

---

# El ámbito objetivo de aplicación de la LCSP. Tipología contractual y negocios jurídicos excluidos

José María Gimeno Feliu

Profesor titular de Derecho Administrativo de la Facultad de Derecho de la Universidad de Zaragoza

1. Supuestos de exclusión
2. Del alcance de los convenios en la LCSP. La dimensión comunitaria de esta técnica
3. Un negocio excluido de gran repercusión práctica. Los denominados servicios *in house providing* o encargos a entes propios
  - 3.1. El origen de los denominados servicios *in house providing*
  - 3.2. Alcance y significado de la STJCE de 19 de abril de 2007 (ASENFO vs. TRAGSA)
  - 3.3. La técnica de los servicios *in house* en la LCSP
4. La tipología de contratos: depuración y nuevas categorías
5. La distinción entre contrato de servicios y contrato de "concesión de servicios"
6. Una nueva modalidad contractual: los contratos de colaboración pública y privada –CPP–
7. La distinción entre contratos administrativos y privados. Tipo y régimen jurídico

La LCSP introduce ciertas novedades en lo relativo al ámbito de aplicación objetiva. En concreción con lo que se acaba de afirmar, el artículo 1 de la LCSP concreta el ámbito objetivo y los principios de aplicación.<sup>1</sup> Dice así: "Objeto y finalidad.

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

"Es igualmente objeto de esta Ley la regulación del régimen jurídico aplicable a los efectos, cumplimiento y extinción de los contratos administrativos, en atención a los fines institucionales de carácter público que a través de los mismos se trata de realizar." (La cursiva es nuestra.)

Es decir, se limita a ciertas prestaciones que, además, deben tener carácter oneroso, tal y como previene el artículo 2 de la LCSP. Estos contratos tienen una identificación objetiva mediante la aplicación del "Vocabulario Común de los Contratos Públicos", denominado CPV (Common Procurement Vocabulary), que designa la nomenclatura de referencia aplicable a los contratos públicos, adoptada por el Reglamento (CE) núm. 2195/2002, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de noviembre de 2002, modificado por el Reglamento (CE) núm. 2151/2003, de la Comisión, de 16 de diciembre de 2003 (con fecha de 15 de marzo de 2008, el DOUE ha publicado el Reglamento (CE)

---

1. *Vid.* sobre ellos ahora los trabajos de MORENO MOLINA, José Antonio, *Los principios generales de la contratación de las administraciones públicas*, Bomarzo, Albacete, 2006; ESCUIN PALOP, Catalina, "Principios inspiradores del procedimiento de contratación pública", *Revista Contratación Administrativa Práctica*, núm. 46, 2005 y GIMENO FELIU, José María, "Las fuentes normativas en materia de contratación local", Cuadernos de Derecho Local, núm. 14, 2007, p. 24 a 56.

núm. 213/2008, de la Comisión, de 28 de noviembre de 2007 (LCEur 2008, 430), que modifica el reglamento de 2002). Dichos contratos públicos se someterán a las reglas de la LCSP en tanto el ente contratante tenga la condición de poder adjudicador.<sup>2</sup>

Desde la vertiente objetiva, las reglas de contratación pública se aplican a todos los contratos que realizan los entes englobados en el ámbito subjetivo. Existen, no obstante, una serie de materias excluidas de las reglas de contratación, algunas con amparo en la Directiva 2004/18, recogidas en el artículo 4 de la LCSP, que encuentran su justificación en la ausencia de onerosidad, o en la especialidad de la relación contractual, o en no ser supuestos regulados por la Directiva 2004/18.

## 1. Supuestos de exclusión

Una primera advertencia es que se excluyen de la aplicación de la LCSP (artículo 4.1 p) los contratos patrimoniales, remitiendo su regulación a sus normas específicas, adquiriendo carácter supletorio para lo no previsto en la LCSP.<sup>3</sup> Esto supone un claro cambio –a mi juicio, positivo, pues la naturaleza de los contratos lo aconseja (de manera que no es posible afirmar ya, como venía haciendo nuestra jurisprudencia, el ámbito expansivo de la categoría de los contratos administrativos, y menos de contratos como los de compraventa, donación, permuta, arrendamiento y demás negocios jurídicos análogos sobre bienes inmuebles que, conforme al artículo 4.1 p) de la LCSP, tienen siempre el carácter de privados y se rigen por la legislación patrimonial, es decir, están excluidos del ámbito de aplicación de la LCSP)–. Ello ha de obligar al legislador autonómico a revisar su legislación patrimonial, pues el sistema de prohibiciones de la LCSP no se puede aplicar ahora a estos contratos patrimoniales ni aun cuando pudieran haber sido calificados hasta esta Ley como contratos administrativos especiales.<sup>4</sup> La Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado –Informe 25/08, de 29 de enero de 2009– analiza la problemática derivada de la

exclusión de los contratos patrimoniales del ámbito objetivo de la LCSP (teniendo en cuenta lo dispuesto en el artículo 4.1, letra p), de la Ley de contratos del sector público), y, en particular, el régimen de estos contratos en la Administración local. En este Informe, comparando la normativa anterior y la Ley de patrimonio de las administraciones públicas, se sostiene que el régimen jurídico aplicable a los procedimientos y formas de adjudicación de los contratos patrimoniales celebrados por una entidad local, como consecuencia de quedar los mismos excluidos del ámbito de aplicación de la Ley de contratos del sector público, es el que resulta de las normas establecidas por la Ley 33/2003, de 3 de noviembre, de patrimonio de las administraciones públicas y las normas que la complementan y, en especial, por el Reglamento de bienes de las entidades locales, así como, en su caso, por las normas promulgadas sobre tal materia por las comunidades autónomas respecto de las normas declaradas no básicas, siendo de aplicación las normas sobre preparación y adjudicación de contratos de la Ley 30/2007, cuando las normas patrimoniales así lo expresen. En todo caso, debe llamarse la atención sobre la afirmación que se realiza referente a la aplicación de las prohibiciones de contratar a este tipo de contratos, rechazando una interpretación rigurosa del artículo 4.1, letra p), de la LCSP, de la que se derivaría que podrían, sin límite, ser adjudicatarios de un contrato patrimonial al no aplicarse tal Ley, situación que no se producía durante la vigencia de la Ley de contratos de las administraciones públicas, al aplicarse la misma a tales supuestos por entender “que tal no ha sido la voluntad del legislador, lo que se deduce de lo dispuesto en el artículo 70 del Reglamento para la aplicación de la Ley de patrimonio del Estado.”

Esta decisión parece tender a corregir lo que ha decidido el legislador. Resulta evidente que la LCSP ha optado por excluir a los contratos patrimoniales del ámbito de aplicación de esta Ley. La exclusión de la referida aplicación directa de la normativa de contratación pública implica la aplicación de la relativa al patrimonio de las administraciones públicas, cuyo

2. GIMENO FELIU, José María, “El ámbito subjetivo de aplicación de la LCSP: luces y sombras”, *RAP*, núm. 176, 2008.

3. Es oportuno recordar que el párrafo p) del artículo 4.1 de la LCSP es exigencia del Derecho comunitario, en particular de la Directiva 2004/18, de 31 de marzo (considerando 24), que específicamente considera que “los contratos relativos a la adquisición o arrendamiento de bienes inmuebles o relativos a derechos respecto de dichos bienes revisten características especiales, debido a las cuales no resulta adecuado aplicar a esos contratos normas de adjudicación.”

4. Me remito a mi trabajo “Reversión por incumplimiento en el contrato de donación entre administraciones públicas”, *RAP*, núm. 14, 1999, p. 105-130.

“régimen común” se estableció con la aprobación de la Ley 33/2003, de 3 de noviembre, del patrimonio de las administraciones públicas (LPAP), que viene a jugar en materia de patrimonio un papel análogo al que supuso, en materia de régimen jurídico y procedimiento común de las administraciones públicas, la aprobación de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre. Esto significa que corresponde a la normativa patrimonial (como se ha venido señalando) el determinar el régimen jurídico general de los contratos patrimoniales.

Así las cosas, lo que resulta evidente es que el legislador ha cambiado las reglas de juego (opción adoptada igualmente por la legislación navarra, donde no se aplican las prohibiciones de su Ley de contratos públicos a los contratos patrimoniales): los contratos patrimoniales antes aplicaban la Ley de contratos de las administraciones públicas ex artículo 5.3, pero ahora deben estar solo a la legislación patrimonial, que nada dice de causas de exclusión, resultando de aplicación el conocido aforismo de que “Ley posterior deroga a la anterior.” En este contexto, debe advertirse que el artículo 107 de la LPAP –norma de directa aplicación– señala:

“1. Los contratos para la explotación de los bienes y derechos patrimoniales se adjudicarán por concurso salvo que, por las peculiaridades del bien, la limitación de la demanda, la urgencia resultante de acontecimientos imprevisibles o la singularidad de la operación, proceda la adjudicación directa. Las circunstancias determinantes de la adjudicación directa deberán justificarse suficientemente en el expediente.

“2. Las bases del correspondiente concurso o las condiciones de la explotación de los bienes patrimoniales se someterán a previo informe de la Abogacía del Estado o del órgano al que corresponda el asesoramiento jurídico de las entidades públicas vinculadas a la Administración General del Estado.

“3. Los contratos y demás negocios jurídicos para la explotación de bienes se formalizarán en la forma prevenida en el artículo 113 de esta Ley y se regirán por las normas de Derecho privado correspondientes a su naturaleza, con las especialidades previstas en esta Ley.”

Es decir, debe estarse a las normas del derecho privado caracterizadas por la libertad de pactos, no resultando de aplicación directa la LCSP en lo relativo a normas de capacidad ni prohibiciones de contratar. No obstante, es cierto que el artículo 8 de la LPAP –básico– afirma que:

“La gestión y administración de los bienes y derechos patrimoniales de las administraciones públicas se ajustarán a los siguientes principios:

- eficiencia y economía en su gestión;
- eficacia y rentabilidad en la explotación;
- publicidad, transparencia, concurrencia y objetividad en la adquisición, explotación y enajenación de estos bienes;
- identificación y control a través de inventarios o registros adecuados.”

Por ello, ante tal situación de aparente inaplicación de las reglas de la LCSP, y en tanto, como sería aconsejable, la legislación patrimonial no resolviera de forma expresa en qué casos y condiciones se aplicarán las prohibiciones de contratar a estos contratos, bien puede argumentarse, sobre la base de los referidos principios del artículo 8 de la LPAP –amén del principio de buena administración– que no existe impedimento jurídico a que, vía pliego de condiciones, en estos contratos patrimoniales se establezcan de forma motivada previsiones equivalentes al cuadro de prohibiciones de la LCSP, siempre que no resulten desproporcionadas ni tengan por efecto una discriminación no justificada atendiendo a la concreta naturaleza del procedimiento contractual en cuestión.

Quedan excluidos, por su específica naturaleza, las relaciones de empleo público y los acuerdos internacionales, igualmente excluidos de la aplicación de la LCSP en razón de su propia naturaleza y de la existencia de normativa específica:

a) Las encomiendas realizadas a un ente instrumental de conformidad con lo dispuesto en la jurisprudencia del TJCE (a las que luego nos referiremos).

b) Los contratos que tengan por objeto servicios de arbitraje y de conciliación, donde será de aplicación su normativa específica.

c) Los negocios relativos a servicios financieros relacionados con la emisión, compra, venta y transferencia de valores o de otros instrumentos financieros, en particular las operaciones destinadas a la obtención de fondos o capital por las entidades sometidas a la Directiva, así como los servicios prestados por los bancos centrales. La excepción prevista de las operaciones de crédito plantea cierta contradicción con lo dispuesto en el artículo 10 de la LCSP y su anexo II, que las incluye expresamente, por lo que habrá que entenderla exclusivamente para las modalidades de contratos de inversión que recoge el artículo 63 de la Ley de mercado

de valores en aplicación del principio de primacía del Derecho comunitario.<sup>5</sup>

d) Los convenios en sus distintas modalidades. Cuestión que deberá ser interpretada restrictivamente, a la que haremos referencia en el siguiente epígrafe.

e) Los contratos de servicios y suministros celebrados por los organismos públicos de investigación estatales y los organismos similares de las comunidades autónomas, que tengan por objeto prestaciones o productos necesarios para la ejecución de proyectos de investigación, desarrollo e innovación tecnológica o servicios técnicos, cuando la presentación y obtención de resultados derivados de los mismos esté ligada a retornos científicos, tecnológicos o industriales susceptibles de incorporarse al tráfico jurídico, y su realización haya sido encomendada a equipos de investigación del organismo mediante procesos de concurrencia competitiva. Tienen la consideración de OPI estatales los siguientes: Consejo Superior de Investigaciones Científicas (CSIC), Centro de Investigaciones Energéticas, Medioambientales y Tecnológicas (CIEMAT), Instituto Nacional de Investigación Tecnológica Agraria y Alimentaria (INIA), Instituto Español de Oceanografía, Instituto Geológico Minero de España (IGME), Instituto de Salud Carlos III, Instituto Nacional de Técnica Aeroespacial (INTA), Centro de Estudios y Experimentación de Obras Públicas (CEDEX).<sup>6</sup>

f) Obviamente, quedan excluidos del ámbito objetivo de aplicación de esta Directiva los contratos derivados de un acuerdo internacional, celebrados de conformidad con el Tratado de la Unión Europea, relativos a obras o suministros destinados a la realización o explotación en común de una obra, o relativos a servicios destinados a la realización o explotación conjunta de un proyecto, así como los convenios efectuados en virtud de un acuerdo internacional celebrado en relación con el estacionamiento de tropas.<sup>7</sup>

g) Se excluyen del ámbito de aplicación de la LCSP (artículo 14) todos aquellos contratos públicos –sea,

pues, cual sea su objeto– que: a) sean declarados secretos; b) precisen de especiales medidas de seguridad; o c) cuando así lo demande la protección de los intereses esenciales de las administraciones públicas. En cualquier caso, el supuesto de hecho determinante de esta categoría de contratos parece girar en torno a distintos conceptos jurídicos indeterminados, de aplicación caso por caso y sujetos a control jurisdiccional, en los que confluyen también algunos requerimientos formales. Así, por lo que respecta a los contratos secretos, la norma exige que sean así expresa y formalmente declarados, resolución que, a falta de mejor opción, deberemos entender residenciada en el órgano de contratación, y cuya omisión viciaría las actuaciones; por lo que se refiere a los contratos necesitados de especiales medidas de seguridad –que la norma no delimita–, sí que se exige que ese requerimiento derive de disposición normativa o administrativa vigente, y, debemos entender, que así se explique justificadamente; y, finalmente, en el caso más libérrimo, que así lo demanden los “intereses esenciales.”

Por lo que respecta a su tramitación y régimen jurídico, la adjudicación de estos contratos se efectuará por el procedimiento negociado sin publicidad con una única oferta. Todas estas modalidades de negocios jurídicos excluidos se regularán por sus normas especiales, aplicándose los principios comunitarios descritos para resolver las dudas y lagunas que pudieran presentarse.

## 2. Del alcance de los convenios en la LCSP. La dimensión comunitaria de esta técnica

Es suficientemente conocido como Derecho europeo de la contratación pública. Tanto las directivas como la jurisprudencia interpretativa han depurado un concepto de contrato que se identifica con el ámbito objetivo de dichas normas, ya sea en el caso de los contratos sujetos a las directivas o en el de aquellos otros

5. La excepción prevista habrá que entenderla exclusivamente para las modalidades de contratos de inversión que recoge el artículo 63 de la Ley de mercado de valores. *Vid.* M. CARBAJALES, “Comentario al artículo 3 k) de la LCAP”, en el libro colectivo *Comentarios a la Ley de contratos de las administraciones públicas*, Comares, Granada, tomo I, p. 215-217.

6. Las universidades públicas no son OPI. Así lo entiende la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de Aragón en su Informe 4/2008, de 15 de mayo, al entender que las universidades no tienen dicha clasificación jurídica y que su finalidad es también la de impartir docencia. En términos similares, el Informe 7/2008, de 10 de julio, sobre aplicación de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de contratos del sector público a la Fundación para la Investigación Biomédica del Hospital la Paz afirma que esta Fundación reúne las condiciones que establece el artículo 3.3 b) de la LCSP para ser considerada dentro del sector público como poder adjudicador, pero que la Fundación no es un organismo público de investigación, y, por tanto, no le es de aplicación el artículo 4.1 q) de la LCSP.

7. Por la propia naturaleza del contrato, parece conveniente realizar una interpretación amplia de esta excepción, como sugieren GARCÍA DE ENTERRÍA, *Ámbito...*, *op. cit.*, p. 116 y S. CASAJÚS, “El régimen de contratación en el extranjero”, en el libro colectivo *Lecciones de Derecho operativo*, Ministerio de Defensa, Madrid, 2001, p. 182.

no cubiertos por las mismas, pero afectados en todo caso por los principios ya referidos recogidos por los tratados. En especial, además del carácter escrito que exige la Directiva, deben destacarse la onerosidad y la bilateralidad, de tal modo que quedan excluidas del concepto de contrato las relaciones jurídicas en las que las prestaciones son gratuitas, y aquellas en las que no puede hablarse en sentido estricto de dos partes diferenciadas por estar sometida la prestadora del servicio al poder adjudicador encomendante, para el que realiza la parte esencial de sus prestaciones.<sup>8</sup>

Del elenco de exclusiones de la Directiva 2004/18, de 31 de marzo, se deduce que la técnica del convenio no procede cuando la prestación que es causa del mismo es una de las prestaciones comprendidas en el ámbito objetivo de dicha norma –cuestión “olvidada” en nuestra práctica administrativa en aplicación del anterior marco normativo–.<sup>9</sup> Y así se recoge ahora en nuestro artículo 4.1 c) y d) de la LCSP.

Al respecto, para poder comprender adecuadamente la regulación actual, debe ser referida la doctrina del TJCE en su sentencia de 7 de diciembre de 2000, (ARGE Gewässerschutz), en la que se declara que:

“...el principio de igualdad de trato de los licitadores enunciado en la Directiva 92/50/CEE del Consejo, de 18 de junio de 1992, sobre coordinación de los

procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de servicios, no se viola por el hecho de que la entidad adjudicadora permita participar en un procedimiento de adjudicación de un contrato público de servicios a organismos que reciben, de ella o de otras entidades adjudicadoras, subvenciones del tipo que sean, que permiten a dichos organismos presentar ofertas a precios más bajos que los de los demás licitadores, que no reciben tales subvenciones.”

Seguidamente afirma el Tribunal que:

“...el mero hecho de que la entidad adjudicadora permita participar en un procedimiento de adjudicación de un contrato público de servicios a tales organismos no constituye ni una discriminación encubierta ni una restricción contraria al artículo 59 del Tratado CE (actualmente artículo 49 CE, tras su modificación).”<sup>10</sup>

Pero sin duda, para resolver esta cuestión, es paradigmática la STJCE de 13 de enero de 2005, en la que se condenaba al Reino de España afirmando que la previsión del artículo 3.1 de nuestra derogada LCAP era contraria al Derecho comunitario, pese a que desde el Estado español se argumentaba que la figura del convenio es la forma normal de relacionarse entre sí de las entidades de Derecho público.<sup>11</sup> En la citada sentencia se afirma claramente que:

8. Vid. mi trabajo: *La nueva contratación pública europea y su incidencia en la legislación española. (La necesaria adopción de una nueva ley de contratos públicos y propuestas de reforma)*, Civitas, Madrid, 2006, p. 151-175. Resultan de especial interés las Conclusiones del Abogado General, de 15 de junio de 2006, en el asunto C-220/05 (asunto ASEMFO), que distinguen entre la onerosidad y el ánimo de lucro.

9. Sobre la incorrecta dimensión de la técnica del convenio se pronunció ÁVILA ORIVE, *Los convenios de colaboración excluidos de la Ley de contratos de las administraciones públicas*, Civitas, Madrid, 2002, p. 216. De especial interés resulta también el estudio de BUSTILLO BOLADO, R., *Convenios y contratos administrativos: Transacción, arbitraje y terminación convencional del procedimiento*, Aranzadi, Pamplona, 2004.

10. Esta doctrina es incorporada ya por la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Generalidad de Cataluña en su Informe 2/2001, de 23 de noviembre, que resuelve en sentido afirmativo la referida cuestión, a la vista, principalmente, de lo dicho por el TJCE en su sentencia de 7 de diciembre de 2000 (ARGE Gewässerschutz), en la que se declara que “...el principio de igualdad de trato de los licitadores enunciado en la directiva 92/50/CEE del Consejo, de 18 de junio de 1992, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de servicios, no se viola por el hecho de que la entidad adjudicadora permita participar en un procedimiento de adjudicación de un contrato público de servicios a organismos que reciben de ella o de otras entidades adjudicadoras, subvenciones del tipo que sean, que permiten a dichos organismos presentar ofertas a precios más bajos que los de los demás licitadores, que no reciben tales subvenciones.” En línea con el Informe del órgano consultivo autonómico, F. BLANCO sostuvo, con acierto, que la interpretación de la LCAP a la luz del Tratado de la Unión europea y de las directivas sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos, comporta entender que la exclusión que realiza el artículo 3, apartado c) de dicha norma respecto a los convenios interadministrativos de colaboración, no puede hacerse extensiva a los contratos onerosos que celebren entre sí entes públicos, cuando el objeto contractual sea propio de los definidos en el artículo 5, apartado 2, de la LCAP, y esta relación jurídica se establezca entre personas jurídicas sin relación de dependencia entre ellas ni en virtud de la concesión de un derecho exclusivo (F. BLANCO, “La capacidad de los contratistas. Personalidad jurídica y capacidad de obrar. Solvencia económica y técnica. Clasificación empresarial”, en el libro colectivo *Contratación de las administraciones públicas...*, op. cit., p. 52-56).

11. El Estado español alega que estas relaciones están al margen del mercado. Además, dicho Gobierno se pregunta por la fundamentación de la sentencia Teckal, antes citada, y sostiene que el principio que figura en el artículo 6 de la Directiva 92/50/CEE del Consejo, de 18 de junio de 1992, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de servicios (DO L 209, p. 1), está implícitamente incluido en las demás directivas sobre contratación pública.



“Según las definiciones contenidas en el artículo 1, letra a), de las directivas 93/36 y 93/37, un contrato público de suministro o de obras supone la existencia de un contrato a título oneroso celebrado por escrito entre, por una parte, un proveedor o un contratista y, por otra, una entidad adjudicadora en el sentido del artículo 1, letra b), de dichas directivas, y que tenga por objeto la compra de productos o la ejecución de determinado tipo de obras.

“38. Conforme al artículo 1, letra a), de la Directiva 93/36, basta, en principio, con que el contrato haya sido celebrado entre, por una parte, un ente territorial y, por otra, una persona jurídicamente distinta de este. Solo puede ser de otra manera en el supuesto de que, a la vez, el ente territorial ejerza sobre la persona de que se trate un control análogo al que ejerce sobre sus propios servicios y esta persona realice la parte esencial de su actividad con el ente o los entes que la controlan (sentencia Teckal, antes citada, apartado 50).

“39. Habida cuenta de la identidad de los elementos constitutivos de la definición de contrato en las directivas 93/36 y 93/37, a excepción del objeto del contrato considerado, procede aplicar la solución adoptada así en la sentencia Teckal, antes citada, a los acuerdos interadministrativos a los que se aplica la Directiva 93/37.

“40. En consecuencia, dado que excluye *a priori* del ámbito de aplicación del Texto refundido las relaciones entre las administraciones públicas, sus organismos públicos y, en general, las entidades de Derecho público no mercantiles, sea cual sea la naturaleza de estas relaciones, la normativa española de que se trata en el caso de autos constituye una adaptación incorrecta del Derecho interno a las directivas 93/36 y 93/37.”

En definitiva, la técnica del convenio debe ser interpretada restrictivamente, sin que pueda ser utilizada

cuando la prestación esté comprendida en el ámbito de aplicación de la Directiva.<sup>12</sup> En todo caso, y este dato es muy relevante para entender el efectivo alcance de esta sentencia, no es criterio suficiente el que no se cubra totalmente el coste del servicio, pues se confunde así la onerosidad (es decir, la existencia de contraprestaciones), que sí es un requisito para la existencia de un contrato, con el ánimo de lucro, que no lo es, razón por la cual las entidades que carezcan de él pueden ser adjudicatarias de contratos públicos (como las Fundaciones, ONG, y, especialmente, como las propias administraciones públicas).

