tenían la condición de Administración Pública*. Esta decisión no debe extrañar en el caso de los poderes adjudicadores no Administración Pública si se pone en conexión con la administrativización de las reglas de ejecución de sus contratos. No tiene sentido remitir a un arbitraje la aplicación de normas imperativas contenidas en la LCSP. En este sentido, es preciso recordar que la LPACAP (art. 112.2) prevé la posible remisión a un arbitraje que sustituya el recurso de alzada, siempre que la Ley lo establezca. Existe una reserva legal de Ley que no está cubierta con la nueva regulación legal. No está tan claro, sin embargo, la utilidad de la desaparición de esta previsión para las entidades del sector público que no son poder adjudicador, a las que se aplican únicamente normas de derecho privado en la ejecución de sus contratos.

#### D. Encargos a medios propios

Los encargos a medios propios aparecen como una nueva decisión susceptible de impugnación y control específico en la Ley. *En concreto, la formalización de los encargos a medios propios realizados por poderes adjudicadores que no reúna los requisitos legales es impugnabile mediante recurso especial, si el contrato reúne las características adecuadas* (art. 44.1 y 44.2.e) LCSP). En el caso de que no proceda impugnar mediante recurso especial, habrá que interponer los recursos administrativos oportunos o acudir ante los órganos de la jurisdicción contencioso-administrativa (art. 44.6 *in fine* LCSP).

### 3. REVISIÓN DE OFICIO

El art. 34.1 TRLCSP remitía a lo dispuesto en la legislación de procedimiento administrativo sobre revisión de oficio de los contratos celebrados por las Administraciones Públicas y los contratos armonizados. No se incluían, por tanto, los contratos no armonizados de poderes adjudicadores no Administración Pública, ni los contratos celebrados por entes del sector público que no son poder adjudicador. Pues bien, la nueva Ley se remite al régimen de revisión de oficio de la LPAP (Capítulo I del Título V) para todos los contratos del sector público, con independencia de la clase de entidad contratante o de su carácter armonizado o no armonizado. Concretamente, el legislador dispone que a los efectos de aplicar el régimen general de revisión de oficio y exclusivamente en el marco de la LCSP, *los actos preparatorios y los actos de adjudicación de los contratos de entes del sector público que no son Administración Pública tendrán la consideración de actos administrativos* (art. 41.2 LCSP). Esta regulación es una muestra más del proceso de administrativización de ámbitos previamente reservados al Derecho privado a la que se ha hecho referencia, así como de una cierta desnaturalización de conceptos basilaes de la Parte General del Derecho Administrativo con esa finalidad.

La revisión de oficio en estos casos se regirá por las reglas generales. No obstante, el legislador dispone algunas reglas aplicables específicamente a los poderes adjudicadores no Administración Pública. En concreto, la competencia para declarar la nulidad o lesividad de actos emanados de entidades que no sean Administración Pública corresponderá al *titular del departamento, órgano, ente u organismo al que esté adscrita la entidad contratante o al que corresponda su tutela*. Si la entidad estuviera vinculada a más de una Administración, será competente el órgano correspondiente de la que ostente el control o participación mayoritaria (art. 41.3 LCSP). Será necesario, por tanto, diseñar los mecanismos internos que permitan dirigir los procedimientos de revisión e identificar los órganos competentes para su tramitación y resolución.



