

# LA INFLUENCIA DEL DERECHO COMUNITARIO EN LA INTERPRETACION DE LA LEY DE CONTRATOS DE LAS ADMINISTRACIONES PUBLICAS

Por

JOSÉ M.<sup>a</sup> BAÑO LEÓN  
Catedrático de Derecho Administrativo  
Facultad de Derecho de Valencia

*SUMARIO:* I. PLANTEAMIENTO.—II. LAS DIRECTIVAS COMUNITARIAS DE CONTRATACIÓN: DOS FORMAS DE EJECUCIÓN EN EL DERECHO INTERNO.—III. LA EXTENSIÓN DE LAS NORMAS COMUNITARIAS A ÁMBITOS NO SUJETOS A LAS DIRECTIVAS EUROPEAS DE CONTRATACIÓN.—IV. LA INTERPRETACIÓN CONFORME AL DERECHO COMUNITARIO DE LA LEY DE CONTRATOS DE LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS: 1. *El ámbito subjetivo de la LCAP:* A) La heterogeneidad de los conceptos «poder adjudicador» y ente público. B) Un concepto amplio de entidad de Derecho público conforme al Derecho comunitario: a) El carácter básico de la normativa estatal. b) La interpretación conforme al Derecho comunitario. c) La interpretación del artículo 2 LCAP: la noción de entidades de Derecho público no comprendidas en el artículo 1 LCAP. d) El impacto de la doctrina del Tribunal de Justicia sobre el ámbito subjetivo de la Ley 13/1995. e) La Ley 48/1998, de 30 de diciembre, que incorpora las Directivas 93/38/CEE y 92/13/CEE. 2. *La capacidad de los contratistas. La prohibición de adoptar la solvencia como criterio de resolución de los concursos.*—V. CONCLUSIONES.

## I. PLANTEAMIENTO

Es sencillo advertir que la Ley 13/1995, de Contratos de las Administraciones Públicas (LCAP), ha tenido su razón de ser en el Derecho comunitario, por más que hubiera otras razones para mejorar la Ley de Contratos del Estado. Sin embargo, no se ha notado tanto un hecho llamado a tener una influencia determinante en la interpretación de muchas instituciones de nuestra Ley: la presencia de las Directivas comunitarias es mucho más amplia que la exigida por el ámbito de aplicación de las Directivas. La Ley española ha incorporado para *todos los contratos* sujetos a su ámbito conceptos provenientes de las normas europeas. De modo que la interpretación que de esos conceptos haga el Tribunal de Justicia tendrá que ser *observada por los operadores internos, muy en particular por la Administración y los jueces*. De ahí el interés de analizar algunos de los conceptos europeos recibidos por la LCAP, así como de la doctrina ya establecida por la jurisprudencia comunitaria. Y, sobre todo, los profundos cambios que aquella doctrina introduce en la interpretación habitual de nuestra legislación de contratos.

## II. LAS DIRECTIVAS COMUNITARIAS DE CONTRATACIÓN: DOS FORMAS DE EJECUCIÓN EN EL DERECHO INTERNO

El propósito de las Directivas de contratación es bien conocido: lograr que los económicamente poderosos mercados públicos de obras, servicios y suministros se abrieran a la libre competencia de las empresas, de modo que se creara un verdadero mercado único. Por ello, las Directivas establecen un umbral objetivo cuantificando aquellos contratos que se considera pueden ser de interés comunitario.

Las notables diferencias entre las legislaciones de los países miembros aconsejaron a la Comunidad huir de un modelo preconcebido de contrato, limitándose exclusivamente a propiciar la apertura de los mercados de contratación, mediante la aplicación de normas comunes en materia de publicidad de las ofertas, procedimiento de selección de contratistas y, finalmente, garantías efectivas en la tutela judicial o administrativa de las empresas que se sintieran discriminadas o encontraran discriminatorias algunas de las condiciones de participación en los concursos.