Así lo corrobora la importante STJCE de 18 de enero de 2007 (Auroux/Commune de Roanne), en la que se analiza la técnica de convenio entre un ayuntamiento y una sociedad mixta para la realización de un centro de ocio.<sup>13</sup> El TJCE es claro al declarar que este es un caso de contrato de obra que debe ser objeto de licitación:

“1) Un convenio mediante el cual una primera entidad adjudicadora encarga a una segunda entidad adjudicadora la realización de una obra constituye un contrato público de obras, en el sentido de lo dispuesto en el artículo 1, letra a), de la Directiva 93/37/CEE del Consejo, de 14 de junio de 1993, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, en su versión modificada por la Directiva 97/52/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de octubre de 1997, con independencia del hecho de que se prevea o no que la primera entidad adjudicadora sea o pase a ser la propietaria de la totalidad o de parte de dicha obra.

“2) Para determinar el valor de un contrato a efectos del artículo 6 de la Directiva 93/37, en su versión modificada por la Directiva 97/52, debe tomarse en consideración el valor global del contrato de obras desde el punto de vista del potencial licitador, que

12. Denunciaba ya como contraria al Derecho comunitario esta práctica E. CARBONELL PORRAS, “El título jurídico que habilita el ejercicio de la actividad de las sociedades mercantiles...”, *op. cit.*, p. 393-394.

13. El supuesto de hecho es el siguiente: Mediante acuerdo de 28 de octubre de 2002, el Ayuntamiento del municipio de Roanne autorizó al alcalde a celebrar con la SEDL un convenio para la creación de un centro de ocio (en lo sucesivo, “convenio”). El convenio, celebrado el 25 de noviembre de 2002, preveía la creación de un centro de ocio en tramos sucesivos. El primer tramo comprende la construcción de un centro multicines y de locales comerciales para su cesión a terceros, así como de instalaciones que habrán de revertir a la entidad adjudicataria (un aparcamiento, vías de acceso y espacios públicos). Los tramos posteriores, que implican la firma de nuevas cláusulas, consisten esencialmente en la construcción de otros locales comerciales o de servicios y de un hotel. Conforme a la introducción del convenio, el municipio de Roanne pretende con esta operación revitalizar un sector urbano poco valorizado y favorecer el desarrollo del ocio y el turismo. En virtud del artículo 2 del convenio, se atribuye a la SEDL, entre otras cosas, la función de proceder a adquisiciones inmobiliarias, convocar un concurso de arquitectura o ingeniería, encargar la realización de estudios, efectuar obras de construcción, elaborar y mantener actualizados determinados documentos contables y de gestión, recabar fondos y prever medios eficaces para posibilitar la comercialización de las obras, así como garantizar de modo general la gestión y la coordinación del proyecto y la información del municipio.

comprende no solo la totalidad de los importes que deba abonar la entidad adjudicadora, sino también todos los ingresos que procedan de terceros.

“3) La entidad adjudicadora no está exenta de aplicar los procedimientos de adjudicación de contratos públicos de obras previstos por la Directiva, en razón de que, conforme al Derecho nacional, el citado convenio solo puede celebrarse con determinadas personas jurídicas, que tienen también la condición de entidad adjudicadora y que están obligadas, por su parte, a aplicar tales procedimientos para celebrar eventuales contratos subsiguientes.”

En esta línea conviene igualmente dar cuenta de dos sentencias del TJCE, interesantes y de gran valor interpretativo. Por un lado, la STJCE de 18 de diciembre de 2007 (“Comisión/Irlanda”) que resuelve un recurso de incumplimiento planteado por la Comisión contra Irlanda, desestimándolo por entender que “no puede excluirse que el DCC proporciona tales servicios al público en ejercicio de sus propias competencias, directamente deducidas de la Ley y utilizando sus fondos propios, aunque, a tal fin, perciba una contribución abonada por la Autoridad y que cubre una parte de los gastos correspondientes al coste de estos servicios,” y señalando que la Comisión no ha conseguido probar la existencia de un contrato público, añadiendo que “la mera existencia entre dos entidades públicas de un mecanismo de financiación relativo a tales servicios (los servicios públicos) no implica que las prestaciones de servicios de que se trate constituyan una adjudicación de contratos públicos.” Lo importante de esta doctrina es que se excluyen del concepto de contrato los flujos económicos entre entidades públicas para la financiación de servicios públicos, aunque estén recogidos en un instrumento bilateral, lo que justifica que se puedan excluir del ámbito contractual los convenios de colaboración para la cofinanciación de servicios entre dos entidades con competencias sobre la materia.<sup>14</sup> Con todo, parece conveniente, en aras de la seguridad jurídica, que quien alegue esta excepción a la existencia

de relación contractual, la acredite y justifique razonablemente, tal y como se advierte en la STJCE de 2 de octubre de 2008 (Comisión/República Italiana) en relación a la adquisición de helicópteros ligeros destinados a las necesidades de las Fuerzas de Policía y del Cuerpo Nacional de Bomberos, sin que se dé ninguno de los requisitos que pueden justificar dicha inaplicación.<sup>15</sup>

La segunda sentencia, en esta misma línea restrictiva, de forma correcta, es la STJCE de 18 de diciembre de 2007, por la que se condena al Reino de España (asunto C-220/06, “Asociación Profesional de Empresas de Reparto y Manipulado de Correspondencia”), al considerar contrario a derecho los convenios suscritos por el Estado con la Sociedad Estatal Correos por entender que existe un auténtico contrato y que no ha existido licitación pública.<sup>16</sup> En esta sentencia –cuya doctrina se recoge en la sentencia de la Audiencia Nacional de 18 de abril de 2008– se resuelve una cuestión prejudicial planteada por la Audiencia Nacional española en relación con la impugnación por parte de una asociación representativa de las empresas del sector de los servicios de correspondencia de un convenio de colaboración entre la Administración General del Estado (Ministerio de Educación, Cultura y Deporte) y la Sociedad Estatal Correos y Telégrafos (en adelante, “Correos”). El citado convenio tenía su amparo en el artículo 58 de la Ley 14/2000, de 29 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social, que en el apartado Dos establece que “las administraciones públicas podrán celebrar convenios de colaboración a los que se refiere el artículo 3 del Real decreto legislativo 2/2000, de 16 de junio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de contratos de las administraciones públicas, con la ‘Sociedad Estatal Correos y Telégrafos, Sociedad Anónima’, para la prestación de las actividades propias de su objeto social.” El objeto del proceso era dilucidar si el Derecho comunitario se opone a una normativa nacional que permite a las administraciones públicas adjudicar cualquier servicio postal directamente a una sociedad

14. El Tribunal entiende que la carga de la prueba de la existencia de un contrato público que deba adjudicarse de acuerdo con las prescripciones del Derecho europeo corresponde a la Comisión, que es quien pretende que se declare el incumplimiento.

15. Se explica así que las Conclusiones de la Abogada General reprochen a Irlanda no haber demostrado que su actuación estaba amparada por alguna excepción a los principios generales del Derecho comunitario (en concreto, los apartados 112, 116 y 118).

16. Un interesante y exhaustivo comentario es realizado por Julio GONZÁLEZ GARCÍA, “Prestación del servicio universal y doctrina de las prestaciones *in house*. A propósito de la sentencia Correos, de 18 de diciembre de 2007, del Tribunal de Justicia”, *Revista Española de Derecho Europeo*, núm. 26, 2008, p. 193-209.

mercantil de capital íntegramente público y que es el proveedor del "servicio postal universal", como es el caso de Correos.

En síntesis, del fallo de la sentencia se pueden extraer las siguientes conclusiones: en los servicios postales reservados a una única entidad (cuando sea compatible con las previsiones comunitarias), la adjudicación de dichos servicios no está sujeta a una previa licitación por no ser posible concurrencia alguna al ser actividades monopolizadas, por tratarse de actividades de interés económico general. Por el contrario, en lo que se refiere a la adjudicación del resto de los servicios postales en régimen de competencia, se deduce la incompatibilidad del artículo 58 de la Ley 24/1998 con el Derecho comunitario, independientemente de que se trate o no de contratos sujetos a la Directiva, siendo por tanto precisa, en ambos casos, la aplicación de las normas que rigen la adjudicación de los contratos públicos. Y es que aquí se cumplen todos los requisitos para entender que existe un contrato público típico y oneroso.

Como conclusión a lo expuesto, puede afirmarse que el concepto de contrato es materia propia del Derecho comunitario y debe recibir un tratamiento uniforme en todos los países miembros (es decir, es un concepto no oponible en sus características básicas por parte de la legislación nacional). Dicho de otro modo, si un negocio jurídico cumple los requisitos que la legislación y la jurisprudencia europea exigen para apreciar la existencia de un contrato, deberá recibir el tratamiento

jurídico correspondiente a los contratos, sin que quepa oponer una legislación nacional que considere que tal negocio es otra figura legal distinta con otro tratamiento diferente; ni que decir tiene que aún más irrelevante es la denominación que las partes den al negocio jurídico.

Así, podrá entenderse que sí existe un convenio y no una relación contractual cuando se ejerciten competencias propias que tengan por finalidad no el recibir una concreta prestación de mercado, sino la colaboración administrativa para cumplir fines públicos, y cuando la eventual contribución financiera tenga por causa específica la cooperación y no la celebración de un contrato.

Las anteriores características, lógicamente, deben interpretarse restrictivamente, para evitar que se "pervierta" la figura que delimitan, exceptuada del concepto de contrato público y por lo tanto de los principios generales de publicidad y concurrencia, relaciones jurídicas puramente contractuales, especialmente las que se conciertan entre dos poderes adjudicadores bajo forma o apariencia de convenio de colaboración (problema tradicional en la práctica de colaboración administrativa en España).<sup>17</sup> El hecho de que un convenio no cumpla con los requisitos para ser considerado pura financiación de servicios no implica que no pueda acogerse a otras figuras excluidas de la contratación pública, como sucede con la de servicios *in house providing* (a los que nos referiremos a continuación).<sup>18</sup>

17. La Comisión Consultiva de Contratación administrativa de Andalucía ha adoptado la Recomendación 8/2008, de 13 de mayo, sobre los convenios de colaboración con las entidades públicas y personas físicas o jurídicas sujetas al Derecho privado, en especial sobre los convenios de desarrollo e investigación y su distinción de los contratos de servicios. En esta Recomendación se señala que "De todo lo expuesto se desprende que, a la luz de la nueva regulación contenida en la LCSP, todos los supuestos en los que la Administración esté interesada en que por parte de una universidad o de un organismo público-privado de investigación se realice un estudio de I+D concreto, cuyo coste sea sufragado por ella, asumiendo los derechos y el uso del resultado del mismo, nos encontramos ante un contrato de servicios sujeto a la LCSP, con las consecuencias que de ello se derivan en cuanto al régimen jurídico de aplicación, tanto en la fase de adjudicación del contrato como en la de ejecución, así como respecto de los efectos, cumplimiento y extinción del mismo." Así, solo pueden hacerse convenios de I+D cuando:

1.- Todas las partes que lo suscriben (se recuerda que no tiene por qué tratarse de dos partes necesariamente) tienen un interés común en llevar a cabo un proyecto conjunto. La existencia de este interés común se aprecia cuando, con los resultados científicos que se deriven de dicho proyecto, se da satisfacción a las necesidades de cada una de las partes, de acuerdo con sus objetivos y fines. No puede considerarse que existe ese interés común cuando el interés de una de las partes consista en la realización del trabajo y que este le sea sufragado –en todo o en parte– por enmarcarse ello en la actividad propia de la entidad.

2.- El objeto del convenio no se traduce en prestaciones y contraprestaciones de las partes, y no consiste en la financiación de un proyecto, sino en la realización del mismo, de tal forma que todas las partes contribuyen al desarrollo del proyecto, poniendo en común los datos, conocimientos y elementos personales y materiales con que cuentan.

3.- El proyecto debe generar un resultado científico del que se benefician todas las partes colaboradoras y del que hagan o puedan hacer uso todas ellas.

18. *Vid.* la STJCE de 24 de julio de 2003, "Altmark", donde se analiza si una intervención estatal debe considerarse una compensación que constituye la contrapartida de las prestaciones realizadas por las empresas beneficiarias para el cumplimiento de obligaciones de servicio público, de forma que estas empresas no gozan, en realidad, de una ventaja financiera y que, por tanto, dicha intervención no tiene por efecto situar a estas empresas. Para que así suceda, se exigen cuatro requisitos: 1) La empresa beneficiaria debe estar efectivamente encargada de la ejecución de obligaciones de servicio público y estas deben estar



Pudiera pensarse que tal interpretación limita al extremo la técnica de colaboración, al primar la idea de contrato. Pero no es así, pues de esta doctrina queda claro que sí son correctos los convenios de financiación como técnica de colaboración interadministrativa. Así, se ha admitido, por ejemplo, como hemos dicho, por la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de Aragón (Informe de 21 de julio de 2008), en el caso concreto de financiación autonómica a la explotación de servicios sociales municipales, al entender que la prestación que se define no es en sí una relación propia de contrato, ya que básicamente lo que se realiza es una técnica de colaboración vía financiación entre dos administraciones públicas, en el ejercicio de una competencia concurrente como es la de servicios sociales: “Lo que pretende el Gobierno de Aragón con esta práctica es una coordinación efectiva de competencias que permita la mejor eficiencia de los recursos materiales y financieros sin que pueda pensarse que la naturaleza de esta relación es de carácter contractual. Nos encontramos ante la figura de convenios de financiación al no poder ser calificados de contratos, ya que la causa del negocio jurídico no es la de recibir una prestación mediante precio como es la propia de un contrato.” En consecuencia, por imperativo normativo, muchas relaciones jurídicas calificadas como convenio hasta la fecha,

no pueden acogerse a esta categoría, al tratarse de auténticos contratos de servicios.<sup>19</sup>

### 3. Un negocio excluido de gran repercusión práctica. Los denominados servicios *in house providing* o encargos a entes propios

Un tema de gran repercusión práctica es el referido a la técnica de los encargos a medios propios y sus límites concretos.<sup>20</sup> Cuestión de indudable calado dentro de la tradicional figura de colaboración administrativa entre distintas administraciones o entidades del ámbito local. Situación habitual en el Derecho administrativo que, como bien destaca Sosa Wagner, se fundamenta en la capacidad autoorganizativa de las administraciones públicas, con el fin de obtener una mayor eficiencia en los procedimientos de contratación,<sup>21</sup> resultando irrelevante el dato de la personificación jurídica, por cuanto es la falta de autonomía decisional de uno de los entes respecto del otro, la razón que impediría la existencia de una auténtica relación contractual entre dichos entes.<sup>22</sup> Así, estas prestaciones –inicialmente obras– encajarían en el supuesto de obras por la propia Administración, al resultar “extraño” acudir al mercado cuando una administración goza de los instrumentos para atender por sí misma una concreta prestación.<sup>23</sup>

---

claramente definidas; 2) Los parámetros para el cálculo de la compensación deben establecerse previamente de forma objetiva y transparente, para evitar que esta confiera una ventaja económica que pueda favorecer a la empresa beneficiaria respecto a las empresas competidoras; 3) La compensación no puede superar el nivel necesario para cubrir total o parcialmente los gastos ocasionados por la ejecución de las obligaciones de servicio público, teniendo en cuenta los ingresos correspondientes y un beneficio razonable por la ejecución de estas obligaciones; y 4) Cuando la elección de la empresa no se haya realizado en el marco de un procedimiento de contratación pública que permita seleccionar al candidato capaz de prestar estos servicios originando el menor coste para la colectividad, el nivel de la compensación necesaria debe calcularse sobre la base de un análisis de los costes que una empresa media, bien gestionada y adecuadamente equipada en medios de transporte para poder satisfacer las exigencias de servicio público requeridas, habría soportado para ejecutar estas obligaciones, teniendo en cuenta los ingresos correspondientes y un beneficio razonable por la ejecución de estas obligaciones.

19. Por todos, *vid.* el Informe de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad de Valencia, 5/2008, de 17 de noviembre de 2008.

20. En la bibliografía más reciente puede consultarse el estudio de PERNAS GARCÍA, *Las operaciones in house y el Derecho comunitario de contratos públicos*, Iustel, Madrid, 2008.

21. F. SOSA WAGNER, “El empleo de recursos propios por las administraciones locales”, en el libro homenaje al profesor S. MARTÍN-RETORTILLO, *Estudios de Derecho público económico*, Civitas, 2003, p. 1317.

22. Como bien destaca A. HUERGO LORAS, “La libertad de empresa y la colaboración preferente de las administraciones públicas”, *RAP*, núm. 154, 2001, p. 130. Técnica que, como bien explica este autor, en modo alguno, dentro de los límites y finalidad, supone contravención al derecho de libertad de empresa que proclama nuestra Constitución (p. 154). Como señala C. AMOEDO SOUTO, la independencia derivada de la personalidad jurídica de los entes instrumentales pasa a un segundo plano, y cobra protagonismo en su configuración jurídica el rasgo funcional de su instrumentalidad administrativa (“El nuevo régimen jurídico de la encomienda de ejecución y su repercusión sobre la configuración de los entes instrumentales de las administraciones públicas”, *RAP*, núm. 170, mayo-agosto 2006, p. 264).

23. Como bien ha destacado T. DE LA QUADRA SALCEDO, frente al dogma del contratista interpuesto, nuestro Derecho clásico ha contemplado esta posibilidad de ejecución de obras por la Administración (“La ejecución de obras por la Administración”, en el libro colectivo *Comentarios a la Ley de contratos de las administraciones públicas*, Civitas, Madrid, 2004, p. 889-941).

La solución a esta cuestión, debe abordarse, necesariamente, desde la óptica del Derecho comunitario –rechazando las interpretaciones legales que llevarían a una solución contraria a la normativa comunitaria–.<sup>24</sup> La regulación actual, como comprobaremos, limita esta técnica de colaboración, lo que obliga a repensar situaciones administrativas como la que se describirá.

### 3.1. El origen de los denominados servicios *in house providing*

Esta técnica y su concreta problemática, desde la perspectiva de los contratos públicos, encuentra su origen tanto en el artículo 1 c) de la Directiva 92/50, de servicios, como en su artículo 6, al declarar, respectivamente, que se considerará “prestador de servicios” a cualquier persona física o jurídica que ofrezca servicios, “incluidos los organismos públicos”, pero que quedan excluidos de su ámbito “los contratos públicos de servicios adjudicados a una entidad que sea, a su vez, una entidad adjudicadora con arreglo a la letra b) del artículo 1, sobre la base de un derecho exclusivo del que goce en virtud de disposiciones legales, reglamentarias y administrativas publicadas, siempre que dichas disposiciones sean compatibles con el Tratado. Estas disposiciones han permitido entender que los denominados ‘medios propios’, a los que se realizan encargos de naturaleza contractual, estarían al margen de esta normativa”. La cuestión, amén de resbaladiza –y que no debe confundirse con los contratos de concesión de servicios–,<sup>25</sup> no es en modo alguno baladí, y menos si se analiza desde la perspectiva de que, posteriormente, esos medios propios tienden a no aplicar las reglas de contratación pública.

Pues bien, la cuestión ha tenido respuesta en la jurisprudencia del TJCE, quien analiza ya esta posibilidad en la sentencia de 18 de noviembre de 1998 (BFI),<sup>26</sup> admitiéndose en la sentencia Teckal, (a la que se alude

en los apartados 38 y 39 de la STJCE de 13 de enero de 2005),<sup>27</sup> dictada por la Sala Quinta del TJCE con fecha 18 de noviembre de 1999, en el asunto C-107/98, tramitado como consecuencia de la petición dirigida al TJCE por el Tribunale Amministrativo Regionale per l’Emilia-Romagna (Italia), destinada a obtener, en el litigio pendiente en ese órgano entre Teckal Srl, de una parte, y Comune di Viano y Azienda Gas-Acqua Consorziale (AGAC) di Reggio Emilia, una decisión prejudicial acerca de la interpretación del artículo 6 de la Directiva 92/50/CEE, del Consejo, de 18 de junio de 1992, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de servicios. En esta relevante sentencia, el TJCE declaró lo siguiente:

“46. El municipio de Viano, como ente territorial, es una entidad adjudicadora en el sentido del artículo 1, letra b), de la Directiva 93/36. Por consiguiente, corresponde al Juez nacional verificar si la relación entre dicho municipio y la AGAC reúne también los demás requisitos exigidos por la Directiva 93/36 para constituir un contrato público de suministro.

“47. Así será, con arreglo al artículo 1, letra a), de la Directiva 93/36, si se trata de un contrato celebrado por escrito a título oneroso que tiene por objeto, en particular, la compra de productos.

“48. Consta en el caso de autos que la AGAC suministra productos, a saber, combustible, al municipio de Viano mediante pago de un precio.

“49. Por lo que se refiere a la existencia de un contrato, el Juez nacional debe verificar si ha existido un convenio entre dos personas distintas.

“50. A este respecto, conforme al artículo 1, letra a), de la Directiva 93/36, basta, en principio, con que el contrato haya sido celebrado entre, por una parte, un ente territorial y, por otra, una persona jurídicamente distinta de este. Solo puede ser de otra manera en el supuesto de que, a la vez, el ente territorial ejerza sobre la persona de que se trate un control análogo al que ejerce sobre sus propios servicios, y esta persona

24. Entre la doctrina, recientemente MEILÁN GIL ha advertido, con acierto, que la interpretación de las notas que justifican la excepción a la normativa sobre contratos públicos ha de ser restrictiva por el carácter excepcional que tiene el supuesto, con el objeto, por tanto, de evitar vulneraciones del Derecho comunitario de contratos públicos (*La estructura de los contratos públicos*, Lustel, Madrid, 2008, p. 116).

25. *Vid.* GIMENO FELIU, José María, *La nueva contratación pública europea y su incidencia en la legislación española. La necesaria adopción de una nueva ley de contratos públicos y propuestas de reforma*, *op. cit.*, p. 151-161.

26. En cuanto a su concreto alcance, por todos, pueden verse las observaciones formuladas por M. FUERTES en su trabajo: “Personificaciones públicas y contratos administrativos. La última jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea”, *REALA*, núm. 279, 1999, p. 31 y ss.

27. Sobre la evolución jurisprudencial en este asunto resulta de interés el trabajo de LECUYER-THIEFFRY, C. y THIEFFRY, P., “Les prestataires effectués in house sans mise en concurrence: les évolutions en cours”, *AJDA*, núm. 17, 2005, p. 927-933.

realice la parte esencial de su actividad con el ente o los entes que la controlan.

“51. Por consiguiente, procede responder a la cuestión prejudicial que la Directiva 93/63 es aplicable cuando una entidad adjudicadora, como un ente territorial, proyecta celebrar por escrito, con una entidad formalmente distinta de ella y autónoma respecto a ella desde el punto de vista decisorio, un contrato a título oneroso que tiene por objeto el suministro de productos, independientemente de que dicha entidad sea o no, en sí misma, una entidad adjudicadora.”

Doctrina que se confirma en la sentencia de 7 de diciembre de 2000, “ARGE” (confirmada, asimismo, en las sentencias: Stadt Halle, de 11 de enero de 2005, Parking Brixen, de 13 de octubre de 2005, Coname, de 21 de julio de 2005, Carbotermo, de 11 de mayo de 2006, Asemfo, de 19 de abril de 2007, y Agusta Spa, de 8 de abril de 2008),<sup>28</sup> al afirmar que los organismos públicos pueden ser adjudicatarios de contratos públicos regulados por las directivas, sin que ello implique, en principio, infracción del principio de igualdad de todos los licitadores:

“El mero hecho de que la entidad adjudicadora permita participar en un procedimiento de adjudicación de un contrato público de servicios a tales organismos no constituye ni una discriminación encubierta ni una restricción contraria al artículo 59 del Tratado CE” (actualmente artículo 49 CE, tras su modificación).

No obstante, como ya hemos advertido, la sentencia clave en este asunto es, sin duda, como recuerda la sentencia ARGE, la de 18 de noviembre de 1999 (“Teckal”), pues, aunque el supuesto analizado se refiere a un contrato de suministros, su doctrina se puede extender al resto de la contratación pública, admitiendo el concepto *in house providing* en los supuestos en que exista sobre el ente un control análogo al que se ejerce sobre sus propios servicios, y que realice su actividad esencial para quien le controla.<sup>29</sup> En resumen, esta sentencia (en cuestión prejudicial sobre la base del actual 234 TCE) —en la que se falla la obligación de

aplicar las directivas de contratos públicos cuando una entidad adjudicadora, como un ente territorial, proyecta celebrar por escrito, con una entidad formalmente distinta de ella y autónoma respecto a ella desde el punto de vista decisorio, un contrato a título oneroso que tiene por objeto el suministro de productos, independientemente de que dicha entidad sea o no, en sí misma, una entidad adjudicadora—, analiza la relación jurídica que une a un ayuntamiento italiano (Comune di Viano) con una mancomunidad de la que es partícipe, y cuyo objeto es el suministro de combustible de calefacción a los edificios municipales, cuando una empresa privada, con idéntica actividad, pretende que se declare, como así se concluye por el Tribunal, que dicha relación es un contrato de suministros que ha de adjudicarse mediante los procedimientos competitivos previstos en la Directiva. En esta sentencia se opta por un concepto funcional de “contrato” y de “contratista” (análogos al concepto funcional de “poder adjudicador” del que ya se ha dado cuenta en este trabajo), siendo irrelevantes la tipología jurídica del suministrador y, por supuesto, la denominación que las partes o el Derecho nacional den al negocio. De ahí que, por no aplicar las reglas de las directivas de contratación pública, se condene a la República Italiana.