## VIII. BIBLIOGRAFÍA

- BAÑO LEÓN, J.M<sup>a</sup>: «El *modificado* de los contratos», en GIMENO FELIÚ, J.M<sup>a</sup> (dir.): *Estudio sistemático de la Ley de Contratos del Sector Público*, Aranzadi, Cizur Menor, 2018, pp. 1345-1364.
- BARRERO RODRÍGUEZ, C.: «Las causas de resolución de los contratos administrativos en la nueva Ley de Contratos del Sector Público de 2017», *Documentación Administrativa*, 4 (2017), pp. 52-70.
- CALVO RUATA, P.: «La zozobra de la modificación de contratos públicos. ¿Tiempos de hacer de la necesidad virtud?», *Anuario Aragonés del Gobierno Local*, 3 (2012), pp. 369-441.
- CASADO ROBLEDO, S.: «El régimen jurídico de los fondos carentes de personalidad jurídica cuya dotación se efectúa mayoritariamente desde los Presupuestos Generales del Estado», *Revista Española de Control Externo*, vol. 16, núm. 47 (2014), pp. 83-108.
- CHINCHILLA MARÍN, C.: «La nueva Ley de Contratos del Sector Público: ámbito de aplicación y otras cuestiones novedosas», *Revista Vasca de Administración Pública*, 79 (2009), pp. 41-70.
- COLÁS TENAS, J.: «El recurso especial en materia de contratación: principales novedades de la Ley de Contratos del Sector Público», *Revista de Estudios Locales. Cunal*, 205 (2017), pp. 142-154.
- «La reforma de la legislación de contratos públicos en la Ley de Economía Sostenible: el régimen de modificación de los contratos públicos», *Revista Española de Derecho Administrativo*, 153 (2012), pp. 253-276.
- CUDERO BLAS, J.: «El control jurisdiccional de la preparación y adjudicación de los contratos del sector público. Análisis de la jurisprudencia española y comunitaria. Ley 30/2007, de 1 de octubre», *Revista General de Derecho Administrativo*, 18 (2008), pp. 1-60.
- DEL SAZ CORDERO, S.: «El régimen jurídico de los contratos del sector público. Contratos administrativos y contratos privados (arts. 24, 25, 26 y 27 LCSP/2017)», en GIMENO FELIÚ, J.M<sup>a</sup> (dir.): *Estudio sistemático de la Ley de Contratos del Sector Público*, Aranzadi, Cizur Menor, 2018, pp. 545-570.
- «La nueva LCSP. ¿Un nuevo traje con las mismas rayas?», *Revista de Administración Pública*, 174 (2007), pp. 335-366.
- DÍEZ SASTRE, S.: *La formación de conceptos en el Derecho público*, Marcial Pons, Madrid 2018.
- «La invalidez de los contratos públicos», en GIMENO FELIÚ, J.M<sup>a</sup> (dir.): *Estudio sistemático de la Ley de Contratos del Sector Público*, Aranzadi, Cizur Menor, 2018, pp. 571-598.
  - «¿El nuevo régimen de los contratos menores se aplica a todos los entes del sector público?», 2017, disponible *online*: [www.idluam.org/blog](http://www.idluam.org/blog).
  - «El régimen de modificación de los contratos públicos: los nuevos límites del *ius variandi* y la autonomía de la voluntad», en ALMEIDA CERREDA, M. / MARTÍN DELGADO, I. (coords.): *La nueva contratación pública: actas del I Congreso de la Red Internacional de Derecho Europeo*, 2015, pp. 47-62.