Las dos características mencionadas (umbral de los contratos y renuncia a establecer un modelo de contrato comunitario) hicieron posible, no sin grandes resistencias, la progresiva ampliación de las Directivas comunitarias. No obstante, permitieron que cada país miembro conservara su forma peculiar de regular la contratación de las Administraciones públicas y modos muy diversos de integración de las Directivas en el Derecho interno.

Dos ejemplos casi antitéticos son los del Derecho español y alemán. El primero ha hecho suyas gran parte de las Directivas de contratación y, como consecuencia, las normas europeas se han incorporado a los procedimientos de adjudicación de todos los contratos administrativos, aunque no estén en el ámbito comunitario; Alemania, sin embargo, mantiene una estricta dualidad, de modo que las normas alemanas que incorporan las Directivas europeas sólo se aplican a los contratos sujetos al Derecho comunitario. Los demás contratos siguen rigiéndose materialmente por el Derecho privado. E incluso procesalmente, los contratos sujetos al Derecho comunitario ofrecen a los interesados la posibilidad de tutela judicial respecto de la publicidad o los criterios de selección o adjudicación, pero se mantiene la postura tradicional de no reconocimiento de derechos a los interesados en contratos que se rigen exclusivamente por el Derecho interno (1).

---

(1) H. THIEME y C. CORRELI, *Deutsches Vergaberecht zwischen Tradition und europäischer Integration*, «DVBL», núm. 13 (1999), págs. 884 y ss. Sobre la situación anterior a la

### III. LA EXTENSIÓN DE LAS NORMAS COMUNITARIAS A ÁMBITOS NO SUJETOS A LAS DIRECTIVAS EUROPEAS DE CONTRATACIÓN

Esta dicotomía en la forma de ejecutar el Derecho comunitario tiene un importante efecto en el grado de influencia de aquel ordenamiento sobre el interno. En aquellos países que han optado por un modelo de separación, el Derecho comunitario afecta exclusivamente a los contratos que caen en la órbita de las Directivas. El resto de contratos se rige por el Derecho interno, de modo que pueden seguir aplicándose normas jurídicas situadas en las antípodas de la legislación comunitaria. Sin embargo, en los países como España, que han integrado el Derecho comunitario en el seno mismo de la legislación administrativa, las reglas europeas y la interpretación que de ellas haga el Tribunal de Justicia afectan tanto a los contratos de relevancia comunitaria como a los puramente internos. Si al definir el ámbito subjetivo, o los requisitos de capacidad del contratista, o los criterios de resolución del concurso, nuestra Ley de Contratos recoge conceptos del Derecho comunitario, no pueden la Administración o el juez al aplicarla prescindir de su significado en ese ordenamiento. El principio de seguridad jurídica (art. 9.3 CE) aconseja sin duda que los conceptos jurídicos se interpreten unívocamente. Desde la perspectiva comunitaria no resulta en absoluto indiferente cuál sea la interpretación dada a las normas del Derecho comunitario, aunque afecte exclusivamente al Derecho interno. La Sentencia del Tribunal de Justicia de 16 de junio de 1998, *Hermes*, As. C-53/96 (Rec. I, 1998-6, págs. 3637 y ss.), declara a propósito de la interpretación del artículo 50.6 del Anexo 16 del Acuerdo, por el que se establece la Organización Mundial del Convenio, lo siguiente:

«Por otra parte, cuando una disposición puede aplicarse tanto a situaciones regidas por el Derecho nacional como a situaciones regidas por el Derecho comunitario, existe un interés comunitario manifiesto en que, con el fin de evitar futuras divergencias de interpretación, dicha disposición reciba una interpretación uniforme, cualesquiera que sean las condiciones en que tenga que aplicarse (véanse, en este sentido, las sentencias de 17 de julio de 1997, *Giloy*, C-130/95, Rec., pág. I-4291, apartado 28, y *Leur-Bloem*, C-28/95, Rec., pág. I-

---

reforma puede consultarse, en la bibliografía española, S. GONZÁLEZ-VARAS, *El Derecho Administrativo Privado*, Madrid, 1996, págs. 239-251; ¿Una tesis sustancialista del contrato administrativo?, «REVLA», núm. 279, págs. 64-65.