En todo caso, y aquí radica su importancia, si bien es cierto que la sentencia no aplica la cláusula del artículo 6 de la Directiva 92/50, pues aunque el litigio versaba, insisto, sobre un contrato mixto de servicios y suministro, se calificó como de suministro atendiendo al dato de que el valor de los productos era superior al de los servicios a que se refiere el contrato, y en la Directiva 93/36 no hay un precepto similar u homólogo, el fallo (en relación o conexión a su considerando número 50) viene a excluir del ámbito de las directivas los contratos *in house providing* siempre y cuando concurren necesariamente los dos requisitos, acumulativos, que a continuación desarrollamos, y que deberán, caso por caso, ser analizados por el Juez nacional:<sup>30</sup>

28. Vid. mi trabajo: “La problemática derivada del encargo de prestaciones a entes instrumentales propios: alcance de la jurisprudencia comunitaria”, Informe Comunidades Autónomas 2005, Instituto Derecho Público, Barcelona, 2006, p. 838-858.

29. Comenta esta sentencia en la doctrina italiana C. ALBERTI, “Appalti in house, concessión in house ed esternalizzazione”, *Revista Italiana di Diritto Pubblico Comunitario*, núm. 3-4, 2001, p. 495 y ss. Esta jurisprudencia ha sido confirmada por la STJCE de 8 de mayo de 2003 en el caso de TRAGSA, considerando que los encargos a esta empresa estatal que realiza el Estado serían servicios *in house*. Al respecto puede consultarse el libro de C. AMOEDO SOUTO, *TRAGSA, medios propios de la Administración y huida del Derecho administrativo*, Atelier, Barcelona, 2004, p. 102-108.

30. Para dicha labor pueden resultar especialmente útiles las Conclusiones del Abogado General en el citado asunto “ARGE”. Para un análisis de la relación de los contratos *in house providing* con el concepto comunitario de “concesión”, me remito a lo que se dice en este trabajo más adelante.

“Solo puede ser de otra manera en el supuesto de que, a la vez, el ente territorial ejerza sobre la persona de que se trate un control análogo al que ejerce sobre sus propios servicios y esta persona realice la parte esencial de su actividad con el ente o los entes que la controlan.” (La cursiva es nuestra.)<sup>31</sup>

La jurisprudencia comunitaria exige, para que se pueda entender que estamos en presencia de un servicio *in house providing*, los siguientes requisitos de carácter acumulativo:<sup>32</sup>

El primer requisito que se exige es que el encargo debe formalizarse entre una entidad adjudicadora y

una entidad formalmente distinta de ella, pero sobre la que ejerce un control análogo al que ejerce sobre sus propios servicios, de tal modo que el proveedor no tiene, frente al poder adjudicador, auténtica autonomía desde el punto de vista decisorio, por lo que no existiría una voluntad contractual.<sup>33</sup> El criterio del “control análogo al ejercido sobre sus propios servicios” implica –como hemos venido interpretando–<sup>34</sup> una dependencia estructural y un control efectivo, de manera que las tareas que se encomiendan al ente instrumental no se gestionarían de modo distinto si las hubiera acometido el propio ente dominante.<sup>35</sup> A este respecto, convie-

31. Vid. P. DELVOLLE, “Marches publics: les critères des contrats maison”, *Revue du Droit de l’Union Européenne*, núm. 1, 2002, p. 53 y J. ARNOULD, “Les contrats des concessions, de privatisation et de services *in house* au regard des règles communautaires”, *RFDA*, núm. 1, 2001, p. 12-13. Comenta también estos requisitos SERRANO CHAMIZO, J., en la ponencia: “Los contratos entre administraciones públicas: la perspectiva del Derecho comunitario”, presentada en el Seminario celebrado en Vitoria el 23 de mayo de 2002, p. 6 a 12 del texto mecanografiado. Igualmente, C. AMOEDO SOUTO, *TRAGSA, medios...*, *op. cit.*, p. 103-105.

32. En cuestión prejudicial presentada por la República de Italia, las conclusiones de la Abogada General Christine Stix-Hackl presentadas el 12 de enero de 2006 –asunto C-340/04, Carbotermo Spa y Consorzio Alisei contra Comune di Busto Arsizio, parte coadyuvante AGESP, sobre el alcance de qué requisitos debe cumplir la adjudicación de un contrato público para ser considerada lo que se denomina adjudicación “cuasi interna” y, de este modo, no quedar comprendida en la Directiva 93/36/CEE del Consejo, de 14 de junio de 1993, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de contratos públicos de suministro. Se trata, pues, de un nuevo procedimiento relativo a la interpretación y aplicación de los criterios desarrollados en la sentencia dictada en el asunto Teckal y precisados con más detalle –cuando menos parcialmente– en la sentencia dictada en el asunto Stadt Halle y RPL Lochau. Estos criterios interpretativos se refieren a que la Directiva 93/36/CEE del Consejo, de 14 de junio de 1993, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de contratos públicos de suministro, debe interpretarse en el sentido de que no se opone a la adjudicación directa de un contrato público en un procedimiento como el del litigio principal, únicamente cuando se cumplen los siguientes requisitos:

En primer lugar, el ente territorial deberá ejercer sobre el otro ente un control análogo al que ejerce sobre sus propios servicios. A tal respecto, el Juez nacional deberá examinar las siguientes circunstancias:

- los intereses de los titulares de participaciones;
- la transformación de la “azienda municipalizzata” en una sociedad anónima;
- la apertura de la sociedad a capital ajeno, no prevista con carácter obligatorio y tampoco verificada;
- la posibilidad de que AGESP establezca sucursales incluso en el extranjero;
- el alcance de la posibilidad de influir en el nombramiento del consejo de administración y en la gestión;
- las facultades del consejo de administración de AGESP; y
- la circunstancia de que el municipio participa indirectamente en el capital de AGESP a través de AGESP Holding.

En segundo lugar, esta entidad deberá, al mismo tiempo, realizar la parte esencial de su actividad con el ente o entes territoriales que posea o posean sus participaciones sociales. A tal respecto, el Juez nacional deberá tener en cuenta las circunstancias mencionadas en los puntos 76 a 115, para lo cual deberán tomarse en consideración también los ingresos procedentes de actividades realizadas con los titulares de participaciones, pero no ha de aplicarse el criterio del 80% previsto en el artículo 13 de la Directiva 93/38.

33. Por no concurrir este requisito, se admite como válida la opción de adjudicar en un proceso de licitación a una empresa mercantil pública que no se configura como medio propio. Es el caso analizado en la sentencia Concordia de 17 de septiembre de 2002. Al respecto puede consultarse S. ORTIZ VALMONTE, “Ámbito subjetivo de aplicación de la Ley y de las directivas comunitarias de contratación públicas”, en el libro colectivo *Comentarios a la Ley de contratos de las administraciones públicas*, Civitas, Madrid, 2005, p. 1511-1514.

34. GIMENO FELIU, José María: *La nueva contratación...*, p. 142.

35. Sorprendentemente, y pese a la importancia práctica –amén de la conflictividad–, la única definición de “control análogo” que hasta la fecha se puede encontrar en el Derecho comunitario positivo, es la afirmación del artículo 5 del Reglamento (CE) núm. 1370/2007 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de octubre de 2007, sobre los servicios públicos de transporte de viajeros por ferrocarril y carretera, y por el que se derogan los reglamentos (CEE) núm. 1191/69 y (CEE) núm. 1107/70 del Consejo, donde al hablar de la adjudicación de los contratos de servicio público, se admite la adjudicación directa a entidades sobre las que se ostente un control análogo al que se ejerce sobre los propios servicios. En este sentido: “...para determinar la existencia de ese control por la autoridad local competente, habrán de tenerse en cuenta factores como el nivel de presencia en los órganos de administración, dirección o supervisión, las especificaciones correspondientes en los estatutos, la propiedad, la influencia y control efectivos de las decisiones estratégicas y las decisiones aisladas de gestión. De conformidad con la legislación comunitaria, la propiedad del 100% por parte de la autoridad pública competente, en particular en el caso

ne advertir que la titularidad o propiedad mayoritaria del ente instrumental no es suficiente para justificar la existencia de dicho control, lo que supone que no es correcta la regla de que las empresas públicas son medios propios de la Administración matriz, pues, como destaca P. Delvolve, la influencia dominante debe traducirse en la práctica en absoluta dominación a la hora de la determinación de voluntades, por lo que no existiría un auténtico contrato (sería, en suma, un auto-contrato). Como advierte este autor, el concepto de la influencia dominante no es sinónimo del concepto de control análogo, por lo que, en modo alguno, pueden ser consideradas con carácter general las empresas públicas como supuestos de *in house providing*.<sup>36</sup> En todo caso, lo que sí resulta evidente es que no se considerarán servicios *in house* y, por tanto, estarán dentro del ámbito de las directivas los contratos entre una entidad territorial y un ente dependiente de otros entes territoriales distintos.

Y así, el propio Tribunal ha afirmado la existencia de tal control cuando la entidad pública tiene la facultad de designar a los miembros de los órganos directivos y condicionar la actividad del medio propio (por ejemplo, fijando los gastos de funcionamiento del medio propio, reservándose la potestad de verificación de determinados acuerdos mediante el nombramiento de un funcionario encargado de orientar y controlar las operaciones del medio propio, y ejerciendo un control sobre la contabilidad del medio propio para asegurar la plena aplicación de las normas contables).<sup>37</sup>

Una matización de gran relevancia a esta cuestión, para el caso que nos ocupa, es introducida por la STJCE

de 11 de enero de 2005 (Stadt Halle) –y corroborada por la STJCE de 8 de abril de 2008, *Comisión vs. República Italiana*–, al afirmar que:<sup>38</sup>

“En el supuesto de que una entidad adjudicadora proyecte celebrar un contrato a título oneroso referente a servicios comprendidos dentro del ámbito de aplicación material de la Directiva 92/50, en su versión modificada por la Directiva 97/52, con una sociedad jurídicamente distinta de ella, en cuyo capital participa junto con una o varias empresas privadas, deben aplicarse siempre los procedimientos de contratación pública previstos en dicha Directiva.”

Es decir, la participación privada en un ente público, por mínima que esta sea, rompe el criterio exigido en las sentencias Teckal y Arge y, en modo alguno, puede entenderse que estas empresas con participación privada puedan ser medios propios, por lo que los encargos deben ser necesariamente objeto de licitación.<sup>39</sup>

Así lo ha confirmado la reciente STJCE de 8 de abril de 2008 (Comisión/República de Italia), al afirmar lo siguiente:

“38. En lo que atañe a la primera condición, relativa al control de la autoridad pública, *debe recordarse que la participación, aunque sea minoritaria, de una empresa privada en el capital de una sociedad, en la que participe asimismo la entidad adjudicadora de que se trata, excluye, en cualquier caso, que dicha entidad adjudicadora pueda ejercer sobre la citada sociedad un control análogo al que ejerce sobre sus propios servicios.*” (La cursiva es nuestra.) (Véase la sentencia Stadt Halle y RPL Lochau, antes citada, apartado 49.)

---

de colaboraciones público-privadas, no constituye un requisito obligatorio para determinar que existe un control en el sentido del presente apartado, siempre que exista una influencia pública dominante y que pueda determinarse el control sobre la base de otros criterios.”

36. P. DELVOLVE, “Marchés publics...”, *op. cit.*, p. 54-55. Por el contrario, entre departamentos distintos pero de la misma Administración, de existir relación vertical y no horizontal, no hay problemas para que, mediante protocolos, se puedan solicitar dichos encargos de prestación sin tener que someterse a la normativa de contratación pública.

37. Cfr. STJCE de 17 de julio de 2008, asunto C-371/05, *Comisión vs. República italiana*, apartados 25 y 26.

38. Los motivos que llevan al Tribunal a formular esta afirmación son dos; en primer lugar, que la relación entre una autoridad pública, que es una entidad adjudicadora, y sus propios servicios se rige por consideraciones y exigencias características de la persecución de objetivos de interés público. Por el contrario, cualquier inversión de capital privado en una empresa obedece a consideraciones características de los intereses privados y persigue objetivos de naturaleza distinta (apartado 50). En segundo lugar, que la adjudicación de un contrato público a una empresa de economía mixta, sin licitación previa, perjudicaría al objetivo de que exista una competencia libre y no falseada y al principio de igualdad de trato de los interesados, ya que, entre otras cosas, este procedimiento otorgaría a una empresa privada que participa en el capital de la citada empresa una ventaja en relación con sus competidores (apartado 51).

39. A lo sumo, en tanto no se falsee la competencia, podrán acudir y participar en la licitación como una empresa privada. Vid. P. VALCÁRCEL FERNÁNDEZ, “Sociedades mercantiles y realización de obras públicas: incumplimiento de la normativa comunitaria de contratación, extralimitación del margen constitucional de reserva de Derecho administrativo e incongruencia en el empleo de técnicas de auto organización para la gestión de actuaciones administrativas”, *RGDA*, núm. 12, 2006, p. 17.



“39. Sobre este particular, según demuestra el estudio anexo al escrito de contestación, relativo a las participaciones del Estado italiano en EFIM (Ente Partecipazioni e Finanziamento Industrie Manifatturiere), Finmeccanica y Agusta, esta última, que es una sociedad privada desde su creación, siempre ha sido, desde 1974, una sociedad de economía mixta, es decir, una sociedad cuyo capital está integrado por participaciones que son propiedad en parte del citado Estado y en parte de accionistas privados.

“40. De la misma forma, puesto que Agusta es una sociedad abierta parcialmente al capital privado y, en consecuencia, responde al criterio expuesto en el apartado 38 de la presente sentencia, queda excluido que el Estado italiano pueda ejercer sobre esta sociedad un control análogo al que ejerce sobre sus propios servicios.

“41. En tales circunstancias, y sin que sea necesario examinar la cuestión de si Agusta desarrolla lo esencial de su actividad con la autoridad pública concedente, procede desestimar la alegación de la República Italiana basada en la existencia de una relación *in house* entre dicha sociedad y el Estado italiano.”

Finalmente, esta cuestión del control análogo ha sido también objeto de estudio en la STJCE de 13 de octubre de 2005 (*Parking Brixen*), en la que se resuelve que no puede entenderse que, en el caso de una autoridad pública concedente, ejerza sobre la empresa concesionaria un control análogo al de sus propios medios.<sup>40</sup>

Es decir, sin control análogo, interpretado restrictivamente, no puede existir una relación *in house*, y, en ese caso, sí se afectaría a la regla de la libre competencia.<sup>41</sup> Control análogo que existirá no en función del

porcentaje de participación en el capital social, sino por el hecho de que el ente instrumental carezca efectivamente de autonomía desde el punto de vista decisorio respecto del ente encomendante, no existiendo en estos casos verdadera autonomía contractual. Eso explica que varias entidades pueden disponer de control análogo sobre un mismo ente propio, como ha declarado el TJCE en su sentencia de 13 de noviembre de 2008, *Coditel* (apartados 50, 52 y 54), afirmando que lo esencial es que el control ejercido sobre la entidad sea efectivo, no siendo indispensable que el control sea individual (apartado 46). En todo caso, la consecuencia del control análogo es la de la obligatoriedad de aceptarlo y ejecutarlo por el ente que lo recibe, y no lo contrario, como bien pone de relieve Bernal Blay (en correcta interpretación de la doctrina *Carbotermo*).<sup>42</sup> Control análogo que es de carácter funcional y no formal –no basta con la mera declaración legal–, que obliga a acreditar que, efectivamente, existe ese poder de influencia determinante tanto sobre los objetivos estratégicos como sobre las decisiones importantes de la sociedad al que se refería la Sentencia del TJCE de 13 octubre de 2005 (*Parking Brixen*).

El segundo requisito que se debe exigir para admitir la existencia de *in house providing* es que la entidad proveedora debe realizar –necesariamente– la parte esencial de su actividad con el ente o los entes que la controlan (que no debe confundirse con las notas requeridas en el primer criterio explicado).<sup>43</sup> O sea, se debe realizar por esta la actividad en provecho de quien le realiza el encargo o encomienda (STJCE de 18 de diciembre de 2007, Asociación Profesional de Empresas de Reparto y Manipulado de Correspondencia). El requisito de que el

40. Apartados 67 a 70 de la sentencia. Un comentario de esta sentencia es efectuado por E. ARIMANY LAMOGLIA, “Sombras sobre los encargos directos de gestión a las sociedades mercantiles locales”, *Cuadernos de Derecho Local*, núm. 9, 2005, p. 48-64. En este caso, el TJCE resuelve que los artículos 43 TCE y 49 TCE, así como los principios de igualdad de trato, no discriminación y transparencia, deben interpretarse en el sentido de que se oponen a que una autoridad pública adjudique, sin licitación previa, una concesión de servicios públicos a una sociedad anónima constituida mediante la transformación de una empresa especial de dicha autoridad pública, sociedad anónima cuyo objeto social se ha ampliado a nuevos e importantes ámbitos, cuyo capital debe abrirse obligatoriamente a corto plazo a otros inversores, cuyo ámbito territorial de actividad se ha expandido a todo el país y al extranjero, y cuyo consejo de administración dispone de amplias facultades de gestión que puede ejercer de forma autónoma.

41. En favor de una interpretación restrictiva de este criterio se han posicionado E. ARIMANY LAMOGLIA, “Sombras sobre los encargos directos...”, *op. cit.*, p. 56, y M. A. BERNAL BLAY, “La problemática relativa a los negocios excluidos de la aplicación de la Ley: los encargos *in house*, con especial referencia al ámbito local”, en el libro colectivo *La Ley de contratos del sector público y su aplicación por las entidades locales*, CEMCI, Granada, 2008, p. 172-175. Por el contrario, una interpretación más flexible es la defendida por F. SOSA WAGNER y M. FUERTES en su estudio: “¿Pueden los contratos quedar en casa? (la polémica europea sobre la contratación *in house*)”, *Diario La Ley*, núm. 6715, de 17 de mayo de 2007, p. 4.

42. Como destaca este autor, el control análogo nada tiene que ver con la facultad de conferir singularmente encomiendas de gestión, puesto que el encargo singular no determina *per se* la existencia de un poder de influencia sobre las decisiones estratégicas del medio propio.

43. *Vid.* sentencia de 11 de mayo de 2006, *Carbotermo*, apartado 70.

ente instrumental realice con la entidad que lo controla la parte esencial de su actividad económica es ciertamente coherente, si se considera que todo el concepto gira en torno a la falta de autonomía contractual de dicho ente controlado. En efecto, si la exención del ámbito de la contratación pública se basa en que el contrato *in house* no es sino una forma de "autoprovisión" por parte de la entidad adjudicadora, tal exención pierde su sentido si el ente instrumental se dedica a proveer también a otros operadores públicos y privados como cualquier otro agente del mercado.<sup>44</sup> Dicho de otro modo, esta actuación revelaría que ese ente es algo más que un medio propio con personalidad diferenciada, por lo que deberían aplicarse las directivas comunitarias.

Y ello se justificaría entendiendo que, en tales casos, nos encontramos ante una fórmula de organización o gestión, al modo de la encomienda de gestión administrativa, en la que las entidades adjudicadoras utilizan medios propios, aunque dotados de personalidad jurídica propia, para satisfacer sus necesidades, en lugar de acudir al mercado.<sup>45</sup> Nos encontramos, debe insistirse, ante simples opciones de organización a las que, como afirma Sosa Wagner, el ente instrumental no puede negarse, ya que el reconocimiento de personalidad jurídica lo es solo a efectos auxiliares o instrumentales, sin que, en modo alguno, ostente condición de tercero.<sup>46</sup>

En esta misma línea, de marcado carácter restrictivo con la técnica de los *in house providing*, debe reseñarse la reciente STJCE de 11 de mayo de 2006, (Carbotermo), en la que, mediante cuestión prejudicial, se aclara lo siguiente:

"1) La Directiva 93/36/CEE del Consejo, de 14 de junio de 1993, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de contratos públicos de suministro, prohíbe la adjudicación directa de un contrato de suministro y de servicios, en el que el valor de los suministros

es preponderante, a una sociedad anónima, cuyo consejo de administración dispone de amplias facultades de gestión que puede ejercitar autónomamente y cuyo capital, en la situación actual, pertenece en su totalidad a otra sociedad anónima cuyo accionista mayoritario es, a su vez, el poder adjudicador.

"2) Para apreciar el cumplimiento del requisito de inaplicabilidad de la Directiva 93/36, conforme al cual la empresa a la que se haya adjudicado directamente un contrato de suministro debe realizar lo esencial de su actividad con el ente territorial que la controla, no procede aplicar el artículo 13 de la Directiva 93/38/CEE del Consejo, de 14 de junio de 1993, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de contratos en los sectores del agua, de la energía, de los transportes y de las telecomunicaciones.

"3) Para apreciar si *una empresa realiza lo esencial de su actividad con el ente territorial que la controla, a efectos de pronunciarse sobre la aplicabilidad de la Directiva 93/36, procede tomar en consideración todas las actividades que dicha empresa realiza en virtud de una adjudicación llevada a cabo por el poder adjudicador, y ello con independencia de la cuestión de quién remunera dicha actividad, ya sea el propio poder adjudicador, ya el usuario de los servicios prestados, siendo irrelevante igualmente el territorio en el que se ejerce dicha actividad.*" (La cursiva es nuestra.)

En definitiva, admitiendo como conforme al Derecho comunitario esta técnica de los servicios *in house*, debe reseñarse que estos dos requisitos, los llamados criterios *Teckal*, constituyen una excepción. En consecuencia, ambos requisitos deben ser objeto de una interpretación estricta, y la carga de la prueba de que existen realmente las circunstancias excepcionales que justifican la excepción incumbe a quien pretenda beneficiarse de ella.<sup>47</sup>

44. En conclusión, esta jurisprudencia nos advierte de que, cuando concurren estas notas, podrá admitirse la hipótesis de que no existe relación contractual entre ambos entes, en la medida en que no existe el elemento esencial del contrato, como es libre confluencia de dos voluntades diferenciadas que persiguen la satisfacción de intereses jurídicos y económicos distintos (en la práctica supone que no hay contrato).

45. En este sentido, al interpretar los conceptos de ejecución de obras por la propia Administración y de fabricación de bienes muebles por parte de la Administración, se posiciona A. HUERGO LORAS, que defiende esta posibilidad de *in house*, al no tener estas empresas instrumentales la consideración de terceros. *Vid.* "La libertad de empresa y la colaboración preferente de las administraciones públicas", *op. cit.*, p. 163.

46. F. SOSA WAGNER, *El contrato público de suministro*, Civitas, Madrid, 2003, p. 105.

47. Entre otras, las sentencias Stadt Halle, apartado 46, y Parking Brixen, apartados 63 y 65. *Vid.* MORENO MOLINA, José Antonio, "El ámbito de aplicación de la Ley de contratos del sector público", *Documentación Administrativa*, núm. 274-275, 2006 (publicación efectiva 2008), p. 76, y M. PILLADO QUINTANS, "TRAGSA: Un caso irresuelto convertido en modelo legal de los encargos de las administraciones a sus medios instrumentales", *Documentación Administrativa*, núm. 274-275, 2006 (publicación efectiva 2008), p. 291.

Igualmente, nos encontramos con una excepción a la existencia de contrato en los supuestos de concesión de servicio público a una sociedad intermunicipal. El Tribunal, en su sentencia de fecha 13 de noviembre de 2008, Uccle, ha resuelto que es correcta esa forma de gestión directa, sin que sea de aplicación la normativa de contratación pública.<sup>48</sup> La sentencia declara que no procedía licitación pública, con los siguientes fundamentos jurídicos esenciales:

“42. Por consiguiente, procede responder a las cuestiones primera y segunda como sigue:

“– Los artículos 43 CE y 49 CE, los principios de igualdad y de no discriminación por razón de la nacionalidad, y la obligación de transparencia que deriva de ellos, no son contrarios a que una autoridad pública atribuya, sin convocar una licitación, una concesión de servicios públicos a una sociedad cooperativa intermunicipal, cuyos socios son exclusivamente autoridades públicas, cuando dichas autoridades públicas ejercen sobre esa sociedad un control análogo al que ejercen sobre sus propios servicios, y la mencionada sociedad realiza la parte esencial de su actividad con esas autoridades públicas.