- *La tutela de los licitadores en la adjudicación de contratos públicos*, Marcial Pons, Madrid, 2012.
- DOMINGO ZABALLOS, M.J. / FERNÁNDEZ BUENDÍA, J.A.: «La invalidez de los contratos en la Ley de Contratos del Sector Público de 2017», *Revista de Estudios Locales. Cunal*, 205 (2017), pp. 112-127.
- GAMERO CASADO, E.: «Régimen de los actos separables de los contratos privados del sector público; especial referencia a las entidades instrumentales con personalidad de Derecho privado», *Revista de Estudios Locales. Cunal*, 205 (2017), pp. 128-141.
- GARCÉS SANAGUSTÍN, M.: «El nuevo régimen jurídico de la modificación de los contratos públicos», en PAREJO ALFONSO, L. / PALOMAR OLMEDA, A. (dirs.): *El nuevo marco de la contratación pública*, Bosch, Barcelona, 2012, pp. 67-139.
- GIMENO FELIÚ, J.M<sup>a</sup>: «La nueva regulación de la contratación pública en España desde la óptica de la incorporación de las exigencias europeas: hacia un modelo estratégico, eficiencia y transparente», en GIMENO FELIÚ, J.M<sup>a</sup> (dir.): *Estudio sistemático de la Ley de Contratos del Sector Público*, Aranzadi, Cizur Menor, 2018, pp. 47-132.
- «A propósito de la contratación de los poderes adjudicadores no Administración Pública en la Ley 9/2017, de contratos del sector público», 2018, disponible *online*: [www.obcp.es](http://www.obcp.es)
  - «El nuevo ámbito subjetivo de aplicación de la Ley de Contratos del Sector Público: luces y sombras», *Revista de Administración Pública*, 176 (2008), pp. 9-54
- GUTIÉRREZ COLOMINA, V.: «Modificación de los contratos en la Ley de Contratos del Sector Público», *Revista de Estudios Locales. Cunal*, 205 (2017), pp. 252-273.
- LÓPEZ BENÍTEZ, M.: «Algunas consideraciones a propósito del ámbito subjetivo de la nueva Ley de Contratos del Sector Público de 2017. En particular, el caso de las Corporaciones de Derecho Público», *Documentación Administrativa*, 4 (2017), pp. 136-145.
- MEDINA ARNÁIZ, T.: «Los contratos del sector público (2). Formación y vicisitudes. Elementos comunes», en YZQUIERDO TOLSADA, M. (dir.): *Contratos, Los contratos públicos*, t. XIV, Thomson Reuters / Aranzadi, Cizur Menor, 2014, pp. 125-164.
- MORENO MOLINA, J.A.: «La insuficiente incorporación del Derecho comunitario de la contratación pública en la Ley de Contratos del Sector Público», *Revista Aragonesa de Administración Pública*, 10 (2007), pp. 49-86.
- NOGUERA DE LA MUELA, B.: «El ámbito subjetivo de aplicación de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público. Compra conjunta y centrales de compra», en GIMENO FELIÚ, J.M<sup>a</sup> (dir.): *Estudio sistemático de la Ley de Contratos del Sector Público*, Aranzadi, Cizur Menor, 2018, pp. 233-280.
- PARDO GONZÁLEZ, M.: «Las fuentes de la contratación pública y las perspectivas de futuro inmediato», en PAREJO ALFONSO, L. / PALOMAR OLMEDA, A. (dirs.): *El nuevo marco de la contratación pública*, Bosch, Barcelona, 2012, pp. 21-64.
- PAREJO ALFONSO, L.: «El ámbito subjetivo de aplicación de la Ley de contratación del sector público», en COLÁS TENA, J. / MEDINA GUERRERO, M. (coords.): *Estudios sobre la Ley de Contratos del Sector Público*, Fundación Democracia y Gobierno Local / Institución Fernando el Católico, Madrid, 2009, pp. 37-72.

- PLEITE GUADAMILLAS, F.: *El ámbito de aplicación subjetiva de la Ley de Contratos del Sector Público. Claves para la clasificación de los poderes adjudicadores*, La Ley, Las Rozas, 2010.
- RAZQUIN LIZARRAGA, M.M<sup>a</sup> / VÁZQUEZ MATILLA, FJ.: *La adjudicación de contratos públicos en la nueva Ley de Contratos del Sector Público*, Aranzadi, Cizur Menor, 2017.
- VÁZQUEZ MATILLA, FJ.: «La inseguridad jurídica en la adjudicación de contratos de los PANAPS», 2018, disponible *online*: [www.javiervazquezmatilla.com](http://www.javiervazquezmatilla.com)
- YÁÑEZ DÍAZ, C.: «Régimen jurídico de las garantías en la contratación pública», en GIMENO FELIÚ, J.M<sup>a</sup> (dir.): *Estudio sistemático de la Ley de Contratos del Sector Público*, Aranzadi, Cizur Menor, 2018, pp. 995-1046.