4161, apartado 34). En el presente asunto, tal como se señala en el apartado 28 *supra*, el artículo 50 del Acuerdo ADPIC se aplica tanto a las marcas comunitarias como a las marcas nacionales.»

De este modo, el TJCE culmina una línea evolutiva sobre el ámbito de la cuestión prejudicial de indudable relevancia interna ya que permite al juez nacional plantear cuestiones prejudiciales de interpretación del Derecho comunitario, aun cuando se trate de asuntos que caen puramente en la órbita del Derecho interno (2).

En la contratación pública como en otras materias, el legislador interno puede optar por una aplicación estricta de las Directivas comunitarias, de manera que en los ámbitos no afectados por el Derecho comunitario la legislación nacional seguirá su suerte incluso basándose en principios totalmente opuestos a los de aquel ordenamiento (caso alemán, como hemos comentado) o puede la legislación nacional inspirarse en principios semejantes tanto para los contratos de relevancia comunitaria como los puramente internos (caso español).

#### IV. LA INTERPRETACIÓN CONFORME AL DERECHO COMUNITARIO DE LA LEY DE CONTRATOS DE LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS

##### 1. *El ámbito subjetivo de la LCAP*

###### A) *La heterogeneidad de los conceptos «poder adjudicador» y ente público.*

No sin muchas resistencias, el legislador incorporó a nuestro Derecho las Directivas europeas, aunque no se limitó a una pura transcripción. Trató, además, de insertar las exigencias comunitarias en el seno del contrato administrativo, de modo que la penetración del Derecho comunitario en este punto es mucho más intensa que lo que requerían las Directivas de contratación. Al mismo tiempo, el método de transposición de las normas europeas exige una interpretación conforme al Derecho comunitario de conceptos tradicionales de nuestro Derecho público.

---

(2) Cfr. D. RUIZ-JARABO, «Líneas generales de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas en materia contencioso-administrativa», en E. ARNALDO ALCUBILLA y R. FERNÁNDEZ VALVERDE, *Jurisdicción contencioso-administrativa*, Madrid, 1998, págs. 224-230; M. CAMPOS SÁNCHEZ-BORDONA, *Reflexiones iniciales sobre algunos problemas que plantea el nuevo régimen de las medidas cautelares en la Ley de la Jurisdicción contencioso-administrativa de 1998*, en el núm. 149 de esta REVISTA (1999), págs. 116 y ss.

Esto último se pone de manifiesto en la transposición por la LCAP del concepto de poder adjudicador. Las Directivas, fieles a su objetivo de conseguir la transparencia del mercado de la contratación pública, huyen de conceptos formales. Para las Directivas, debe entenderse por organismo de Derecho público todo aquel que reúna estas dos condiciones:

a) Que ha sido creado para satisfacer específicamente necesidades de interés general, que no tenga carácter mercantil.

b) Cuya actividad esté mayoritariamente financiada por el Estado, los entes territoriales u otros organismos de Derecho público, o bien cuya gestión se haya sometido a un control por parte de estos últimos, o bien cuyo órgano de administración, de dirección o vigilancia esté compuesto por miembros de los cuales más de la mitad sean nombrados por el Estado, los entes territoriales u otros organismos de Derecho público.