“–Sin perjuicio de la comprobación de los hechos por el órgano jurisdiccional remitente, en lo que respecta al margen de autonomía del que goza la sociedad en cuestión, en circunstancias como las del litigio principal, en las que las decisiones sobre las actividades de una sociedad cooperativa intermunicipal, controlada exclusivamente por las autoridades públicas, son adoptadas por órganos estatutarios de dicha sociedad compuestos por representantes de las autoridades públicas asociadas, puede considerarse que el control ejercido por las mencionadas autoridades públicas sobre esas decisiones

permite a estas ejercer sobre aquella un control análogo al que ejercen sobre sus propios servicios.”

Por ello, finaliza reconociendo que, en el supuesto de que una autoridad pública se adhiera a una sociedad cooperativa intermunicipal cuyos socios son exclusivamente autoridades públicas, con el objeto de cederle la gestión de un servicio público, el control que tales autoridades asociadas ejercen sobre dicha sociedad, para considerarse análogo al que ejercen sobre sus propios servicios, puede ser ejercido conjuntamente por las mencionadas autoridades, no existiendo relación contractual. La tradicional gestión directa de servicios públicos no se ve, por ende, afectada directamente por la jurisprudencia del Tribunal en materia de contratos públicos, al encajar en la figura de los encargos a medios propios.

En todo caso, y admitida la posibilidad de que una empresa pueda realizar encargos directos por parte de la Administración matriz, sin que estos se sometan, por tanto, a las reglas de contratación pública (que, entiendo, deberían sustanciarse mediante protocolos y no mediante convenios, pues la naturaleza de estos parece exigir libertad de decisión de ambas partes, lo que no sucede, como hemos visto, en los encargos a medios propios),<sup>49</sup> debe llamarse la atención sobre el hecho de que el ente encargado deberá aplicar las normas de contratación pública, al concurrir en él las notas que permiten calificarlo como poder adjudicador (artículo 1.9 de la Directiva de contratos públicos de 31 de marzo de 2004). Es decir, la utilización de los servicios *in house providing* no puede servir como mecanismo de escape de las reglas de contratación pública, pues se concibe como una especialidad organizativa pensada exclusivamente para obtener una mayor eficacia.<sup>50</sup>

48. El objeto del litigio es una demanda realizada por una empresa privada que recurre la decisión del municipio belga, denominado Uccle, de asociarse a una sociedad intermunicipal que lleva a cabo la actividad de gestión de explotación de una red municipal de teledistribución, que comprende actividades como ampliación de la oferta televisiva: programas adicionales y el paquete de cadenas de pago; programas “pay per view”; acceso a internet; telefonía vocal; videovigilancia; transmisión de datos a alta velocidad. La empresa litigante considera que esta prestación debiera haberse licitado como contrato público y el Consejo de Estado belga, antes de dictar sentencia, pide una decisión del Tribunal europeo. Este, efectuando un análisis pormenorizado del caso concreto, afirma que: “De la resolución de remisión resulta asimismo que Brutélé es una sociedad cooperativa intermunicipal cuyos socios son municipios y una asociación intermunicipal que agrupa a su vez exclusivamente a municipios. No admite socios privados. Su consejo rector se compone de representantes de los municipios (tres como máximo por cada municipio) designados por la asamblea general, que a su vez se compone de representantes de los municipios. El consejo rector dispone de las más amplias facultades.”

49. En esta línea, sobre la doctrina del TJCE comentada, también E. CARBONELL PORRAS denunciaba la incorrección de esta práctica del convenio con entes instrumentales de naturaleza privada. *Vid.* “El título jurídico que habilita el ejercicio de la actividad de las sociedades mercantiles estatales de infraestructuras viarias. ¿Convenio o contrato administrativo?”, en el libro colectivo *Estudios de Derecho público económico*, Civitas, Madrid, 2003, p. 390-391.

50. Como destaca J. ARNOULD, “Les contrats des concessions, de privatisation ...”, *op. cit.*, p. 12, las administraciones son libres de organizarse monolíticamente o en entidades autónomas, si bien ello no supone por sí la inaplicación de las reglas de contratación pública.

Pero debe insistirse en que la técnica del ente o medio propio debe ser interpretada restrictivamente, y respetando la doctrina del TJCE, sin que pueda ser utilizada cuando la prestación esté comprendida en el ámbito de la aplicación de la Directiva. Lo que resulta también evidente es que el instrumento para realizar esta encomienda no es el convenio –por tener naturaleza jurídica distinta–, y que el mismo criterio es aplicable al margen del umbral de la prestación.<sup>51</sup>

### 3.2. Alcance y significado de la STJCE de 19 de abril de 2007 (ASENFO vs. TRAGSA)

El 19 de abril de 2007, en cuestión prejudicial (confirmada ya por STS de 30 de enero de 2008), ha visto la luz una interesante sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas en materia de contratación pública, al analizar las relaciones de TRAGSA con el Estado y comunidades autónomas.<sup>52</sup> Sentencia que presenta luces y sombras, y que parece un paso en falso, fundamentalmente en cuanto a la interpretación del primero de los requisitos *Teckal* (el de que el ente ejerza sobre la persona de que se trate un control análogo al que ejerce sobre sus propios servicios), por cuanto la conclusión a la que llega el TJCE –no muy motivada, por cierto– implica aceptar una interpretación mucho más amplia que la que hasta ahora predicaba de esos requisitos establecidos por la jurisprudencia del TJCE, como bien explica M. A. Bernal Blay.<sup>53</sup>

El supuesto de hecho que da lugar a la sentencia versa sobre la posibilidad de que las comunidades autónomas puedan realizar encargos de ejecución a TRAGSA, sin necesidad de recurrir a un procedimiento de adjudicación. Recordamos que TRAGSA es una sociedad mercantil cuyo capital social pertenece en un 99% al Estado y en un 1% a cuatro comunidades autónomas. No obstante, la normativa reguladora del régimen jurídico de TRAGSA define a esta última como medio propio y servicio técnico instrumental tanto del Estado como de las comunidades autónomas, con independencia de que estas últimas participen o no en el capital social de TRAGSA.<sup>54</sup>

Ahora bien, como hemos explicado en el anterior epígrafe, la inexistencia de contrato queda condicionada, según la jurisprudencia comunitaria, a que “el ente territorial ejerza sobre la persona de que se trate un control análogo al que ejerce sobre sus propios servicios, y esta persona realice la parte esencial de su actividad con el ente o los entes que la controlan” (sentencia de 18 de noviembre de 1999, *Teckal*, apartado 50).

En resumen, la STJCE de 19 de abril afirma en qué casos puede considerarse que una comunidad autónoma puede realizar encargos a TRAGSA, al existir un control análogo al que ejerce sobre su propia estructura administrativa, declarando que su participación en el accionariado es semejante al control análogo, dado que la Ley “obliga” a TRAGSA a aceptar el encargo.<sup>55</sup> Como argumentos a favor, hemos de considerar que, de acuerdo con su normativa reguladora, los trabajos

51. ÁVILA ORIVE, *Los convenios de colaboración excluidos de la Ley de contratos de las administraciones públicas*, Civitas, Madrid, 2002, p. 216. Denunciaba ya, como contraria al Derecho comunitario, esta práctica E. CARBONELL PORRAS, “El título jurídico que habilita el ejercicio de la actividad de las sociedades mercantiles estatales de infraestructuras viarias. ¿Convenio o contrato administrativo?”, en el libro colectivo *Estudios de Derecho público económico*, Civitas, Madrid, 2003, p. 393-394.

52. Dicha sentencia resuelve bajo qué condiciones resulta admisible el encargo de prestaciones a favor de entidades instrumentales sin necesidad de concurrencia (el litigio resuelto por la sentencia trae causa de una denuncia de la Asociación Nacional de Empresas Forestales (ASEMFO), al entender que los encargos hechos por diversas administraciones públicas a la sociedad pública Transformación Agraria, S.A. (TRAGSA) vulneran la competencia en el mercado de obras y servicios forestales). Como antecedentes del caso, las sentencias de la Audiencia Nacional de 15 de noviembre de 2000 y del Tribunal Supremo de 18 de diciembre de 2003. Una interesante reflexión sobre todo el iter procedimental de este asunto es la realizada por M. PILLADO QUINTANS, “TRAGSA:...”, *op. cit.*, p. 320-346.

53. M. A. BERNAL BLAY, “Un paso en falso en la interpretación del criterio del control análogo al de los propios servicios en las relaciones *in house*. Comentario de urgencia a la STJCE de 19 de abril de 2007” (asunto C-295/05, *Asemfo vs. Tragsa*), *REDA*, núm. 137, 2008, p. 115-138. También Julio GONZÁLEZ GARCÍA, “Medios propios de la Administración, colaboración interadministrativa y sometimiento a la normativa comunitaria de contratación”, *RAP*, núm. 173, 2007, p. 217-237.

54. Sobre el régimen jurídico de TRAGSA, resulta de especial interés la monografía de C. AMOEDO SOUTO: *TRAGSA, medios propios de la Administración y huída del Derecho administrativo*, Atelier, Barcelona, 2004.

55. Julio GONZÁLEZ GARCÍA, crítica, con motivos, esta declaración, pues confunde los criterios de control análogo establecidos previamente por el TJCE, “Medios propios de la Administración, colaboración interadministrativa y sometimiento a la normativa comunitaria de contratación”, *op. cit.*, p. 217-237. Igualmente, M. PILLADO QUINTANS, “TRAGSA:...”, *op. cit.*, p. 320-346. Por el contrario, entienden correcta esta decisión F. SOSA WAGNER y M. FUERTES, en su trabajo: “¿Pueden...?...””, *op. cit.*, p. 3 y ss.

que le encomienda la Administración de la Comunidad Autónoma deben ser ejecutados obligatoriamente por TRAGSA, la cual, por su ejecución, solamente tendrá derecho a ser resarcida por el importe de los costes en que realmente hubiera incurrido, de acuerdo con las tarifas aprobadas por las administraciones públicas españolas que pueden ordenarle la ejecución de obras, servicios y suministros. Hasta aquí, se puede afirmar que las relaciones de TRAGSA con la Administración pública se basan en la falta absoluta de autonomía de voluntad de TRAGSA, posicionándose la Comunidad Autónoma en una situación de control total y efectivo sobre aquella.<sup>56</sup> Esta conclusión se refuerza si se tiene en cuenta que TRAGSA no puede participar (por prohibición legal expresa) en los procedimientos de adjudicación de contratos convocados por la Administración, y que su contraprestación se determinará aplicando a las unidades ejecutadas las tarifas correspondientes, que deberán ser objeto de aprobación por la Administración autonómica.<sup>57</sup>

En segundo lugar, en cuanto a la titularidad del ente instrumental (aún a sabiendas de que este criterio no es determinante para concluir que existe control análogo), TRAGSA pertenece mayoritariamente a la Administración del Estado y, en un porcentaje mínimo, a seis comunidades autónomas españolas, cuya participación en el capital no les da el control efectivo y determinante de la sociedad. Sin embargo, la STJCE de 19 de abril entiende que con una mínima participación se considera cumplido el requisito de control análogo, dado que existe, como señalábamos, obligación de aceptar el encargo en todo caso.

En todo caso, queda claro que las comunidades autónomas que no participan en el capital, ni, en consecuencia, en la Junta General de Socios, ni en el Consejo de Administración, ni en los órganos de dirección y

control de TRAGSA, no cumplen con dicho requisito de control análogo, por lo que es difícil que se pueda argumentar que la Comunidad Autónoma sin participación dispone de un control efectivo sobre TRAGSA, y que esta tenga una dependencia estructural, como consecuencia de su no participación en el capital social<sup>58</sup> (por ello, la actual disposición adicional 30 de la LCSP parece claramente contraria a Derecho comunitario, al no recoger el dato de la participación en el accionariado y –lo que es más grave– extender la figura a los entes dependientes de todas las comunidades autónomas, en clara contravención de la propia finalidad de la técnica y de la expresa jurisprudencia del TJCE).<sup>59</sup>

Lo que debe quedar claro es que TRAGSA cumple una función organizativa clara y justificada en el ámbito del Estado, y que, incluso, puede entenderse legítima –en tanto se respeten unos límites claros– en el ámbito de aquellas comunidades autónomas que quieran considerarla como medio propio para poder ejecutar prestaciones en casos excepcionales (emergencia o especialización), para lo que TRAGSA cuenta con los medios oportunos. En la balanza de eficacia administrativa y libre competencia, deberá primar lo primero. Pero lo que no es posible es pervertir la función de un “auténtico” medio propio para convertirlo en un intermediario, ya que entonces sí se afectaría a la regla de la libertad de empresa. Aquí es donde creo radica el quid de la cuestión, dado que la concreta problemática ha derivado de un posible exceso no solo en los encargos recibidos por esta sociedad estatal (por ejemplo, a través de encargos en cadena o cruzados entre empresas del holding), sino por la imitación formal autonómica, con finalidades muchas veces distintas, al crearse medios propios sin medios, con la consecuencia –¿querida?– de alterar el régimen

56. La potestad tarifaria se había configurado en la Ley 66/1997 y, sobre todo, en el RD 371/1999, de 8 de marzo, como una potestad compartida por todas las administraciones públicas españolas, de las que la normativa estatal predica que TRAGSA es medio propio, y, en abstracto, la fórmula demuestra una gran sensibilidad con la autonomía de cada administración, al prever que todas participarán en la elaboración de las tarifas y que cada una de ellas las aprobará por sus órganos de gobierno correspondientes.

57. Dicho lo anterior, por el contrario, debe señalarse que ninguna norma autonómica recoge de forma expresa reglas de control de la Comunidad Autónoma sobre TRAGSA. Por razones obvias de índole histórica, las comunidades autónomas no pudieron concurrir, en el momento de la constitución de TRAGSA, a la creación del medio instrumental, ni en ningún momento posterior ha sido declarado medio propio en instrumentos legales o reglamentarios de naturaleza organizativa, aunque sí se le ha reconocido a la entidad mercantil tal carácter en instrumentos de naturaleza convencional.

58. El régimen de titularidad determina que la Comunidad Autónoma no tenga una influencia determinante sobre las decisiones estratégicas de la compañía, ni sobre las decisiones importantes que adopta, y tampoco es posible que la Comunidad influya en el régimen de funcionamiento de la referida sociedad estatal.

59. Así lo entiende también M. PILLADO QUINTANS, “TRAGSA:...”, *op. cit.*, p. 351-354.



jurídico del contrato (y, por ende, los sistemas internos y externos de fiscalización), así como de las reglas procedimentales de adjudicación en los contratos que no alcanzan los umbrales comunitarios.

Como conclusión, esta sentencia aborda exclusivamente la relación de TRAGSA como medio propio de las comunidades autónomas, al entenderse que los requisitos no podrían ser extendidos a una administración local, máxime cuando no existe previsión legal que lo habilitara. Por ello, en tanto la relación jurídica de esta sociedad no “sea con el Estado o con comunidades autónomas ‘propietarias’, teniendo esta relación carácter oneroso y típico, resulta de obligada aplicación la normativa de contratos públicos en lo relativo a procedimientos de adjudicación, pues lo contrario sería una contravención a la regla de transparencia y concurrencia recogida tanto por la norma comunitaria como por la nacional.”<sup>60</sup>

Así, se limita la posibilidad de que las entidades locales puedan utilizar a esta sociedad estatal como medio propio. Lo que, como consecuencia directa, limita algunas de las prácticas habituales en el Derecho local español, sin que la legislación española haya explorado mecanismos alternativos que permitan una eficaz colaboración-cooperación con el fin de un ejer-

cicio competencial eficaz y eficiente. Dato preocupante, ya que, como a continuación se explicará, la solución “ordinaria” del convenio deviene contraria al ordenamiento comunitario (y también nacional).

### 3.3. La técnica de los servicios *in house* en la LCSP

Estos requisitos se recogen en el artículo 4 de la LCSP, aplicándose para todos los umbrales.<sup>61</sup> En todo caso, la consideración de medio propio, además de cumplir con los requisitos exigidos por el TJCE ya referidos, debe recogerse de manera expresa en las normas reguladoras de estos entes instrumentales, y el capital debe ser íntegramente público (artículo 21.4 de la LCSP).<sup>62</sup> Al respecto, la opción intenta, a priori, ser conforme con la Directiva y la jurisprudencia del TJCE, pero el objetivo no parece cumplirse. Por otra parte, al hablar de contratos introduce confusión dogmática, de tal manera que su operatividad práctica plantea serias dificultades jurídicas, lo que ha llevado, con acierto, a ser criticado por la doctrina.<sup>63</sup> Los requisitos exigidos no coinciden con los exigidos por la jurisprudencia del TJCE (control análogo por el ente matriz y actividad mayoritaria

60. La Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado, mediante Informe 21/08, de 28 de julio de 2008, “Imposibilidad de formar convenios de colaboración entre una corporación y una empresa para la ejecución de una obra”, ha declarado que TRAGSA no puede ser considerado medio propio de una entidad local, al no cumplir los requisitos exigidos por los artículos 4 n) y 24 de la LCSP, ni la DA 30 de la LCSP. La cuestión referida a la consideración de medio propio de los órganos de las administraciones públicas respecto de la mercantil TRAGSA, ha sido objeto del pronunciamiento por parte del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas en la sentencia de 19 de abril de 2007, en el asunto C-295/05, que declara, después de analizar si se cumplen las dos condiciones exigidas a tal fin en la sentencia Teckal del mismo Tribunal (de 18 de noviembre de 1999, en el asunto C-107/98, apartado 50), a saber, que la autoridad pública que es poder adjudicador ejerza, sobre la persona de que se trate, un control análogo al que ejerce sobre sus propios servicios, y que tal persona realice la parte esencial de su actividad con el ente o entes públicos que la controlan, la condición de medio propio de TRAGSA respecto de las administraciones que son titulares de su capital, al considerar que, respecto de las mismas, se cumplen los requisitos. Sin embargo, no puede decirse lo mismo respecto del Ayuntamiento de Riveira, ya que, al no ser titular de su capital ni disponer de ninguna acción de control sobre la actividad de TRAGSA, no se cumple la primera condición, y tampoco se cumple la segunda, toda vez que TRAGSA no realiza la parte esencial de su actividad para la corporación.

Asimismo, advierte que la figura del convenio, objeto de nueva regulación en la LCSP, no posibilita la relación con TRAGSA mediante esta técnica. Y es que TRAGSA no es un organismo integrado en una administración pública, sino que, como señala su norma de creación, es una sociedad mercantil de carácter público, carácter que la excluye de toda posibilidad de poder celebrar tal tipo de convenio.

61. Como habíamos afirmado en nuestra monografía *La nueva contratación pública europea y su incidencia en la legislación española...*, op. cit., p. 114-121, y habían observado las instrucciones núm. 2 y 3 de la Abogacía del Estado de julio de 2005.

62. La Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado, mediante Informe 65/07, de 29 de enero de 2009, vuelve a analizar la cuestión de la técnica de los encargos a medios propios –ha expresado su opinión sobre aspectos relacionados con la cuestión planteada, así el Informe 15/07, de 26 de marzo de 2007 y el Informe 21/08, de 28 de julio de 2008–, declarando que una sociedad mercantil local puede tener la consideración de medio propio de un organismo autónomo de esa misma entidad local cuando se cumplen los requisitos establecidos en los artículos 4.1, letra n), y 24.6 de la Ley de contratos del sector público.

63. Vid. C. AMOEDO SOUTO, “El nuevo régimen jurídico de la encomienda de ejecución y su repercusión sobre la configuración de los entes instrumentales de las administraciones públicas”, *RAP*, núm. 170, 2006, p. 290-294.

para este).<sup>64</sup> Por último, introduce las encomiendas o encargos cruzados entre administraciones, lo que quebranta claramente la referida jurisprudencia del TJCE, al no cumplirse, en los encargos que pretendiera realizar esta, los requisitos afirmados en la jurisprudencia comunitaria.<sup>65</sup> Es obvio que la posible intención de considerar a este holding empresarial del Estado como propio de las demás administraciones territoriales, solo será posible cuando concurren todos los requisitos que el TJCE exige para considerar correcta esta técnica.<sup>66</sup> Por ello, los numerosos convenios entre TRAGSA y sus filiales con otras administraciones territoriales carecen de soporte jurídico desde una óptica comunitaria, siendo el claro ejemplo de la hiperinflación de la modalidad del convenio, objeto de reproche en toda regla por la STJCE de 13 de enero de 2005, de condena

al Reino de España.<sup>67</sup> En consecuencia, esta práctica, contraria al principio de libre concurrencia, debe ser objeto de corrección.

Esta conclusión no se encuentra reflejada en la LCSP, cuya disposición adicional trigésima insiste en la idea de que TRAGSA se pueda considerar medio propio de comunidades autónomas (y no de entidades locales). Esta opción no parece ajustarse a la citada jurisprudencia del TJCE, y puede ser –uno más– motivo de discrepancia para las autoridades comunitarias.

En conclusión, la técnica del ente o medio propio debe ser interpretada restrictivamente, sin que pueda ser utilizada cuando la prestación, como sucede con los convenios del grupo TRAGSA o de sus equivalentes autonómicos, esté comprendida en el ámbito de la aplicación de la Directiva.<sup>68</sup> Lo que resulta también evidente es que

64. Vid. GIMENO FELIU, José María, "La problemática derivada del encargo de prestaciones a entes instrumentales propios: alcance de la jurisprudencia comunitaria", *Informe Comunidades Autónomas 2005*, 2006, p. 838-858. También REBOLLO PUIG, M., "Los entes institucionales de la Junta de Andalucía y su utilización como medio propio", *RAP*, núm. 161, 2003, p. 359-393 y M. A. BERNAL BLAY, "Las encomiendas de gestión excluidas de la Ley de contratos de las administraciones públicas: una propuesta de interpretación del artículo 3.1 letra I TRLCAP", *REDA*, núm. 129, 2006, p. 77-90.

65. Posición que, por ejemplo, no comparte F. SOSA WAGNER, al considerar que TRAGSA puede ser medio propio de las comunidades autónomas (afirmación que se refleja en legislación autonómica: por ejemplo, la Ley canaria de 6 de julio de 2001). "El empleo de recursos propios por las administraciones locales", en el libro homenaje al profesor S. MARTÍN-RETORTILLO, *Estudios de Derecho público económico*, Civitas, 2003, p. 1331-1339.

66. Así lo defiende, de forma tajante y con excelente argumentación, el Informe de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de Cataluña 1/2006, de 9 de febrero, al entender que TRAGSA no puede ser considerado medio propio de la Generalitat de Cataluña, al no existir ni control análogo ni actividad mayoritaria a favor de esa Comunidad. Criterio que parece compartir E. MONTÓYA, al entender que difícilmente se puede considerar medio propio de una entidad cuando no se participa en su capital social. "La reforma de las formas de gestión de los servicios públicos locales. La contratación de las sociedades públicas locales", *RAAP*, núm. 57, 2005, p. 65 y ss.

67. Vid. GIMENO FELIU, José María, *La nueva contratación pública...*, *op. cit.*, p. 127-137. Sobre la incorrecta dimensión de la técnica del convenio se pronunció ÁVILA ORIVE, *Los convenios de colaboración excluidos de la Ley de contratos de las administraciones públicas*, Civitas, Madrid, 2002, p. 216. De especial interés resulta también el estudio de BUSTILLO BOLADO, R., *Convenios y contratos administrativos: Transacción, arbitraje y terminación convencional del procedimiento*, Aranzadi, Pamplona, 2004. Un ejemplo claro de lo que supone una quiebra en la aplicación de las directivas es el artículo 49 de la Ley aragonesa 26/2003, de 30 de diciembre, de medidas tributarias y administrativas, que establece:

"1. Sin perjuicio del ejercicio de competencias delegadas por las corporaciones de Derecho público, a que se refiere el artículo 36 del Texto refundido de la Ley de la Administración de la Comunidad Autónoma de Aragón, aprobado por Decreto legislativo 2/2001, de 3 de julio, los departamentos del Gobierno de Aragón podrán suscribir convenios con los colegios profesionales y otras corporaciones de Derecho público, con el fin de fomentar su participación en el ejercicio de las actividades propias de la Administración de la Comunidad Autónoma.

"2. Los convenios mencionados en el apartado anterior podrán tener como objeto:

"a) Mejorar los cauces de participación de las corporaciones de Derecho público en los procedimientos administrativos que exijan audiencia a los interesados o información pública en general, creando, a esos efectos, órganos y mecanismos específicos de transmisión rápida y eficaz de documentos y otro tipo de información en relación a dichos procedimientos.

"b) Posibilitar la emisión de informes por las corporaciones de Derecho público y sus miembros que faciliten una más eficaz y rápida adopción de decisiones, en su caso, por los órganos activos de la Administración de la Comunidad Autónoma.

"3. Los convenios suscritos se incorporarán a un Registro de convenios que se llevará en el Departamento de Presidencia y Relaciones Institucionales, y estarán sometidos al régimen de publicidad regulado en la legislación básica del régimen jurídico de las administraciones públicas y del procedimiento administrativo común.

"4. Cualquier acto, resolución administrativa o decisión de las corporaciones de Derecho público afectadas, que se fundamente en el contenido de los convenios suscritos conforme a lo previsto en este artículo, deberá hacer mención expresa al mismo."

68. Denunciaba ya, como contraria al Derecho comunitario, esta práctica E. CARBONELL PORRAS, "El título jurídico que habilita el ejercicio de la actividad de las sociedades mercantiles...", *op. cit.*, 393-394.

el instrumento para realizar esta encomienda no es el convenio –por tener naturaleza jurídica distinta–, y que la misma es aplicable al margen del umbral de la prestación, tal y como se ha puesto de relieve en la Introducción de este trabajo. Por ello, en tanto la relación jurídica no sea con el Estado o con comunidades autónomas “propietarias”, teniendo esta relación carácter oneroso y típico (artículo 5 LCSP) resulta de obligada aplicación la LCSP en lo relativo a procedimientos de adjudicación, pues lo contrario “sería una contravención a la regla de transparencia y concurrencia recogida tanto por la norma comunitaria como por la nacional.”<sup>69</sup>

Obviamente, como resultado de su función, los medios propios son poder adjudicador y se someten a la LCSP. Tal decisión aparenta cumplir con el Derecho comunitario, pero tiene efectos importantes. Uno primero, y de gran calado, es que varía el régimen jurídico del contrato, desplazándose al Derecho privado lo que en origen era Derecho público. Uno segundo, que por debajo del umbral de aplicación de la Directiva de contratos públicos pueden acogerse a las previsiones del artículo 175 de la LCSP. Por aquí, privatización de gestión y escape de las normas de la LCSP, es por donde pueden surgir los principales problemas, al permitir, de hecho, una inaplicación de las reglas contenidas en la LCSP. A esto se suma, como advierte Amoedo Souto, la existencia de una cierta oscuridad que complica la viabilidad de la afirmación inicial (muy notoria si se examinan las previsiones del artículo 104 y 174 de la LCSP). Así, puede afirmarse que el sistema propuesto es manifiestamente mejorable.<sup>70</sup>

De *lege ferenda*, con el objetivo de evitar una indeseada privatización del régimen jurídico, debería preverse que la utilización de esta técnica a través de medios propios que, por carecer de la necesaria estructura, deban acudir al mercado para cumplir el encargo recibido, no alterará ni el régimen jurídico que se derivaría del contrato, al provenir de una administración pública (es decir, el régimen del contrato administrativo), ni el procedimiento y normas aplicables para ese contrato, atendiendo a la consideración del ente que realiza el encargo y no del que lo recibe.

#### 4. La tipología de contratos: depuración y nuevas categorías

La LCSP pretende diseñar con nitidez los perfiles de los distintos tipos de contratos públicos, diferenciando lo que es el régimen jurídico –público o privado– de los mismos, y optando por la tipología comunitaria, evitando innecesarias confusiones. La seguridad jurídica aconsejaba que se depurasen los conceptos y se precisaran definiciones mediante su incorporación al texto legal, a fin de evitar confusión e interpretaciones diversas. Este objetivo parece en parte cumplido por la LCSP, que previene la figura del contrato mixto (artículo 12 de la LCSP) para cuando la pretensión del sujeto contratante contiene prestaciones de dos contratos típicos, como sucede con la instalación de ascensores, debiendo aplicar el régimen jurídico de la prestación principal desde un punto de vista económico.

69. La Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado, mediante Informe 21/08, de 28 de julio de 2008, “Imposibilidad de formar convenios de colaboración entre una corporación y una empresa para la ejecución de una obra”, ha declarado que TRAGSA no puede ser considerado medio propio de una entidad local, al no cumplir los requisitos exigidos por los artículos 4 n) y 24 de la LCSP, ni la DA 30 de la LCSP. La cuestión referida a la consideración de medio propio de los órganos de las administraciones públicas respecto de la mercantil TRAGSA, ha sido objeto del pronunciamiento del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas en la sentencia de 19 de abril de 2007, en el asunto C-295/05, que declara, después de analizar si se cumplen las dos condiciones exigidas a tal fin en la sentencia Teckal del mismo Tribunal (de 18 de noviembre de 1999, en el asunto C-107/98, apartado 50), a saber, que la autoridad pública que es poder adjudicador ejerza, sobre la persona de que se trate, un control análogo al que ejerce sobre sus propios servicios, y que tal persona realice la parte esencial de su actividad con el ente o entes públicos que la controlan, la condición de medio propio de TRAGSA respecto de las administraciones que son titulares de su capital, al considerar que, respecto de las mismas, se cumplen los requisitos. Sin embargo, no puede decirse lo mismo respecto del Ayuntamiento de Riveira, ya que, al no ser titular de su capital ni disponer de ninguna acción de control sobre la actividad de TRAGSA, no se cumple la primera condición, y tampoco se cumple la segunda, toda vez que TRAGSA no realiza la parte esencial de su actividad para la corporación.

Asimismo, advierte que la figura del convenio, objeto de nueva regulación en la LCSP, no posibilita la relación con TRAGSA mediante esta técnica. Y es que TRAGSA no es un organismo integrado en una administración pública, sino que, como señala su norma de creación, es una sociedad mercantil de carácter público, carácter que la excluye de toda posibilidad de poder celebrar tal tipo de convenio.

70. C. AMOEDO SOUTO, “El nuevo régimen...”, *op. cit.*, p. 293-294. Como destaca este autor, otras cuestiones permanecen abiertas y deberían ser abordadas en la LCSP: límites materiales a los encargos, régimen de publicidad a efectos de control y régimen de responsabilidad propiamente administrativa.

Así, se habla correctamente de un contrato de obras, un contrato de suministro y un contrato de servicios. Sin embargo, el tema de concesiones no parece bien resuelto –quizá, como alternativa, convendría la regulación de los contratos de concesión en sus tres variantes (atendiendo a su función), de construcción y explotación de obras, de explotación de servicios monopolizados (el anterior contrato de gestión de servicios públicos) y de explotación de infraestructuras, a los que se dotaría de un régimen de ejecución común y que permitiría dar adecuada cobertura legal a las prácticas habituales en España–. Contratos que deben ser diferenciados de los contratos patrimoniales, a los que les serán de aplicación sus propias normas y, solo supletoriamente, lo dispuesto en esta Ley.

La tipología de contratos públicos y su definición sería, examinado lo dispuesto por la LCSP, la siguiente:

a) Son contratos públicos de obras (artículos 5 y 6 de la LCSP) los contratos públicos cuyo objeto sea bien la ejecución, o bien conjuntamente el proyecto y la ejecución, de obras relativas a una de las actividades mencio-

nadas en el anexo I, o bien la realización, por cualquier medio, de una obra que responda a las necesidades especificadas por el poder adjudicador. Una “obra” es el resultado de un conjunto de obras de construcción o de ingeniería civil, destinado a cumplir, por sí mismo, una función económica o técnica.<sup>71</sup> En la calificación de un contrato, debe estarse a la causa del mismo, a fin de evitar la no aplicación correcta de la LCSP. Un ejemplo son las permutas de obra futuras, a cambio de aprovechamiento urbanístico.<sup>72</sup> Así, en este caso concreto, puede afirmarse que, en este objeto contractual de cambio de un bien de la Administración por una obra futura, la permuta se presenta como un elemento accesorio, dado que, de hecho, es el medio de pago de dicho contrato de obra.<sup>73</sup> Es decir, la permuta es una modalidad de “financiación de las obras públicas” que se podrá utilizar cuando así lo aconseje el interés público.<sup>74</sup> Y es que concurren las tres notas para tal calificación de obra pública: a) obra artificialmente creada, b) obra vinculada al aprovechamiento general, y c) obra de titularidad pública.<sup>75</sup> Por ello, entiendo que predomina la naturaleza del

71. Obviamente, la definición del contrato de obra es clara y no cabe confusión con otras figuras al margen del contrato de concesión de obra pública. A efectos didácticos, resulta de interés acudir al CPV (Reglamento (CE) núm. 2195/2002, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de noviembre de 2002, modificado por los reglamentos (CE) núm. 2151/2003 de la Comisión, de 16 de diciembre de 2003, y de 15 de marzo de 2008) para calificar correctamente la prestación.

72. Abordar esta cuestión exige una previa depuración, siendo necesario acudir al Código Civil. Al margen de su regulación en el diverso Derecho positivo, la permuta tiene precedentes en el modo de vida de las sociedades antiguas (trueque) y ha pervivido con mayor o menor importancia hasta la actualidad. Han sido algunas modalidades atípicas del contrato de permuta las que han hecho recobrar el interés hacia esa figura, singularmente la “permuta de solar por piso a construir”, que admite diversas posibilidades, consideradas como permutas “especiales” (por ejemplo, STS 10-6-2005). Jurídicamente, la permuta es un contrato, regulado como tal en el título V, del libro IV del Código Civil español (de manera específica, pero no exclusiva, en los artículos 1538 a 1541 del Código). Como contrato, pertenece a la categoría de los contratos de intercambio, se puede afirmar que la permuta es “un contrato de cambio de cosa por cosa”, que puede definirse (como concepto legal) con el artículo 1538 CC: “La permuta es un contrato por el cual cada uno de los contratantes se obliga a dar una cosa para recibir otra.” Los sujetos, o elementos personales, que intervienen en el contrato de permuta, dada la naturaleza de las prestaciones que realizan y su homogeneidad, se denominan “permutantes”. Es así como resulta admisible la permuta de cosa futura (cfr. vgr. STS de 4-2-2005). Son características de este contrato: a) Es un contrato “bilateral” o “sinalagmático”, pues de él surgen obligaciones recíprocas para ambas posiciones contractuales; b) Se trata de un contrato “oneroso”, cada parte contratante tiene una prestación a su cargo, lo que permite diferenciarlo de la donación (aunque no se precise identidad de valor entre las prestaciones de las partes, cfr. STS de 10-2-1978, STS de 28-2-1997). También se distingue de la compraventa (pese a su parecido conceptual con este contrato igualmente oneroso). En cuanto a esto último, es el propio Código el que, en el artículo 1446, diferencia compraventa y permuta: “Si el precio de la venta consistiera parte en dinero y parte en otra cosa, se calificará el contrato por la intención manifiesta de los contratantes. No constando esta, se tendrá por permuta, si el valor de la cosa dada en parte del precio excede al del dinero o su equivalente; y por venta en el caso contrario”; c) La permuta es un contrato “traslativo de dominio”, pues, unido al “modo” (*traditio*, tradición, entrega), permite a cada parte permutante adquirir la propiedad o dominio de lo que recibe, convirtiéndose en consecuencia en dueño. Por todos, en la doctrina civil ver LACRUZ BERDEJO y otros, *Elementos de Derecho civil II*, Dykinson, Madrid, 1999, p. 81-83.

73. Vid. GIMENO FELIU, José María, “El contrato público de permuta por obra futura y su problemática jurídica. ¿Contrato de permuta o precio de la obra?”, *Revista Urbanismo y Edificación*, núm. 15, 2007.

74. Vid. GOSÁLBEZ PEQUEÑO, “La transmisión de los bienes y derechos patrimoniales”, *op. cit.*, p. 1139. Siempre, claro está, desde una perspectiva de buena administración, como acertadamente destaca PONCE SOLÉ, “Cesión y permuta de bienes y derechos”, en el libro dirigido por CHINCHILLA MARÍN, *Comentarios a la Ley 33/2003, de patrimonio de las administraciones públicas*, Civitas, Madrid, 2004, p. 684.

75. A modo de conclusión, puede afirmarse que las permutas, en el ordenamiento administrativo, deben ser interpretadas con carácter restrictivo, y en modo alguno pueden servir para eludir las normas de contratación pública, dado que esta legislación debe ser contemplada como cabecera de sistema normativo de ineludible aplicación por todos los poderes públicos (el título

contrato de obra. Es decir, es un contrato de obra pública camuflado de permuta (ni siquiera reconducible a la categoría del contrato mixto). Y por ello, lógicamente, se encuentra sometido a las reglas de contratación pública, que obligan a una licitación conforme a los principios de transparencia, concurrencia y no discriminación. No es posible, en suma, una adjudicación directa utilizando la técnica convencional, o argumentando el carácter privado y autónomo de este negocio jurídico, por cuanto, amén de un uso extensivo de la figura del convenio,<sup>76</sup> ya carece de apoyo legal tras la regulación que a la figura del convenio da el artículo 4 de la LCSP.<sup>77</sup>

Este tipo de permutas por obra debe ser interpretado con carácter restrictivo, y en modo alguno puede servir para eludir las normas de contratación pública, dado que esta legislación debe ser contemplada como cabecera de sistema normativo de ineludible aplicación por todos los poderes públicos (el título competencial de urbanismo no puede justificar la erosión de la competencia estatal en contratación pública). Y debe existir una justificación a esta modalidad –distinta en Derecho administrativo del Derecho civil–,<sup>78</sup> además de cumplir las formalidades previstas en la legislación de régimen local, siendo nula en caso contrario (STS 5 de junio de 2002). Es decir, a la hora de optar por esta figura contractual, como bien advierte Ponce Solé, debe tenerse muy en cuenta el principio de buena administración, aplicable a esta decisión de gestión patrimonial.<sup>79</sup> La permuta debe utilizarse, en definitiva, cuando resulte conveniente para el interés público.<sup>80</sup>

Dicho esto, conviene recordar que la causa es el elemento clave en todo negocio jurídico, como bien ha destacado De Solas Rafecas,<sup>81</sup> de tal manera que si el interés público es causa del negocio, y no mero elemento accesorio, el contrato tiene naturaleza administrativa. Hecha esta observación previa, conviene advertir que esta posibilidad de permutar solares por obra, que se articula sobre la competencia en urbanismo y Administración local de las comunidades autónomas, es una de las posibilidades que ofrece nuestro ordenamiento jurídico para la construcción de infraestructuras públicas, correspondiendo al órgano de contratación decidir sobre su elección si, obviamente, se cumple una función social (resulta evidente que la pretensión de permutar patrimonio municipal por obras de interés público que mejoran el equipamiento existente, no puede ser clasificada ni de arbitraria ni de irracional o irrazonable), pero que suscita un primer interrogante cual es si se encuentran o no sometidas a las prescripciones de la legislación de la contratación pública.<sup>82</sup> Es decir, si deben aplicarse las prescripciones de la vigente LCSP. Y la cuestión, además de no ser baladí, no parece clara, y aconseja examinar las notas características del negocio jurídico para poder llegar a una conclusión.

El Tribunal Supremo ha mantenido un criterio dubitativo. Así (STS de 23 de septiembre de 2003), ha llegado a declarar que este negocio tiene carácter de negocio jurídico propio y no puede ser reconducido a la categoría del contrato público de obras:

---

competencial de urbanismo no puede justificar la erosión de la competencia estatal en contratación pública). Es más, quizá lo más correcto es acudir a la subasta de ese bien público y, con los recursos obtenidos, financiar la obra que se pretende, aunque, siempre suficientemente motivado, podrán existir permutas tradicionales, que tendrán o no régimen jurídico-administrativo, si la causa de la misma es el interés general.

76. Sobre la incorrecta dimensión de la técnica del convenio se pronunció ÁVILA ORIVE, *Los convenios...*, *op. cit.*, p. 216.

77. Y así lo recuerda, por ejemplo, el reciente Informe de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado de 26 de marzo de 2007 sobre "Régimen jurídico de la actividad contractual de una sociedad mercantil local. Convenios de colaboración y encomiendas de gestión."

78. *Vid.* GOSÁLBEZ PEQUEÑO, "El régimen administrativo general de la permuta del patrimonio inmobiliario de las entidades locales", en el libro dirigido por MUÑOZ MACHADO, *Tratado de Derecho Municipal*, vol. II, Civitas, Madrid, 2003, p. 2118-2120.

79. PONCE SOLÉ, "Cesión y permuta de bienes y derechos", en el libro dirigido por CHINCHILLA MARÍN, *Comentarios a la Ley 33/2003, de patrimonio de las administraciones públicas*, Civitas, Madrid, 2004, p. 684. Con carácter más general, resulta de especial interés su libro *Deber de buena administración y derecho al procedimiento administrativo debido. Las bases constitucionales del procedimiento administrativo y del ejercicio de la discrecionalidad*, Lex Nova, Valladolid, 2001.

80. *Vid.* GOSÁLBEZ PEQUEÑO, "La transmisión de los bienes y derechos patrimoniales", *op. cit.*, p. 1139.

81. La función de la causa en los contratos es, como indica DE SOLAS RAFECAS: 1) requisito para la existencia y validez del contrato (artículos 1261 y 1275-76 CC); 2) dependiendo de licitud o ilicitud, el contrato será válido o anulable (artículo 1275 CC); 3) la causa del contrato determina su tipicidad o atipicidad. *Contratos administrativos y contratos privados de la Administración*, Tecnos, Madrid, 1990, p. 26.

82. En Derecho civil podría defenderse el carácter autónomo de la figura (LÓPEZ FRIAS, *La transmisión de la propiedad en la permuta de solar por pisos*, Bosch, Barcelona, 1997, p. 14 y ss.), pero las especialidades del Derecho público obligan a descartar tal opción.



“Constituye un contrato de permuta el negocio por el que el Ayuntamiento cede un solar de su propiedad, previamente desafectado, a una constructora, a cambio de la construcción de un frontón cubierto y una plaza pública; el Ayuntamiento otorgaba además a la contratista el derecho a construir, en su beneficio, una planta baja comercial y 199 plazas de garaje, para su venta a terceros. (...) Entiende el TS que nos hallamos, pues, ante un contrato de tracto único, que no tiene la naturaleza jurídica de contrato de obra; por lo que la contratista no puede aducir una elevación del coste del contrato durante la ejecución de la misma. El contrato queda cumplido y consumado cuando ambas partes han entregado lo que deben. Por lo demás, la elevación del coste era fácilmente previsible y en el contrato se fijaba el coste de los garajes; el que este se haya incrementado no afecta al contrato. No puede, pues, hablarse de desequilibrio patrimonial que la empresa no tenga el deber jurídico de soportar. (...) En suma, nos encontramos ante un caso de cambio de solar por obra; y en este sentido, si bien es de hacer notar que la jurisprudencia mayoritaria considera que nos encontramos ante una permuta, también es cierto que la doctrina suele inclinarse por su consideración como contrato atípico, similar a la permuta, pero con rasgos propios. Ello exige, a juicio de la sentencia, examinar detenidamente el supuesto de hecho. Y así, llega a la conclusión de que, en el caso concreto, nos encontramos ante una permuta, dado que por una parte los intervinientes así calificaron al contrato expresamente y dado que, incluso en los actos municipales previos de desafectación, ya se aludía a la finalidad de la ulterior permuta. Se alude, además, a que el Ayuntamiento procedía a la transmisión de la propiedad, junto con el derecho de excavación para ejecutar el garaje. La ejecución del frontón y de la plaza se concebía en realidad, en este caso, como el precio de una enajenación”.<sup>83</sup>

Sin embargo, a nuestro entender, la calificación del negocio jurídico no puede ser de permuta, ya que aquí el fundamento de la prestación es distinto a una permuta de causa estrictamente patrimonial, puesto que

la causa es diferente, y lo importante no es la prestación de dar por dar, sino que aparece como modalidad de precio (generalmente aplazado), siendo la causa la construcción de una obra pública. Conviene, pues, delimitar la naturaleza de este contrato. Así, en este caso concreto, puede afirmarse que en este objeto contractual de cambio de un bien de la Administración por una obra futura, la permuta se presenta como un elemento accesorio, dado que, de hecho, es el medio de pago de dicho contrato de obra. Es decir, la permuta es una modalidad de “financiación de las obras públicas”. Y es que, como bien justificará el profesor T. R. Fernández, concurren las tres notas para tal calificación de obra pública: a) obra artificialmente creada, b) obra vinculada al aprovechamiento general y c) obra de titularidad pública.<sup>84</sup>

En esta misma línea se ha pronunciado la Dirección General de los Registros y del Notariado en su Resolución de 9 de septiembre de 2000. Dice así la citada Resolución, en la que se confirma la denegación de una inscripción registral por entender que, siendo un contrato de obra pública, no se han cumplido las exigencias de la LCAP:<sup>85</sup>

“(...) el alcalde presidente, del excelentísimo Ayuntamiento de Mairena de Aljarafe, en representación del citado Ayuntamiento, interpuso recurso gubernativo contra la anterior calificación, y alegó: ... sino ante un negocio *sui generis* de ‘arrendamiento de obra a cambio de parte de la edificación resultante’, contrato en parte administrativo, en cuanto tiene por objeto la realización de obras [vid.] artículos 5-2-a) y 120 de la Ley de contratos de las administraciones públicas, y en parte privado, en cuanto que la contraprestación no es un precio en metálico o el derecho de explotación de la obra pública (cfr. 100 y 130 de la Ley de contratos de las administraciones públicas), sino la transmisión de un bien inmueble de carácter patrimonial (cfr. artículo 5-3 de la Ley de contratos de las administraciones públicas); obsérvese que el Ayuntamiento conserva la propiedad del solar donde han de realizarse las obras contratadas hasta la conclusión de las mismas, y será entonces cuando deberá entregar al constructor doce

83. Sentencia que reitera doctrina del TS en sentencias 12 de febrero de 2001, 16 de julio de 2001 y 5 de junio de 2002.

84. T. R. FERNÁNDEZ, “Las obras públicas”, *Revista Administración Pública*, núm.100-102, vol. III, 1983, p. 2477-2450). Comparten este planteamiento VILLAR EZCURRA, “La construcción y financiación de las infraestructuras públicas”, *Revista del Derecho de las Telecomunicaciones e Infraestructuras en Red*, núm. 10, 2001, p. 80) y P. VALCÁRCEL FERNÁNDEZ, *Ejecución y financiación de obras públicas*, Civitas, Madrid, 2006, p. 125.

85. En términos similares, también la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 2 de febrero de 2004.

de los trece locales resultantes (por cierto, el 13.º tiene una superficie casi igual a todos los demás), de modo que en la obligación de este último no hay ninguna prestación de dar cosa inmueble, como pretende el recurrente invocando la confusa redacción de la cláusula 2.ª del contrato de 17 de diciembre de 1993 (que en algún momento habla de que el Ayuntamiento cede la propiedad de 'solar' y del 'solar permutado'), pues opone que dicho documento no fue tenido a la vista por el registrador al formular su calificación, y que aquellas expresiones literales resultan contradichas por otras de sentido opuesto (la previsión de entrega de los locales al constructor por el Ayuntamiento una vez terminada la obra y la de que el Ayuntamiento hará suyos los restantes locales, etc.); la valoración global de todas sus cláusulas (*cf.* artículo 1285 del Código Civil), en conjunción con los antecedentes y con los actos coetáneos y posteriores de las partes (*cf.* artículo 1282 del Código Civil), y con la naturaleza y objeto del negocio (*cf.* artículo 1286 del Código Civil), evidencian que su verdadera finalidad es la ya señalada de contratar la ejecución de una obra a cambio de la transmisión de parte de lo edificado. (...) 3. Por otra parte, ese carácter mixto administrativo-privado del contrato cuestionado no puede ser argumento para eludir la aplicación, a las respectivas prestaciones, de las normas imperativas o prohibitivas específicamente previstas en la Ley para las de la misma o similar naturaleza, y en este sentido, y por lo que se refiere a la transmisión de bienes inmuebles por parte del Ayuntamiento, no puede obviarse la exigencia legal de pública subasta (*cf.* artículos 9-1 de la Ley de contratos de las administraciones públicas, 80-2 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, de bases de régimen local, 80 del Texto refundido de disposiciones legales vigentes en materia de régimen local y 112 del Reglamento de bienes de las entidades locales), al no haberse acreditado la procedencia de algunas de las excepciones específicamente previstas (*cf.* artículos 112-2.º del Reglamento de bienes de las entidades locales, 80-2 del Texto refundido de disposiciones legales vigentes en materia de régimen local, 284 y 286 del Texto refundido de la Ley del suelo aprobado por Real decreto legislativo 1/1992, de 26 de junio, etc.), *máxime cuando la contraprestación, la realización de las obras, también quedaría sujeta*

*a pública licitación (cf. artículos 76, 140 y 141 de la Ley de contratos de las administraciones públicas). Se produce, pues, una nulidad de derecho de la cesión cuestionada (cf. artículo 62-e de la Ley de régimen jurídico de las administraciones públicas y del procedimiento administrativo común), que ha de impedir su acceso al Registro (cf. artículos 18 Ley hipotecaria y 99 Reglamento hipotecario).*" (La cursiva es nuestra.)

Para la Dirección General de los Registros y del Notariado, cuyo criterio compartimos, resulta evidente que estamos en presencia de un contrato público de obras. En consecuencia, en este tipo de permutas debe haber concurrencia y deben aplicarse las previsiones de la legislación de contratos públicos. Es más, la reciente STS de 20 de mayo de 2006 establece la aplicación de la LCAP a contratos patrimoniales en un asunto relativo a la aprobación de pliegos de condiciones económico-administrativas, que habrían de regir el concurso para la integración de capital privado, ajeno a la corporación, en el capital social de la Empresa Mixta de Servicios Funerarios de Madrid, S.A., la convocatoria del correspondiente concurso público y su tramitación urgente.

"La sujeción a los principios de publicidad, concurrencia y ausencia de discriminación establecidos en el artículo 11 de la LCAP son requisitos ineludibles en la contratación de las administraciones públicas. Pero, además de respetar tales principios, un elemento esencial para la celebración de contratos administrativos, al igual que en el ámbito de Derecho privado (artículo 1544 del Código Civil) es la existencia de un precio cierto, tal cual estatuyó el artículo 14 de la LCAP (de igual número en el Texto refundido de la Ley de contratos de las administraciones públicas, RD Legislativo 2/2000, de 16 de junio, TRLCAP)."

Esta línea argumental acaba de ser confirmada por el Tribunal Supremo en su sentencia de 5 de febrero de 2008, al considerar que este tipo de contratos constituye un auténtico contrato de obras públicas, existiendo desviación de poder, al introducir de forma "arbitraria" la permuta como conveniencia, y no como necesidad.

En conclusión, al estar en presencia de un contrato público oneroso de obra pública, deben aplicarse los procedimientos de licitación de la LCSP.<sup>86</sup>

86. En este mismo sentido se posiciona la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de Cataluña en su Informe 2/2004, de 7 de julio, sobre viabilidad de un contrato complejo, cuyo objeto es, por una parte, la enajenación de un bien inmueble y, por otra, la construcción de un edificio.

Afirmación que encuentra suficiente aval tanto desde la perspectiva del principio de buena administración como de la Directiva 2004/18, de 31 de enero, de contratos públicos, interpretada conforme a la finalidad de la sentencia del Tribunal de Justicia de 12 de julio de 2001 (*Scala* de Milán), confirmada por la reciente STJCE de 18 de enero de 2007.<sup>87</sup>

b) Un tipo especial de contrato de obras es el contrato de concesión de obra pública (artículo 7 de la LCSP), de origen comunitario y que busca la financiación privada de las obras públicas, considerado como aquel en que, siendo su objeto el de obras, el adjudicatario o contratista puede explotar la obra realizada y percibir un precio por ello.

El contrato de concesión de obra pública presenta ciertos problemas de delimitación conceptual que requieren unas precisiones previas. A estos efectos, es sumamente ilustrativa la Comunicación Interpretativa de la Comisión de 12 de abril de 2000 (2000/C 121/02), sobre las concesiones en Derecho comunitario, en la que se nos advierte que en la definición resultante de la Directiva 93/37/CEE, el legislador comunitario optó por definir la noción de concesión de obras a partir de la noción de contrato público de obras. El texto de la "Directiva obras" prevé, en efecto, que los contratos públicos de obras son "contratos de carácter oneroso, celebrados por escrito entre un contratista, por una parte, y un poder adjudicador (...), por otra, que tengan por objeto bien la ejecución, bien conjuntamente la ejecución y el proyecto de obras relativas a una de las actividades contempladas en el anexo II (...), bien la realización, por cualquier medio, de una obra que responda a las necesidades especificadas por el poder

adjudicador" [letra a) del artículo 1]. La letra d) del artículo 1 de la misma Directiva define la concesión de obras como un "contrato que presenta los caracteres contemplados en la a), con la salvedad de que la contrapartida de las obras consista, o bien únicamente en el derecho a explotar la obra, o bien en dicho derecho acompañado de un precio." Resulta de esta definición que la principal característica distintiva del concepto de concesión de obras es que otorga el derecho de explotación de la obra como contrapartida de la construcción de la misma; este derecho de explotación puede también estar acompañado de un precio.

La Comisión considera que el criterio del derecho de explotación permite deducir ciertos indicios para distinguir una concesión de obras de un contrato público. El derecho de explotación permite al concesionario cobrar derechos al usuario de la obra (por ejemplo, mediante peajes o percepción de tarifas) durante cierto periodo de tiempo. La duración de la concesión constituye, por tanto, un elemento importante de la remuneración del concesionario, que no es directamente remunerado por el órgano de contratación, sino que obtiene de este el derecho a recibir las rentas resultantes de la utilización de las obras realizadas (el ejemplo más conocido de concesión de obras públicas es el contrato por el cual un Estado asigna a una sociedad el derecho a construir y a explotar una autopista y le permite percibir su remuneración cobrando un peaje al usuario).

El derecho de explotación implica también la transferencia de la responsabilidad de explotación, que engloba los aspectos técnicos, financieros y de gestión de la obra. Es al concesionario a quien incumbe, por ejemplo,

87. Pero esta modalidad, concluida su naturaleza de obra pública, plantea además otros serios interrogantes sobre su concreta operatividad, que nos permiten afirmar que dicha figura conlleva una serie de incumplimientos en la práctica de los principios contenidos en la LCSP. Son, sucintamente, los siguientes: a) se incumple con la exigencia de precio cierto que recogen los artículos 1 y 26 de la LCSP (el precio del contrato es, en muchas ocasiones, totalmente incierto, al desconocerse realmente el valor del bien permutado, además de que va a quedar en manos del Ayuntamiento su concreción, según el momento en el que se haga la entrega, que será al final del contrato, con lo que dependerá del valor que tenga en ese momento cada tipo de uso y el reparto de usos que se quiera hacer); b) se incumple la prohibición de pago aplazado que se prevé en la legislación contractual con carácter excepcional y tasado (artículo 75 de la LCSP); c) se trata de un modelo que "limita" la competencia, al obligar a que toda la financiación de la construcción de la infraestructura recaiga en el licitador, lo que, por sí mismo, restringe de forma injustificada la obra a grandes empresas con suficiente solvencia financiera. Además, la incertidumbre de la rentabilidad del inmueble con que se paga puede disuadir a potenciales operadores económicos (principalmente no nacionales, por desconocimiento del mercado inmobiliario). Y la práctica así lo acredita, pues con esta modalidad el número de licitadores es mucho menor que si se optara por una modalidad convencional de obra pública; d) con esta modalidad no se cumple la exigencia relativa al ajuste de la financiación de los pagos al ritmo de los trabajos (certificaciones de obra). Ello afecta, como se ha dicho, a la concurrencia, al limitar, por solvencia económica, a posibles licitadores (especialmente PYMES); e) otro problema es el relativo a la revisión de precios, ya que se elimina de hecho un sistema que no es renunciante, sino que es de orden público, al ser un derecho del particular que contrata con la Administración que tiene por fin el cumplimiento adecuado del fin de la obra pública, y que esta no se retrase por alteraciones de los factores que componen el precio. Por ello la técnica de la revisión de precios es propia de los contratos de obras públicas.

la tarea de realizar las inversiones necesarias para que su obra pueda, de forma útil, ponerse a disposición de los usuarios. También recae sobre él la carga de la amortización de la obra. Por otra parte, el concesionario no solo asume los riesgos vinculados a cualquier construcción, sino que deberá también soportar los riesgos vinculados a la gestión y frecuentación del equipamiento. De las consideraciones precedentes se deduce que, en una concesión de obras, los riesgos inherentes a la explotación se transfieren al concesionario (habrá que examinar caso por caso, teniendo en cuenta diferentes elementos como el objeto, duración e importe del contrato, la capacidad económica y financiera del concesionario y cualquier otro elemento que permita determinar que el concesionario asume realmente el riesgo).

La Comisión constata que cada vez se dan más casos de contratos públicos de obras que son objeto de entramados jurídicos complejos. Como consecuencia de ello, la frontera entre estos entramados y la concesión de obras públicas puede ser, a veces, difícil de establecer. Para la Comisión, estaremos en presencia de contratos públicos de obras, en la acepción del Derecho comunitario, cuando el coste de la obra vaya a cargo principalmente del órgano de contratación y el contratista no reciba su remuneración a través de derechos percibidos directamente de los usuarios de la obra.

La Directiva 2004/18, en esta línea, define al contrato de concesión de obra pública de la siguiente manera: "es un contrato que presente las mismas características que el contrato público de obras, con la salvedad de que la contrapartida de las obras consista, o bien únicamente en el derecho a explotar la obra, o bien en dicho derecho acompañado de un precio (artículo 1.3)." El hecho de que la Directiva permita que el derecho de explotación vaya acompañado de un precio no altera este análisis. Se trata de una hipótesis que se da en la práctica. Puede ocurrir, por ejemplo, que el Estado asuma parcialmente el coste de explotación a fin de aminsonar el precio que debe pagar el usuario (práctica de los "precios sociales"). Esta intervención puede revestir distintas modalidades (importe garantizado a tanto alzado, importe fijo pero pagado en función del número de usuarios, etc.). Estas intervenciones no cambian

necesariamente la naturaleza del contrato si el precio pagado cubre solo una parte del coste de la obra y de su explotación. En efecto, quedan cubiertos por la definición de concesión aquellos casos en que el Estado paga un precio como contrapartida de las obras realizadas, siempre y cuando este no elimine el riesgo inherente a la explotación. Al precisar que el derecho de explotación puede combinarse con un precio, la "Directiva obras" indica que la remuneración del concesionario debe proceder de la explotación.<sup>88</sup>

Aunque, en la mayor parte de los casos, el origen de las rentas –cobradas directamente al usuario de la obra– sea un elemento significativo, lo determinante es la presencia de riesgo de explotación, vinculado a la inversión realizada o a los capitales invertidos, en especial cuando la entidad concedente haya pagado un precio. Cierto es que, aun en el marco de los contratos públicos, puede quedar, en su caso, una parte del riesgo a cargo del contratista. Sin embargo, las contingencias fruto del entramado financiero de la operación, que podríamos clasificar como "riesgo económico", son inherentes al fenómeno de las concesiones. En efecto, este tipo de riesgo, que depende estrechamente de las rentas que el concesionario pueda percibir de la frecuentación, constituye un elemento distintivo importante entre concesiones y contratos públicos. En conclusión, al derecho de explotación va unida la transferencia al concesionario de los riesgos resultantes de esa misma explotación; el reparto de los riesgos entre concedente y concesionario se efectúa en cada caso en función de las respectivas aptitudes para gestionar de manera más eficaz los riesgos en cuestión.

La principal característica distintiva del concepto de concesión de obras es que otorga el derecho de explotación de la obra como contrapartida de la construcción de la misma; este derecho de explotación puede también estar acompañado de un precio. Se trata, en definitiva, de un híbrido entre el contrato clásico de obras y el contrato de gestión de servicios públicos con regulación específica, y que se gestiona a riesgo y ventura del contratista.

El derecho de explotación de la infraestructura supone la transferencia de la responsabilidad de explotación, que engloba los aspectos técnicos, financieros

88. En esta nota insiste F. SANZ GANDESEQUI, al afirmar que esta modalidad contractual debe ser utilizada cuando el contrato de concesión de obra sea realmente un contrato en el que el concesionario asume el riesgo inherente a la explotación y a la frecuentación de la obra (en el libro colectivo dirigido por A. MENÉNDEZ MENÉNDEZ, *Comentarios a la nueva Ley 13/2003, de 23 de mayo, reguladora del contrato de concesión de obras públicas*, Civitas, Madrid, 2003, p.83).

y de gestión de la obra. Es al concesionario a quien incumbe, por ejemplo, la tarea de realizar las inversiones necesarias para que su obra pueda, de forma útil, ponerse a disposición de los usuarios. También recae sobre él la carga de la amortización de la obra. Por otra parte, el concesionario no solo asume los riesgos vinculados a cualquier construcción, sino que deberá también soportar los riesgos vinculados a la gestión y frecuentación del equipamiento. De las consideraciones precedentes se deduce que, en una concesión de obras, los riesgos inherentes a la explotación se transfieren al concesionario.<sup>89</sup>

Si los poderes públicos asumen las contingencias vinculadas a la gestión de una obra, asegurando, por ejemplo, el reembolso de la financiación, faltará el elemento de riesgo. En este caso, la Comisión europea considera que se trata de un contrato público de obras y no de una concesión.<sup>90</sup>

c) Son contratos de suministro (artículo 9 de la LCSP) los que tienen por objeto la adquisición, el arrendamiento financiero, o el arrendamiento, con o sin opción de compra, de productos o bienes muebles. La entrega de los productos podrá incluir, con carácter accesorio, trabajos de colocación e instalación (con excepción de la adquisición de programas informáticos, en la medida que se considera como contrato de servicios). Se incluyen en todo caso en esta modalidad contractual:

–Aquellos contratos en los que el empresario se obligue a entregar una pluralidad de bienes de forma sucesiva y por precio unitario, sin que la cuantía total se defina con exactitud al tiempo de celebrar el contrato, por estar subordinadas las entregas a las necesidades del adquirente. No obstante, la adjudicación de estos contratos se efectuará de acuerdo con las normas previstas en el capítulo II del título II del libro III para los acuerdos marco celebrados con un único empresario. Una matización debería realizarse a la definición del contrato de obras, que no es del todo coincidente con

la de la Directiva, y que podría conducir a interpretaciones que concluyeran que los contratos del contratista con un tercero, para la ejecución del principal, no están sometidos a la Directiva, lo que supondría una infracción de la misma. Convendría, por ello, hacer coincidir las definiciones.

–Los contratos que tengan por objeto la adquisición y el arrendamiento de equipos y sistemas de telecomunicaciones o para el tratamiento de la información, sus dispositivos y programas, y la cesión del derecho de uso de estos últimos, a excepción de los contratos de adquisición de programas de ordenador desarrollados a medida, que se considerarán contratos de servicios.

–Los contratos de fabricación, por los que la cosa o cosas que hayan de ser entregadas por el empresario deban ser elaboradas con arreglo a características peculiares, fijadas previamente por la entidad contratante, aun cuando esta se obligue a aportar, total o parcialmente, los materiales precisos. No tendrán la consideración de contrato de suministro los contratos relativos a propiedades incorpóreas o valores negociables.

d) Son contratos de servicios (artículo 10 de la LCSP) aquellos cuyo objeto son prestaciones de hacer, consistentes en el desarrollo de una actividad o dirigidas a la obtención de un resultado distinto de una obra o un suministro. A efectos de aplicación de esta Ley, los contratos de servicios se dividen en las categorías enumeradas en el anexo II. Como se constata del articulado de la LCSP, esta modalidad tiene carácter residual –cajón de sastre– frente a otras modalidades contractuales, en cuanto a su definición. No debe confundirse con los contratos de gestión de servicios públicos (titularidad pública de la actividad). A efectos didácticos, resulta de interés acudir al anexo II de la LCSP y al CPV (Reglamento (CE) núm. 2195/2002, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de noviembre de 2002, modificado por el Reglamento (CE) núm. 2151/2003 de la Comisión, de

89. Por todos. *Vid.* GIMENO FELIU, José María, "La normativa reguladora de los contratos de concesión de obra pública (reflexiones críticas tras la reforma de 2003)", *Revista Aragonesa de Administración Pública*, núm. 26, 2005; EMBID IRUJO, Antonio y COLOM PIAZUELO, Eloy, *Comentario a la Ley reguladora del contrato de concesión de obras públicas*, Aranzadi, 2003.

GÓMEZ-FERRER MORANT, Rafael, "El problema de la financiación de las obras públicas", en el libro colectivo "Comentario a la Ley de contratos de las administraciones públicas", Civitas, Madrid, 2004; MORENO MOLINA, José Antonio, "Las concesiones de obra pública en el Derecho comunitario europeo", *Revista de Contratación Administrativa Práctica*, La Ley, núm. 39, 2005.

90. Téngase en cuenta que, por aplicación de las normas SEC 95, en una concesión de obra pública el concesionario debe asumir el riesgo de construcción y el riesgo de disponibilidad o el riesgo de explotación durante toda la vigencia del contrato, pues de lo contrario, a partir de que deje de asumirse uno de dichos riesgos, la obra computa como déficit a los efectos de lo previsto en la legislación de estabilidad presupuestaria.



16 de diciembre de 2003) para calificar correctamente la prestación.<sup>91</sup> Es decir, el actual artículo 10 amplía esta categoría, que absorbe contratos antes calificados como administrativos especiales o de gestión de servicios públicos, donde ya no se recoge el dato de que la prestación la “interiorice” el propio ente contratante.

e) Un dato curioso es que sobreviven –con carácter residual– los contratos administrativos especiales (artículo 19.2 de la LCSP), pese a que no se definen ni se mencionan en la Memoria explicativa, aunque ahora presentan notas que los hacen excepcionales (recuérdese que esta es una Ley que regula ya no los contratos de las administraciones, sino también los de entes del sector público que no tienen esta calificación). En consecuencia, muchos de los contratos que tenían consideración de administrativos especiales dejan de tener con la LCSP esta consideración. La categoría, que se había comportado como “cajón de sastre”, pasa a ser de carácter residual. Un ejemplo lo tenemos en el artículo 24.4 de la LCSP al declarar que, cuando la ejecución de las obras, la fabricación de los bienes muebles, o la realización de los servicios se efectúe en colaboración con empresarios particulares, los contratos que se celebren con estos tendrán carácter administrativo especial, sin constituir contratos de obras, suministros o servicios, por estar la ejecución de los mismos a cargo del órgano gestor de la Administración.

Otro ejemplo lo constituyen los contratos de objeto distinto a los contratos típicos, pero que tengan naturaleza administrativa especial, por estar vinculados al giro o tráfico específico de la Administración contratante, o por satisfacer, de forma directa o inmediata, una finalidad pública de la específica competencia de aquella, siempre que no tengan expresamente

atribuido el carácter de contratos privados conforme al párrafo segundo del artículo 20.1 LCSP, o por declararlo así una Ley. Efectivamente, los contratos administrativos especiales, o atípicos, son aquellos que carecen de una tipicidad específica. No se pueden incluir en ninguna de las figuras típicas del contrato administrativo (obras, gestión de servicios públicos, servicios, suministro, consultoría o CPP). Su carácter administrativo es consecuencia directa de la finalidad pública que constituye su objeto y no de la causa del contrato. Finalidad pública que, o bien es consecuencia de una competencia atribuida a la Administración contratante, o bien es declarada como tal por una norma especial.

Estos contratos se registrarán, en primer término, por sus normas específicas en cuanto a su preparación, adjudicación, efectos y extinción. Posteriormente se aplicarán las disposiciones de la LCSP y, en su defecto, las normas de Derecho privado. Un ejemplo es lo dispuesto en el artículo 24.2 de la para los contratos de colaboración de particulares en las obras de ejecución por la propia Administración.

También pueden encajar en esta categoría los contratos de obra urbanística, cuando se utiliza la figura del agente urbanizador.<sup>92</sup> Obviamente, la adjudicación a un particular de una actuación urbanizadora por su participación en un procedimiento de licitación pública, y no por su condición de propietario, es sin lugar a dudas un contrato administrativo. Cuestión distinta es la relativa a la naturaleza que debe atribuirse a este contrato.<sup>93</sup> Con todo, aunque creemos que estamos ante un contrato oneroso de obra pública, nada impide, no obstante, que la legislación nacional pueda imponer, respetando los principios comunitarios, un régimen jurídico especial para esta modalidad contractual.<sup>94</sup> Esto es lo que sucede

91. Quedan fuera de esta modalidad de contratación los contratos que impliquen el ejercicio de autoridad inherente a los poderes públicos. Así, por ejemplo, no puede ser objeto de este contrato el servicio de recaudación municipal. En cualquier caso esta modalidad contractual no implica relación laboral o funcionarial, si bien el Tribunal Supremo, en su STS de 3 de marzo de 1997, ha considerado que existe una relación laboral, al margen de la denominación formal que se dé a la relación contractual, en los supuestos en que conste el carácter personalísimo de los servicios empleados, con la omisión de asunción de riesgo por el contratista, la utilización de los medios propios de la Administración, bajo su dependencia, y con una retribución concreta.

92. Vid. Informe 5/2007, de 11 de diciembre, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón, sobre *Naturaleza jurídica de la relación contractual entre un ayuntamiento y el adjudicatario de la concesión de la obra urbanizadora que establece el artículo 153 de la Ley urbanística de Aragón*.

93. Vid. GIMENO FELIU, José María, “El urbanismo como actividad económica y mercado público: la aplicación de las normas de contratación pública”, *RAP*, núm. 173, 2007, p. 63-100.

94. GÓMEZ-FERRER MORANT, Rafael (2001-02, p. 56 y ss.). En este estudio concluye que la relación existente entre la Administración y el agente urbanizador es de carácter contractual y que, por tanto, a dichos contratos les resulta de aplicación la LCAP, actualmente denominada Real decreto legislativo 2/2000, de 16 de junio, regulador de los contratos para las administraciones públicas en cuanto a sus preceptos básicos, que deben ser respetados por las comunidades autónomas. La interpretación que debe hacerse del artículo 29.13.º de la LRAU es en relación a los artículos de la LCAP que no sean o tengan carácter básico, por cuanto los que sí tienen este carácter son plenamente aplicables, es decir, nunca debieron dejar de aplicarse como legislación básica estatal

con esta figura, por la propia complejidad que comporta el ejercicio de la potestad urbanizadora: la regulación incluye aspectos reguladores que, en esencia, le hacen diferir del contrato de obra pública regulado por la LCAP y de la Ley de contratos del sector público de 30 de octubre de 2007. La concesión de obra urbanizadora podrá comprender la redacción de los instrumentos de ordenación y gestión precisos para su adecuada ejecución, los convenios urbanísticos que hayan de suscribirse y la proposición económico-financiera en la que se relacionen detalladamente los gastos asumidos por el urbanizador y la retribución a cargo de la propiedad de los terrenos. Y es que no cabe identificar actividad urbanizadora (como función pública) con obra pública. No obstante, puede afirmarse que el contrato de “concesión de obra urbanizadora” es un contrato administrativo especial con regulación propia que, al descansar sobre el título competencial de urbanismo, corresponde desarrollar a las comunidades autónomas.<sup>95</sup> En esta línea se ha pronunciado el Tribunal Supremo en sus sentencias de 22 de noviembre de 2006 (Ar. 8279) o de 28 de septiembre de 2006 (Ar. 405 de 2007), al entender de aplicación las previsiones de la LCAP.<sup>96</sup>

A efectos didácticos, insistiendo en esta idea, resulta de interés referir la Ley 16/2005, de 30 de diciembre, de la Generalitat, urbanística valenciana, consciente de las dificultades para tipificar administrativamente el contrato de concesión de obra urbanizadora; atendiendo a la complejidad de la figura del programa de actuación integrada que lleva a término el urbanizador, califica la relación entre la Administración y el urbanizador como un contrato administrativo especial, en los términos establecidos por la legislación estatal reguladora de la contratación pública. El preámbulo de la Ley resulta muy clarificador respecto a la naturaleza contractual:

“El programa de actuación integrada es un instrumento de ordenación y, al tiempo, una figura compleja que toma rasgos de los convenios administrativos, de los

contratos administrativos, de los instrumentos de ordenación y de antiguas figuras de urbanismo concertado de las que es tributario. La ley define la actividad urbanística como una función pública atribuida a la Generalitat y a los municipios, reservando la tramitación y aprobación de los programas de actuación integrada a los municipios. El objeto, pues, de los programas de actuación integrada está vinculado al giro o tráfico específico de la Administración municipal, para satisfacer de forma directa o inmediata una finalidad pública de la específica competencia de la Administración contratante, lo que, para el supuesto presente, implica el reconocimiento de que la relación entre la Administración y el urbanizador es un contrato especial, en los términos establecidos por la legislación estatal reguladora de la contratación pública. El régimen jurídico de estos contratos, de acuerdo con el artículo 7.1 del Real decreto legislativo 2/2000, de 16 de junio, por el que se aprobó el Texto refundido de la Ley de contratos de las administraciones públicas, está constituido por sus propias normas preferentemente, quedando como supletoria la legislación estatal en materia de contratos de las administraciones públicas.”

Criterio igualmente defendido en el reciente Informe 5/2007, de 11 de diciembre, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón (naturaleza jurídica de la relación contractual entre un ayuntamiento y el adjudicatario de la concesión de la obra urbanizadora que establece el artículo 153 de la Ley urbanística de Aragón).

En definitiva, como bien argumenta Menéndez Rexach, estamos ante un auténtico contrato, y debe someterse a las reglas de la LCSP.<sup>97</sup>

f) Finalmente, la LCSP regula el contrato mixto en el artículo 12. Los contratos mixtos son aquellos que contienen prestaciones de dos contratos típicos –sean o no administrativos, evidentemente–, debiendo aplicar el régimen jurídico de la prestación principal desde un punto de vista económico.<sup>98</sup> Debe tenerse en cuenta la

---

que es. Profundizando en la naturaleza jurídica del tipo contractual, lo define como contrato administrativo especial al cual, en virtud de lo dispuesto en el propio artículo 5.2 de la LCAP, se aplican preferentemente primero las normas especiales, salvo las básicas estatales no reguladas en el mismo, que establecen la necesidad de que exista un pliego de cláusulas administrativas particulares que establezca los criterios de adjudicación al agente urbanizador.

95. *Vid.* ASÍS DE ROIG (2001-02, p. 212-222). CRIADO SÁNCHEZ postula la necesidad de regular este contrato de forma específica, pero entiende que la competencia es estatal (2007, p. 419).

96. Indirectamente, al aplicar las prohibiciones de la LCAP, la STS de 27 de marzo de 2007 (Ar. 3149).

97. MENÉNDEZ REXACH, “Contratación y urbanismo. Contratación y sistema de obra urbanizadora. Otras modalidades de ejecución de las obras de urbanización”, *Cuadernos de Derecho Local*, núm. 18, 2008, p. 37-38.

98. Tal y como ha subrayado la JCCA, “el único criterio que debe utilizarse para la determinación del régimen jurídico de los contratos mixtos es el que atiende a la prestación más importante desde el punto de vista económico.” *Vid.* Informe 11/07, de 26 de marzo, por el que, además, se rectifica el criterio de la JCCA mantenido en informes anteriores y basados en las disposiciones del Reglamento general de contratación del Estado.

previsión específica del artículo 25.2 de la LCSP, en la que se advierte que solo podrán fusionarse prestaciones correspondientes a diferentes contratos en un contrato mixto cuando esas prestaciones se encuentren directamente vinculadas entre sí y mantengan relaciones de complementariedad que exijan su consideración y tratamiento como una unidad funcional, dirigida a la satisfacción de una determinada necesidad o a la consecución de un fin institucional propio del ente, organismo o entidad contratante.<sup>99</sup> Como principal novedad, que los asemeja a los contratos administrativos especiales, el artículo 99.2 de la LCSP dispone que, para los contratos mixtos, en el pliego de condiciones se detallará el régimen jurídico aplicable a sus efectos, cumplimiento y extinción, atendiendo a las normas aplicables a las diferentes prestaciones fusionadas en ellos. Es decir, el pliego desarrolla *ad hoc* el régimen del contrato.

Del régimen diseñado se constata que se incorpora el concepto de contrato mixto, ya previsto en la Directiva 2004/18, lo que, inicialmente, excluye de tal tipificación a las prestaciones no recogidas en dicha norma –y su concreta transposición en la LCSP–. Así, cuando se trate de prestaciones patrimoniales, habrá que tener en cuenta la causa del negocio jurídico para la tipificación del tipo de contrato, sin que por la existencia de este último pueda hablarse de contrato mixto (como hemos explicado al hablar del contrato de permuta de obra futura).

El criterio exclusivamente cuantitativo elegido por la LCSP para determinar las reglas de adjudicación aplicables atendiendo al valor económico, debe matizarse con la doctrina sentada en la STJCE de 21 de febrero de 2008, asunto C-412/04, en concreto en sus apartados 42 a 52.<sup>100</sup> Según dicha sentencia, tal criterio no puede aplicarse cuando se trate de un contrato mixto, compuesto por prestaciones cuya contratación separada implica umbrales de publicidad distintos (servicios o suministros y obras, p. ej.). El Tribunal es claro al afirmar:

“Asimismo, de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia se desprende que, cuando un contrato contiene,

a un tiempo, elementos propios de un contrato público de obras y elementos propios de algún otro tipo de contrato, ha de estarse al objeto principal del contrato para determinar qué directiva comunitaria sobre contratación pública debe en principio aplicarse (véase la sentencia de 18 de abril de 2007, Auroux y otros, C-220/05, Rec. p. I-385, apartado 37).

“48. En particular, de este modo, el ámbito de aplicación de la Directiva 93/37 está vinculado al objeto principal del contrato, el cual debe determinarse en el marco de un examen objetivo del conjunto de dicho contrato.

“49. Esta determinación debe llevarse a cabo a la luz de las obligaciones esenciales que prevalecen y que, como tales, caracterizan dicho contrato, por oposición a aquellas otras que solo tienen carácter accesorio o complementario y que son impuestas por el propio objeto del contrato, pues la cuantía respectiva de las diferentes prestaciones que forman parte del contrato tan solo constituye uno de los distintos criterios que deben tenerse en cuenta a la hora de proceder a dicha determinación.

“50. De cuanto antecede se deduce que, tal y como indicó el Abogado General en los puntos 38 y 74 de sus conclusiones, *la cuantía de las obras no puede erigirse siempre, salvo que se ignoren las exigencias de la Directiva 93/37, como el criterio exclusivo que permita la aplicación de la Ley núm. 109/1994 a un contrato mixto, cuando dichas obras sean tan solo accesorias.*” (La cursiva es nuestra.)

A la vista de todo ello, y dado que el criterio puramente cuantitativo es aceptado por el artículo 1.2 de la Directiva para determinar el régimen aplicable a los contratos que contienen suministros y servicios, puede afirmarse que el artículo 12 de la LCSP, que taxativamente expresa que el criterio puramente cuantitativo se aplicará “en todo caso” para determinar las normas de adjudicación aplicables, no es conforme al Derecho comunitario, y los poderes adjudicadores deben aplicar directamente la Directiva 2004/18 en la interpretación dada por el TJCE.<sup>101</sup>

99. El Consejo de Estado (Dictamen 514/2006, de 25 de mayo de 2006) había propuesto, con buen criterio, que este apartado se reubicara en el propio artículo 12.

100. La sentencia se refiere a la Directiva 92/50, anterior a la actualmente vigente (Directiva 2004/18), pero su doctrina es igualmente aplicable a esta última, incluso con más razón, pues la nueva norma asume el contenido del considerando 16 de dicha Directiva (ver apartados 3 y 46 de la sentencia), en las letras b) y c) de su artículo 1.2, apostando claramente por un criterio funcional para determinar el régimen de la adjudicación de los contratos mixtos. La sentencia que se analiza en este epígrafe, además de la cuestión de los contratos mixtos, trata de otros interesantes asuntos relativos a la contratación pública, como la aplicación de los tratados y los principios generales del Derecho comunitario a los contratos excluidos de la Directiva.

101. Entre otras, sentencia del Tribunal de Justicia CE de 18 de enero de 2007 (asunto C-220/05), Auroux, o STJCE de 19 de abril de 1994 (asunto C-331/92), Gestión Hotelera Internacional, S.A. contra Comunidad Autónoma de Canarias.

## 5. La distinción entre contrato de servicios y contrato de “concesión de servicios”

Finalmente, dentro de la cuestión relativa a la clasificación de los contratos, conviene detenerse en la distinción entre el contrato de servicios y el contrato de “concesión de servicios” (indirectamente con el contrato de concesión de obras públicas).<sup>102</sup> El artículo 8 de la LCSP define el contrato de gestión de servicios públicos como aquel en cuya virtud una administración pública encomienda a una persona, natural o jurídica, la gestión de un servicio, cuya prestación ha sido asumida como propia de su competencia por la Administración encomendante. Entramos, por tanto, en el vidrioso tema de las “concesiones” y su alcance, que obliga a una depuración conceptual que debe realizarse, necesariamente, desde la óptica del Derecho comunitario (y no desde la perspectiva nacional).

Al respecto, es ilustrativa la Comunicación Interpretativa de la Comisión de 12 de abril de 2000, sobre las concesiones en el Derecho comunitario,<sup>103</sup> en la que se nos recuerda que, al contrario de lo que sucede con la “Directiva obras”, la “Directiva servicios” no contiene ninguna definición del concepto de concesión de servicios, aunque, como recuerda la STJCE de 9 de septiembre de 1999 (RI:SAN), desde luego que la definición del concepto de concesión de un servicio público en el sentido de la normativa comunitaria en materia de contratos públicos, está excluida del campo de aplicación de la Directiva 92/50.<sup>104</sup>

La ausencia de referencia al concepto de concesión de servicios en la “Directiva servicios” requiere algún comentario. En los trabajos preparatorios de esta Directiva, la Comisión había propuesto para este tipo de concesión un régimen análogo al de las concesiones de obras, pero el Consejo no aceptó la propuesta. Se planteó, en este caso, la cuestión de

102. A este respecto procede recordar que, ya en su Propuesta modificada de Directiva 91/C 250/05 del Consejo, de 28 de agosto de 1991, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de contratos públicos de servicios (DO C 250, p. 4, en lo sucesivo, “Propuesta de 28 de agosto de 1991”), que desembocaron en la adopción de la Directiva 92/50, relativa a los contratos públicos de servicios en general, la Comisión había propuesto expresamente incluir las “concesiones de servicios públicos” en el ámbito de aplicación de dicha Directiva. Como dicha inclusión se justificaba por la intención de “asegurar la coherencia de los procedimientos de adjudicación”, la Comisión precisó, en el décimo considerando de su Propuesta de 13 de diciembre de 1990, que “las concesiones de servicios públicos deben quedar incluidas en el ámbito de aplicación de la presente Directiva, de la misma manera que la Directiva 71/305/CEE se aplica a las concesiones de obras públicas.” Aunque la referencia a la Directiva 71/305/CEE del Consejo, de 26 de julio de 1971, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los servicios públicos de obras (DO L 185, p. 5; EE 17/03, p. 9), fue retirada del décimo considerando de la Propuesta de 28 de agosto de 1991, esta última mantuvo expresamente, sin embargo, en dicho considerando, el objetivo relativo a la “coherencia de los procedimientos de adjudicación.” No obstante, en el transcurso del procedimiento legislativo, el Consejo suprimió toda referencia a las concesiones de servicios públicos, principalmente a causa de las diferencias existentes entre los estados miembros en materia de delegación de la gestión de servicios públicos y en las modalidades de dicha delegación, que podrían crear una situación de enorme desequilibrio en la apertura de los mercados de concesiones de servicios públicos (véase el Documento núm. 4444/92 ADD 1, de 25 de febrero de 1992, punto 6, titulado “Motivación del Consejo”, y adjunto a la Posición Común de la misma fecha). Un destino similar tuvo la postura que la Comisión expresó en su Propuesta modificada de Directiva 89/C 264/02 del Consejo, de 18 de julio de 1989, relativa a los procedimientos de adjudicación de contratos a entidades que operan en los sectores del agua, energía, servicios de transporte y servicios de telecomunicaciones (DO C 264, p. 22). En dicho documento, que desembocó en la adopción de la Directiva 90/531, primera Directiva en materia de adjudicación de contratos públicos en estos sectores, e inmediatamente anterior a la Directiva 93/38, la Comisión había propuesto igualmente para dichos sectores determinadas disposiciones destinadas a regular las concesiones de servicios públicos. No obstante, tal como se indica en el punto 10 del Documento 5250/90 ADD 1, de 22 de marzo de 1990, titulado “Motivación del Consejo”, y de acuerdo con la Posición Común de este último, de la misma fecha, referente a la Propuesta modificada de Directiva del Consejo sobre los procedimientos de adjudicación de contratos en los sectores del agua, de la energía, de los transportes y de las telecomunicaciones, el Consejo no aceptó la propuesta de la Comisión de incluir en la Directiva 90/531 normas relativas a las concesiones de servicios públicos, basándose en que tales concesiones solo se conocían en uno de los estados miembros, y en que no resultaba oportuno regularlas sin haber llevado a cabo un estudio detallado sobre las diversas formas de concesión de servicios públicos existentes en los estados miembros, en los mencionados sectores. A la vista de estos datos, como reconoce el TJCE en su sentencia de 7 de diciembre de 2000 (Telaustria), se constata que la Comisión no propuso incluir las concesiones de servicios públicos en su Propuesta de Directiva 91/C 337/01 del Consejo, de 27 de septiembre de 1991, por la que se modifica la Directiva 90/531 (DO C 337, p. 1), que desembocó posteriormente en la adopción de la Directiva 93/38.

103. Sobre el contenido de la misma resultan ilustrativas las reflexiones de J. ARNOLD, “Le texte définitif de la Communication interprétative de la Commission européenne sur les concessions en droit communautaire”, *Revue Française Droit Administratif*, núm. 5, 2000, p. 1015-1021.

104. El asunto versa sobre la adjudicación del servicio público local de recogida de residuos sólidos urbanos a una empresa pública mixta (Ischia Ambiente SPA). Existiría una equivalencia con la posibilidad que recoge el artículo 86.3 de la LBRL.

saber si la adjudicación de concesiones de servicios no está incluida enteramente en el régimen establecido por la "Directiva servicios." En efecto, esta se aplica, como hemos visto, a "contratos a título oneroso celebrados por escrito entre un prestador de servicios y una entidad adjudicadora", excepto algunas excepciones mencionadas en la Directiva, entre las cuales no figura el contrato de concesión. Una interpretación literal de esta definición, seguida por algunos autores, podría conducir a incluir el contrato de concesión en el campo de aplicación de la "Directiva servicios", puesto que este contrato se celebra a título oneroso y por escrito.<sup>105</sup> Este enfoque supondría que la adjudicación de una concesión de servicios debería respetar las normas de esta Directiva y, por lo tanto, tendría que ajustarse a un procedimiento más complejo que el de las concesiones de obras.

Sin embargo, a falta de jurisprudencia del Tribunal sobre este punto, la Comisión no ha seguido esta interpretación en los casos concretos que ha tratado. Una petición de decisión prejudicial ante el Tribunal planteaba la cuestión de la definición y del régimen jurídico de aplicación en las concesiones de servicios (asunto C-324/98, *Telaustria Verlags Gesellschaft m.b.H. contra Post & Telekom Austria (Telaustria)*). Cuestión resuelta por sentencia de 7 de diciembre de 2000, que afirma:

"Está contemplado en la Directiva 93/38/CEE del Consejo, de 14 de junio de 1993, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de contratos en los sectores del agua, de la energía, de los transportes y de las telecomunicaciones, un contrato a título oneroso, celebrado por escrito entre, por una parte, una empresa a la que la legislación de un Estado miembro ha confiado específicamente la explotación de un servicio de telecomunicaciones, y cuyo capital social pertenece en su totalidad a los poderes públicos de dicho Estado miembro y, por otra parte, una empresa privada, cuando mediante dicho contrato la primera empresa encarga a la segunda la elaboración y publicación de repertorios de abonados al teléfono, impresos y en formato electrónico (guías telefónicas), con vistas a su distribución pública; pese a estar contemplado en la

Directiva 93/38, un contrato de esta naturaleza resulta excluido, en el estado actual del Derecho comunitario, del ámbito de aplicación de esta última, principalmente debido a que la contraprestación que la primera empresa ofrece a la segunda consiste en que esta última obtiene el derecho de explotar su propia prestación, para conseguir así una retribución.

"2) Pese a que, en el estado actual del Derecho comunitario, tales contratos se encuentran excluidos del ámbito de aplicación de la Directiva 93/38, las entidades contratantes que los celebren están obligadas, no obstante, a respetar, en general, las normas fundamentales del Tratado CE y, en especial, el principio de no discriminación por razón de la nacionalidad, principio que implica, en particular, una obligación de transparencia que permite que la entidad adjudicadora se asegure de que dicho principio es respetado.

"3) Esta obligación de transparencia, que recae sobre la entidad adjudicadora, consiste en garantizar, en beneficio de todo licitador potencial, una publicidad adecuada, que permita abrir a la competencia el mercado de servicios y controlar la imparcialidad de los procedimientos de adjudicación."

A los efectos exclusivos de distinguir entre el fenómeno económico de la concesión de servicios y la noción de contrato público de servicios, y de delimitar así el ámbito de aplicación de la citada Comunicación de 12 de abril de 2000, es importante determinar los rasgos esenciales de tal fenómeno.

El objeto de las concesiones de obras es, por definición, distinto del de las concesiones de servicios.<sup>106</sup> Esto puede suscitar diferencias en términos de inversión y de duración entre los dos tipos de concesión. Sin embargo, considerando los criterios antes citados, un contrato de concesión presenta, en general, las mismas características, cualquiera que sea el objeto al que haga referencia. En efecto, tal como sucede con las concesiones de obras, el criterio de explotación constituye una característica esencial para determinar si se trata de una concesión de servicios. Y así lo ha puesto de relieve la sentencia TJCE de 10 de noviembre de 1998 (*BFI HOLDING*), en la que se descarta la calificación de concesión de servicios, visto que la remuneración percibida consistía únicamente

105. Esta solución presentaba no pocos inconvenientes al Derecho francés –y al español–, donde el concepto de servicio público constituye un elemento básico. Así lo advierten, entre otros, M. GUIBAL "La transposition de la réglementation communautaire en France", *Revue Marché Commun*, núm. 373, 1993, p. 863, P. FLAMME y M. A. FLAMME, "Les marchés publics de services et la coordination de leurs procédures de passation", *RMC*, núm. 365, 1993, p. 155-157, y M. MENSI, "L'ouverture à la concurrence des marchés publics des services", *Revue de Marché Unique Européen*, núm. 3, 1993, p. 60.

106. Sentencia del Tribunal de 26 de abril de 1994 (*Lottomatica*).



en un precio pagado por la autoridad pública y no en un derecho de explotar el servicio.<sup>107</sup> En virtud de este criterio, como primer requisito, existe concesión cuando el operador asume el riesgo del servicio en cuestión (establecimiento del servicio y explotación del mismo), cobrando una parte significativa de su remuneración al usuario, en particular mediante la percepción de tarifas, en cualquiera de sus formas. El modo de remuneración del operador es, como en la concesión de obras, un elemento que permite determinar la asunción del riesgo de explotación.<sup>108</sup>

El segundo requisito para que exista concesión de servicios es que la misma incida normalmente en actividades que, por su naturaleza, por su objeto y por las normas a las que están sujetas, pueden ser competencia del Estado, y para las cuales pueden existir derechos exclusivos o especiales.<sup>109</sup> Este requisito se viene a identificar con el concepto de servicio público como actividad de titularidad pública, de la que se excluye a la iniciativa privada (con apoyo en los actuales artículos 45 y 55 TCE), de tal manera que, solo en estos casos, no se aplicarán las directivas de contratación pública.<sup>110</sup> Esto significa que no existirá concesión de servicios donde no se haya operado una reserva al sector público sobre la base del artículo 128.2 CE (por no existir auténtica publicación), pues, en este último supuesto, funciona la técnica autorizatoria como instrumento de regulación de la actividad privada, y no la técnica contractual.<sup>111</sup> Juega aquí, por tanto, la noción estricta de servicio público (la única válida a la luz de la regulación que al efecto contiene

la Directiva comunitaria 92/50/CEE, del Consejo, sobre contratos públicos de servicios, de cuyo ámbito se excluye el contrato de concesión de servicio público, entendido este como los servicios de interés económico general a los que se refiere el actual artículo 86.2 TCE),<sup>112</sup> que no cabe confundir con los contratos de servicios ni con la concesión de obra pública o de explotación de infraestructuras.<sup>113</sup> Así, a juicio de la Comunicación Interpretativa, teniendo en cuenta lo anterior, y sin perjuicio de las disposiciones de Derecho comunitario que pudieran ser de aplicación, la presente Comunicación no contemplaría, al no tener consideración de “concesión de servicios”: a) los actos por los que un poder público confiere una habilitación o concede una autorización para ejercer una actividad económica, por más que dichos actos puedan considerarse concesiones en algunos estados miembros. Por ejemplo, las licencias de taxi, las autorizaciones para utilizar la vía pública (quioscos de prensa, terrazas de café...), los actos relativos a las farmacias o a las gasolineras; b) los actos cuyo objeto sea actividades de carácter no económico, como la escolarización obligatoria o la seguridad social.<sup>114</sup>

En este sentido se pronuncia la STJCE de 18 de noviembre de 2004, al recordar que su contrato será de servicios, y se deberán aplicar los procedimientos, si “no se enmarca en el contexto de las actividades de interés general de la ciudad de Munich, sino en el de una actividad económica independiente, claramente distinta y sometida a la competencia, a saber: la explotación de la central técnica de Munich-Norte.”

107. Por otra parte, conviene recordar que, en la sentencia *Lottomatica* antes citada, el Tribunal distinguió claramente entre una transferencia de responsabilidad al concesionario, por lo que respecta a las operaciones del juego de la lotería, que pueden calificarse como actividades que entran en la competencia del Estado en el sentido ya indicado, y el simple suministro de sistemas informáticos a la Administración. El Tribunal concluyó, en este caso, que, al no existir tal transferencia, se trataba de un contrato público.

108. La concesión de servicios, del mismo modo que la concesión de obras, se caracteriza, en definitiva, por una transferencia de la responsabilidad de explotación.

109. Conclusiones del Abogado General en el citado asunto *BFI*; Conclusiones del Abogado General en el citado asunto *RI. SAN Srl*.

110. *Vid.* J. ARNOULD, “Les contrats des concessions, de privatisation et de services *in house* au ...”, *op. cit.*, p. 19 a 23.

111. Sobre este punto me remito a mis trabajos y la bibliografía en ellos citada: “Sistema económico y derecho a la libertad de empresa *versus* reservas al sector público de actividades económicas”, *Revista de Administración Pública*, núm. 135, 1994, p. 141-212; “Servicio público, derechos fundamentales y Comunidad Europea”, *Revista Aragonesa de Administración Pública*, núm. 5, 1994, p. 127-166; *Estudio sistemático de la Ley de Administración local en Aragón*, con el capítulo dedicado a los servicios públicos locales, Ed. Cortes de Aragón, Zaragoza, 2000, p. 321-355.

112. Así lo ha entendido y admitido la jurisprudencia del TJCE: Sentencias *Sacchi*, de 30 de abril de 1974, en el asunto 155/73, y *Elliniki Radiophonia*, de 18 de junio de 1991, en el asunto C-260/89.

113. Sobre la problemática que plantea esta distinción de conceptos de concesión de servicios y contrato de servicios y su reflejo en el articulado de la LCAP, ya llamó la atención M. RAZQUIN, *Contratos públicos y Derecho comunitario*, Aranzadi, Pamplona, 1996, *op. cit.*, p. 251-254.

114. Así, por ejemplo, el transporte de pacientes en ambulancias no será un contrato de gestión de servicios públicos, sino de servicios, tal y como se advierte en la STJCE de 17 de diciembre de 2007 (Comisión/República Italiana).

Estos dos requisitos tienen carácter acumulativo,<sup>115</sup> lo que en la práctica supone que, aun estando en presencia de un contrato de concesión de servicios públicos, solo funcionará la excepción cuando la explotación recaerá bajo entera responsabilidad del contratista, dato que sí se da en lo referente a las modalidades de prestación en la concesión, pero no en la gestión interesada, en la que, como es sabido, la Administración concedente y el contratista participan en los resultados de la explotación (ganancias o pérdidas) según la proporción que se establezca, que podrá consistir, conjunta o separadamente, en una asignación fija o proporcional a los resultados de la explotación. En este supuesto, sería de aplicación, por tanto, el contenido de la Directiva 92/50, de servicios.<sup>116</sup> Otro tanto podría predicarse de su concreta articulación a la modalidad de sociedad de economía mixta, en la que, además, podría suponer una discriminación indirecta, tal y como ya pusiera de relieve la STJCE de 5 de diciembre de 1989.<sup>117</sup>

Es cierto que, según jurisprudencia reiterada del TJCE, nada en el Tratado se opone a que los estados miembros, por consideraciones de interés público de carácter no económico, sustraigan al juego de la competencia algunos servicios de interés general, confiriendo derechos exclusivos. El Tribunal añade, sin embargo, que las modalidades de organización y el ejercicio de un monopolio creado de este modo, no deben afectar a lo dispuesto en el Tratado sobre libre circulación de mercancías y servicios ni a las normas de la competen-

cia.<sup>118</sup> En cualquier caso, las "concesiones de servicio", aunque no estaban contempladas en las directivas sobre contratos públicos de los años 90, quedan sujetas a las normas y a los principios del Tratado, en la medida en que se conceden por medio de actos imputables al Estado, y tienen por objeto la prestación de actividades económicas.<sup>119</sup> En este punto, la STJCE de 18 de noviembre de 1999 (Unitron Scandinavia) ha afirmado que:

"El artículo 2, apartado 2, de la Directiva 93/36 debe interpretarse del siguiente modo: Dicha disposición impone a un poder adjudicador, que otorga derechos especiales o exclusivos para el ejercicio de una actividad de servicio público a cualquier entidad distinta de tales poderes adjudicadores, que exija a esta que respete el principio de no discriminación en razón de la nacionalidad, al adjudicar contratos públicos de suministro a terceros en el marco de esa actividad.

"En cambio, cuando concurren las referidas circunstancias, dicha disposición no impone al poder adjudicador la obligación de exigir a la entidad de que se trate que respete los procedimientos de adjudicación previstos en la Directiva 93/36 para la adjudicación de tales contratos públicos de suministro."

Esto significa que el TCE no limita la libertad de un Estado miembro para hacer uso de las concesiones, siempre y cuando las modalidades de adjudicación sean compatibles con el ordenamiento jurídico comunitario.<sup>120</sup> En línea con esta jurisprudencia, la reciente Directiva 2004/18, de 31 de marzo, define expresamente

115. Así lo defiende también C. FOUASSIER, "Vers un véritable droit communautaire des concessions?", *Revue Trimestrielle de Droit Européen*, núm. 4, 2000, p. 680-685.

116. En cambio, es procedente destacar que, cuando una concesión se termina, su renovación es asimilable a una nueva concesión, y quedaría, por lo tanto, cubierta por la Comunicación. Un problema existirá cuando, entre el concesionario y el concedente, existe una forma de delegación interorgánica que no sale de la esfera administrativa del órgano de contratación. Relaciones vinculadas al fenómeno definido a veces como *in house providing* y resueltas en las STJCE de 18 de noviembre de 1999, Teckal, y de 7 de diciembre de 2000, ARGE. Al respecto, me remito a mi libro: *Contratos públicos...*, *op. cit.*, p. 76-85, y ORDÓÑEZ SOLÍS, *La contratación pública en la Unión Europea*, Aranzadi, Pamplona, 2003, p. 100-105.

117. J. ARNOULD, "Les contrats des concessions, de privatisation et de services *in house* au...", *op. cit.*, p. 16-17. En esta sentencia, se condena a la República de Italia, al reservar únicamente a las sociedades en que el Estado o el sector público tengan, de forma directa o indirecta, una participación mayoritaria o total, la posibilidad de celebrar convenios en materia de realización de sistemas informáticos por cuenta de la Administración pública.

118. Sentencia *Elliniki Radiophonia* antes citada, punto 12. *Vid.* C. FOUASSIER, "Vers un véritable droit communautaire des concessions?", *Revue Trimestrielle de Droit Européen*, *op. cit.*, p. 690-696.

119. J. ARNOULD, "Le texte définitif de la Communication interprétative de la Commission européenne sur les concessions en droit communautaire", *op. cit.*, p. 1019-1020.

120. Tal como resulta de la jurisprudencia del Tribunal, aunque, en virtud del Tratado, los estados miembros conserven la libertad de establecer normas materiales y procesales, deben cumplir todas las disposiciones pertinentes del ordenamiento jurídico comunitario y, en particular, las prohibiciones que se derivan de los principios consagrados por el Tratado sobre derecho de establecimiento y libre prestación de servicios, sentencia de 9 de julio de 1987 (*Bellin*). Algunos estados miembros han considerado, a veces, que la adjudicación de una "concesión" no estaba sometida a las normas del Tratado, porque se trata de una delegación de un servicio público que solo puede concederse sobre la base de la confianza recíproca (*intuitu personae*). Como se desprende del Tratado y de la reiterada jurisprudencia del Tribunal, las únicas razones que permiten que los actos del Estado susceptibles de transgredir los artículos 43 y 49 (antiguos artículos 52 y 59) del Tratado eludan la prohibición dispuesta en estos,

el contrato de concesión de servicios como aquel que “presenta las mismas características que el contrato público de servicios, con la salvedad de que la contrapartida de la prestación de servicios consiste, o bien únicamente en el derecho a explotar el servicio, o bien en dicho derecho acompañado de un ‘precio’”, estableciendo, en su artículo 17 que dichos contratos están excluidos del ámbito de aplicación de la Directiva (pero no, insistimos, de los principios del Tratado).

En la práctica, esto comporta no solo una reducción del ámbito tradicional de nuestro concepto de servicio público, sino también que, en su caso, la única forma de gestión indirecta sea la concesión y no la gestión interesada, ni el concierto, ni la sociedad de economía mixta, al no cumplir los requisitos exigidos por la jurisprudencia del TJCE. Lo que no supone negar ni la acción concertada ni la decisión organizativa de crear empresas mixtas, sino solamente aclarar que estas técnicas no permiten eludir las reglas de contratación pública derivadas de las directivas.

En esta línea, la reciente sentencia de 13 de octubre de 2005 (Parking Brixen GMBH) ha considerado como contrato de concesión de servicios públicos la explotación de un estacionamiento de titularidad pública, por cuanto “la retribución del prestador de servicios no procede de la autoridad pública, sino de las cantidades abonadas por terceros para el uso del aparcamiento. Esta modalidad de retribución implica que el prestador asume el riesgo de explotación de los servicios, lo cual es una característica de la concesión de servicios públicos. Por consiguiente, la situación descrita en el litigio principal no se trata de un contrato público de servicios, sino

de una concesión de servicios públicos.” Esta sentencia añade no poca confusión, al optar por un concepto de concesión de servicios públicos que no encaja con la jurisprudencia anterior, al considerar la explotación del parking como una actividad económica, cuando, en mi opinión, se trata de la explotación de una infraestructura, lo que, de por sí, está más ligado a la noción de contrato de servicios. La concesión de servicios procederá en actividades donde la titularidad recaiga en una administración pública, y por ello sea susceptible de explotación directa o indirecta. En este tipo de contratos se presta un servicio y la retribución del licitador no cambia su naturaleza, como se constata en el régimen del contrato de concesión de obra pública, al que ahora se hará referencia (en esta modalidad contractual hay obra y explotación, y se entiende sometida al Derecho comunitario, por lo que bien cabe deducir que la sola explotación de la obra lo estará igualmente, y no merecerá la calificación de concesión de servicios).

En suma, se reduce la categoría de contrato de gestión de servicios públicos, debiendo atenerse para su calificación a lo dispuesto en el vigente Reglamento Comunitario regulador del CPV, en tanto norma de directa aplicación en todos los estados.

## 6. Una nueva modalidad contractual: los contratos de colaboración pública y privada –CPP–

Se trata de una nueva modalidad regulada en los artículos 11, 118, 289 y 290 de la LCSP, sin amparo en la Directiva 2004/18, de 31 de marzo, de contratos públicos.<sup>121</sup>

---

son las contempladas en los artículos 45 y 55 (antiguos artículos 55 y 66), cuyas condiciones de aplicación, muy restrictivas, han sido indicadas por el Tribunal –la sentencia *Lottomatica* considera que, habida cuenta de los hechos, las tareas del concesionario se limitaban a actividades de carácter técnico y, como tales, quedaban sujetas a las disposiciones del Tratado–. Nada en el Tratado o en la jurisprudencia del Tribunal permite considerar que sea de otro modo en el caso de las concesiones.

121. Para analizar esta cuestión, la Comisión de Derecho Comunitario en materia de Contratación Pública y Concesiones –COM (2004) 327 final, de 30 de abril de 2004 (recientemente, en la importante “Comunicación Interpretativa de la Comisión relativa a la aplicación del Derecho comunitario en materia de contratación pública y concesiones a la colaboración público-privada institucionalizada (CPPI)”, publicada en el Diario Oficial de la Unión Europea de 12 de abril de 2008)–, que se inscribe entre las prioridades establecidas por la Comisión en su Estrategia para el mercado, acaba de publicar un Libro Verde sobre la Colaboración Público-Privada y el Interior 2003-2006, que constituye una contribución a las acciones previstas en el marco de la iniciativa para el crecimiento en Europa. Los partenariados público-privados (CPP) son formas de cooperación entre las autoridades públicas y el mundo de las empresas, que procuran asegurar la realización de proyectos de infraestructuras o el suministro de servicios de utilidad pública. Esta forma de partenariado se ha desarrollado en numerosas materias relevantes de la esfera pública, tales como el transporte, la salud pública, la educación, la seguridad pública, la gestión de los residuos o la distribución del agua. El objetivo de este Libro es lanzar un amplio debate que permita determinar si una intervención comunitaria es necesaria para asegurar un mejor acceso de los operadores económicos de los estados miembros a las diferentes formas de partenariado público-privado, en unas condiciones de claridad jurídica y de concurrencia efectiva (en relación a esta Comunicación, puede consultarse a MORENO MOLINA, José Antonio, “Las concesiones de obra pública en el Derecho comunitario europeo”, *Revista Contratación Administrativa Práctica*, La Ley, núm. 39, 2005, p. 22-25). *Vid.* la reciente Comunicación Interpretativa de la Comisión relativa a la aplicación del Derecho comunitario en materia de contratación pública y concesiones a la colaboración público-privada institucionalizada (CPPI) (Texto pertinente a efectos del EEE) (2008/C 91/02).

Es un contrato típico que tiene carácter subsidiario (un antecedente directo es el contrato de obra bajo modalidad de abono total del precio, que la doctrina mayoritaria considera una modalidad contractual de CPP, en la medida en que es el socio privado el que asume no solo la ejecución de la obra, sino también su financiación inicial, cuya recuperación puede diferirse hasta diez años desde la fecha de recepción del contrato, cumpliéndose así, también, el requisito de contrato de larga duración, en el que el privado asume la financiación y construcción).<sup>122</sup> Son contratos de colaboración entre el sector público y el sector privado, en que una administración pública encarga a una entidad de Derecho privado, por un periodo determinado en función de la duración de la amortización de las inversiones o de las fórmulas de financiación que se prevean, la realización de una actuación global e integrada, además de la financiación de inversiones inmateriales, de obras o de suministros, necesarios para el cumplimiento de determinados objetivos de servicio público, o relacionados con actuaciones de interés general.

Los contornos pocos nítidos de esta modalidad contractual obligan a distinguirla de los contratos de concesión de obra pública y de los contratos de gestión de servicio público. Por otro lado, con la actual regulación del contrato de concesión de obra pública bien pudiera pensarse en lo innecesario de esta nueva modalidad contractual.<sup>123</sup> Sin embargo, como destaca Peña Ochoa, el contrato típico de colaboración trata de cubrir un vacío legal; no creemos que consista simplemente en un contrato de obras, de servicios o de concesión al que se puedan añadir aspectos específicos de la financiación de las obras y servicios, pues estas materias ya estaban perfectamente cubiertas en la práctica española desarrollada bajo la vigencia del TRLCAP. Encontramos que el nuevo contrato tiene perfiles propios que hay que destilar e identificar para conseguir que esta figura se aplique, como parece ser la voluntad

del legislador al regularla, cuando se den los requisitos delimitadores que la definen y diferencian del resto de los contratos.<sup>124</sup>

En todo caso, deben respetarse los principios de concurrencia e igualdad de trato en su puesta en práctica, por lo que solo podrán celebrarse contratos de colaboración entre el sector público y el sector privado cuando previamente se haya puesto de manifiesto, en la forma prevista en el artículo 118 de la LCSP, que otras fórmulas alternativas de contratación no permiten la satisfacción de las finalidades públicas.<sup>125</sup> Es decir, no es una fórmula alternativa, sino subsidiaria, y parece más bien una alternativa desde la perspectiva de la financiación. Obviamente, conforme a las normas SEC 95, para que la inversión no compute como déficit, deben transferirse el riesgo de la construcción y uno de los siguientes: de la disponibilidad o de la demanda.<sup>126</sup>

Esto significa, además, que debe ser un contrato distinto en su régimen de los otros contratos típicos descritos en la Ley, en los que, por su propia naturaleza, la financiación recae siempre sobre el contratista.

Se trata, además, de un contrato flexible en su configuración, admitiendo los precios provisionales y pago aplazado (artículo 75.5 y 7 de la LCSP), donde se altera la regla del riesgo y ventura prevista en el artículo 199 de la LCSP.

El procedimiento, por este carácter complejo, es rígido, para evitar un uso incorrecto o indebido. Así, el artículo 11.2 exige especial motivación en clave negativa: no viabilidad de otros tipos de contratos. En la evaluación previa (artículo 118.2 de la LCSP) se debe poner de manifiesto que, a la vista de la complejidad del contrato, la Administración no está en condiciones de definir, con carácter previo a la licitación, los medios necesarios, o de establecer los mecanismos jurídicos o financieros para llevar a cabo el contrato. Pero, además, debe efectuar un análisis comparativo con el resto

122. Como recuerda Mariano PUERTA CELA en su artículo "Aspectos presupuestarios de la colaboración público-privada", en *Presupuesto y gasto público 45/2006*, esta forma de colaboración para el desarrollo de infraestructuras no ha sido precisamente residual.

123. Julio GONZÁLEZ GARCÍA, "El contrato de colaboración público-privado", *RAP*, núm. 170, 2006.

124. PEÑA OCHOA, "El nuevo contrato de colaboración entre el sector público y el sector privado en la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de contratos del sector público", *Monográfico Revista Aragonesa Administración Pública La Nueva Ley de Contratos del Sector Público*, Zaragoza, 2009.

125. Critican igualmente esta previsión, por entenderla innecesaria e inadecuada, LÓPEZ-CONTRERAS y MESTRE DELGADO, *Contratos públicos: análisis de la regulación en España y discusión de las principales líneas de mejora*, op. cit., p. 123-127.

126. ROSARIO MARTÍNEZ MANZANEDO desarrolla un exhaustivo estudio de los criterios de Eurostat para el análisis del reparto de riesgos en "La contabilidad de la colaboración público-privada en el contexto del Sistema Europeo de Cuentas (SEC-95)", *Presupuesto y gasto público*, núm. 45/2006.

de formas alternativas, que justifique, en términos de obtención de mayor valor por precio, de coste global, de eficacia o de imputación de riesgos, los motivos de carácter jurídico, económico, administrativo o financiero que recomienden esta fórmula de contratación. Esto significa que es esencial o capital, en este contrato, este documento de evaluación previa.

Como indica el artículo 119 de la LCSP, el órgano de contratación, a la vista de los resultados de la evaluación a que se refiere el artículo anterior, elaborará un programa funcional que contendrá los elementos básicos que informarán el diálogo con los contratistas, y que se incluirá en el documento descriptivo del contrato. Particularmente, se identificarán en el programa funcional la naturaleza y dimensión de las necesidades a satisfacer, los elementos jurídicos, técnicos o económicos mínimos que deben incluir necesariamente las ofertas para ser admitidas al diálogo competitivo, y los criterios de adjudicación del contrato.

Se exige en todo caso, como regla general, el diálogo competitivo como procedimiento de adjudicación, lo que, con carácter general, ni es adecuado ni conveniente. Es posible la utilización del procedimiento negociado en el caso del artículo 154.a) de la LCSP. En todo caso, deberá constituirse la Mesa del diálogo competitivo a que se refiere el artículo 296.2 de la LCSP, a la que se incorporarán personas especialmente cualificadas en la materia sobre la que verse el diálogo, designadas por el órgano de contratación. El número de estas personas será igual o superior a un tercio de los componentes de la Mesa, y participarán en las deliberaciones con voz y voto.

En todo caso, el procedimiento de adjudicación es el derivado de los contratos armonizados, independientemente de su cuantía (artículo 13.1 de la LCSP).

El clausulado debe tener el mínimo exigido por el artículo 26 más el específico referido por el artículo 120 de la LCSP (deben identificarse la prestación principal, el sistema de reparto de riesgos y las prerrogativas de modificación):

a) Identificación de las prestaciones principales que constituyen su objeto, que condicionarán el régimen sustantivo aplicable al contrato, de conformidad con lo previsto en la letra m) de este artículo y en el artículo 289.

b) Condiciones de reparto de riesgos entre la Administración y el contratista, desglosando y precisando la imputación de los riesgos derivados de la variación de los costes de las prestaciones, y la imputación de

los riesgos de disponibilidad o de demanda de dichas prestaciones.

c) Objetivos de rendimiento asignados al contratista, particularmente en lo que concierne a la calidad de las prestaciones de los servicios, la calidad de las obras y suministros, y las condiciones en que son puestos a disposición de la Administración.

d) Remuneración del contratista, que deberá desglosar las bases y criterios para el cálculo de los costes de inversión, de funcionamiento y de financiación y, en su caso, de los ingresos que el contratista pueda obtener de la explotación de las obras o equipos, en caso de que sea autorizada y compatible con la cobertura de las necesidades de la Administración.

e) Causas y procedimientos para determinar las variaciones de la remuneración a lo largo del periodo de ejecución del contrato.

f) Fórmulas de pago y, particularmente, condiciones en las cuales, en cada vencimiento o en determinado plazo, el montante de los pagos pendientes de satisfacer por la Administración y los importes que el contratista debe abonar a esta, como consecuencia de penalidades o sanciones, pueden ser objeto de compensación.

g) Fórmulas de control por la Administración de la ejecución del contrato, especialmente respecto a los objetivos de rendimiento, así como las condiciones en que se puede producir la subcontratación.

h) Sanciones y penalidades aplicables en caso de incumplimiento de las obligaciones del contrato.

i) Condiciones en que puede procederse por acuerdo o, a falta del mismo, por una decisión unilateral de la Administración, a la modificación de determinados aspectos del contrato o a su resolución, particularmente en supuestos de variación de las necesidades de la Administración, de innovaciones tecnológicas o de modificación de las condiciones de financiación obtenidas por el contratista.

j) Control que se reserva la Administración sobre la cesión total o parcial del contrato.

k) Destino de las obras y equipamientos objeto del contrato a la finalización del mismo.

l) Garantías que el contratista afecta al cumplimiento de sus obligaciones.

m) Referencia a las condiciones generales y, cuando sea procedente, a las especiales que sean pertinentes en función de la naturaleza de las prestaciones principales, que la Ley establece respecto a las prerrogativas de la Administración, y a la ejecución, modificación y extinción de los contratos.



El licitador que resulte seleccionado para este contrato puede asumir, en los términos previstos en el mismo, la dirección de las obras que sean necesarias, así como realizar, total o parcialmente, los proyectos para su ejecución, y contratar los servicios precisos.

La contraprestación a percibir por el contratista colaborador consistirá en un precio que se satisfará durante toda la duración del contrato, y que podrá estar vinculado al cumplimiento de determinados objetivos de rendimiento.

El contrato, al ser celebrado por una administración pública, tendrá carácter administrativo (artículo 19.1 de la LCSP).

De la lectura literal parece deducirse que estos contratos no podrán ser realizados por quien no tenga la consideración de Administración pública a los efectos de esta Ley (de hecho, el artículo 120 habla de las prerrogativas del contrato), aunque la exposición de motivos sí recoge esta posibilidad.

La duración de los contratos de colaboración entre el sector público y el sector privado no podrá exceder de 20 años. No obstante, cuando por razón de la prestación principal que constituye su objeto y de su configuración, el régimen aplicable sea el propio de los contratos de concesión de obra pública, se estará a lo dispuesto en el artículo 244 sobre la duración de estos. En todo caso, en contratos patrimoniales de CPP bien pudiera pensarse en un plazo superior (como el de 99 años en la fórmula del contrato de derecho de superficie).<sup>127</sup>

## 7. La distinción entre contratos administrativos y privados. Tipo y régimen jurídico

Por otra parte, debe advertirse, no obstante, que al hablar de la contratación pública nos referimos a todos los contratos que realizan las administraciones

públicas y el sector público, pero estos pueden tener en España una doble naturaleza, en función del concreto régimen jurídico aplicable.<sup>128</sup> Esta distinción obliga a reconocer la existencia de contratos administrativos y de contratos privados de la Administración, cuyo régimen jurídico es distinto.<sup>129</sup> Puede realizarse –así lo hace efectivamente nuestra normativa– una distinción entre contratos administrativos y contratos civiles o de Derecho privado. Tal tipología no supone diferencia de régimen jurídico a efectos de publicidad, concurrencia y transparencia, por lo que, desde esa perspectiva, se cumple con el Derecho comunitario.

En los contratos públicos donde *ex lege* o por acto administrativo se opte por régimen de Derecho privado, la consecuencia del particular estatuto de la Administración así como la necesidad de salvaguardar el capital, principio de la igualdad de los ciudadanos ante la opción a obtener contratos con aquella, se exige (ya desde un principio) que no afectará a que las fases de preparación y adjudicación se regulen por sus normas propias para todo contrato público.

De los artículos 20 y 21 de la LCSP se deduce que existen dos modalidades o causas para que exista un contrato privado:

Son contratos privados, en todo caso, los que se celebran por los entes que no tienen consideración de Administración pública. Y son también contratos privados los celebrados por administraciones públicas cuando tienen por objeto servicios comprendidos en la categoría 6 del anexo II, la creación e interpretación artística y literaria, o espectáculos comprendidos en la categoría 26 del mismo anexo, y la suscripción a revistas, publicaciones periódicas y bases de datos, así como cualesquiera otros contratos distintos de los contemplados en el apartado 1 del artículo anterior.

Los contratos privados se regirán, en cuanto a su preparación y adjudicación, en defecto de normas

127. Sobre esta cuestión, pueden consultarse los trabajos de Julio GONZÁLEZ GARCÍA, "El contrato de colaboración público-privado", *Revista Administración Pública*, núm. 170, 2006; CHINCHILLA MARÍN, "El nuevo contrato de colaboración entre el sector público y el sector privado", *Revista Española Derecho Administrativo*, núm. 132 de 2006, y E. ARIMANY LAMOGLIA, "La colaboración público-privada en la provisión de infraestructuras y equipamientos locales", *Cuadernos de Derecho Local*, núm. 11, 2006.

128. Como es sabido, el Derecho comunitario nada dice sobre la naturaleza civil o administrativa de los contratos públicos, cuestión sobre la que libremente decide cada Estado miembro. En España, tradicionalmente se ha optado por un régimen amplio del contrato administrativo, lo que ha sido objeto de crítica, entre otros, por E. MALARET, "Las sociedades para la construcción de obras hidráulicas", *op. cit.*, p. 132-135. En Francia, por medio de la Ley de 11 de diciembre de 2001 (Murcef), se han decantado por considerar que todos los contratos tienen naturaleza administrativa. *Vid.* PIGNON, S., "La réforme de la commande publique", *AJDA*, núm. 1, 2002, p. 33-37.

129. Esta distinción, como bien apunta R. PARADA, tuvo en su origen una diferenciación exclusivamente jurisdiccional y no material o sustantiva, ya que las cuestiones litigiosas surgidas en torno a los contratos administrativos correspondían a los órganos de la jurisdicción contencioso-administrativa, y las de los contratos privados a los tribunales "ordinarios" (civiles). *Los orígenes del contrato administrativo en Derecho español*, IGO, Sevilla, 1963, p. 71 y ss.

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

El orden jurisdiccional civil será el competente para resolver las controversias que surjan entre las partes en relación con los efectos, cumplimiento y extinción de los contratos privados. Este orden jurisdiccional será igualmente competente para conocer de cuantas cuestiones litigiosas afecten a la preparación y adjudicación de los contratos privados, que se celebren por los entes y entidades sometidos a esta Ley que no tengan el carácter de Administración pública, siempre que estos contratos no estén sujetos a una regulación armonizada (21.2 de la LCSP).<sup>130</sup> ■

---

130. GIMENO FELIU, José María, "El recurso especial en la LCSP. ¿Adecuación a su finalidad?", *Documentación Administrativa*, núm. 274, 2006 (publicación en 2008).