Hay un manifiesto paralelismo entre estos criterios y los que utiliza el Derecho comunitario para definir una empresa pública. Se trata de nociones funcionales. Lo que importa al Derecho comunitario es si la actividad es o no empresarial (los poderes adjudicadores se reducen a los que realizan actividades de regulación) y si sobre ellos tiene una influencia determinante el Estado u otro poder adjudicador:

Para el Derecho comunitario, resulta una obviedad que cualquier forma jurídica que utilice el Estado u otro ente público es irrelevante si como consecuencia de su actividad y de su financiación y control efectivo cabe incluirlo dentro del concepto de poder adjudicador. En consecuencia, las piruetas jurídicas de la LCAP para excluir radicalmente a las sociedades de capital público, o el hecho de que expresamente no se incluyan en el ámbito de la Ley a otras formas jurídicas privadas cuando se utilizan por la Administración (fundaciones privadas constituidas por entes públicos), resulta indiferente para el Derecho comunitario. Las fundaciones privadas controladas o financiadas por entes públicos o por otras fundaciones públicas o las personas privadas dominadas por un ente público quedan sujetas a las Directivas comunitarias de contratación cuando hayan sido creadas para satisfacer actividades de interés general.

Podría decirse que, en este sentido, la LCAP infringiría las Directivas de contratación por omisión: al no prever expresamente que los entes en mano pública que cumplan los dos requisitos recogidos en el artículo 1.3 (influencia determinante de un ente público y ejercicio de actividades de interés general) queden sujetos a las normas de ca-

pacidad, selección del contratista, formas de adjudicación de las normas europeas cuando por razón del contrato y de la cuantía entran en el ámbito de las Directivas comunitarias (3).

Cabe, empero, otro planteamiento de la cuestión que abre nuevas perspectivas sobre el concepto de ente público de la legislación de contratos: interpretar el artículo 1.3 en el sentido de que engloba a todos los entes, cualquiera que sea su forma jurídica, que reúnan los dos requisitos conocidos, satisfacción de necesidades de interés general y control efectivo directo o indirecto de un ente público.

B) *Un concepto amplio de entidad de Derecho público conforme al Derecho comunitario.*

Desde la perspectiva de la Ley de Contratos, si una sociedad o fundación está controlada por un ente público y realiza actividades de interés general que no tienen carácter industrial o mercantil, indudablemente debe quedar sujeta al ámbito subjetivo de la Ley. Ninguna justificación institucional existe para que no se considere ente público a una sociedad mercantil o a una fundación que, en realidad, es una simple entidad instrumental del Estado o de otro ente público para realizar actividades de interés general (4). No resulta sencillo averiguar qué principio se opone a esta conclusión, que no cuestiona frontalmente la utilización por el Estado de formas jurídico-privadas para la realización de actividades de interés general (ésta es otra grave cuestión), sino que se limita a aplicar coherentemente el ordenamiento jurídico de la contratación pública. Si, en efecto, el artículo 1 de la Ley, sin estar obligado por el Derecho comunitario, ha querido anudar la aplicación de la Ley a un criterio funcional (actividades que satisfacen intereses generales y que no son de carácter mercantil o industrial) y no al simple dato formal de que sean entes públicos, es lógico que, so pena de llegar a la conclusión de la infracción por omisión del Derecho comunitario antes denunciada, se pos-

---

(3) Véase la jurisprudencia del TJCE relativa al Reino de España, en particular la S. de 17 de noviembre de 1993 (As. C-71/92), en la que se impugnaban diversos preceptos de la Ley y del Reglamento de Contratos del Estado.

(4) Me remito a mi trabajo «El proyecto de Ley de Contratos de las Administraciones Públicas», en *Anuario del Gobierno Local*, 1995, pág. 67, y a la bibliografía allí citada *apud* nota 5. Con posterioridad a esa fecha, entre otros trabajos, cfr. M. LÓPEZ-BENFITEZ, «La Ley de Contratos de las Administraciones públicas: su entronque desde el bloque de la constitucionalidad y su ámbito de aplicación», en F. CASTILLO (coord.), *Estudios sobre la contratación en las Administraciones Públicas*; J. M. GIMENO FELIÚ, *El control de la contratación pública*, Madrid, 1995; R. RIVERO ORTEGA, *Administraciones Públicas y Derecho Privado*, Madrid, 1998, págs. 134 y ss.; R. DE VICENTE DOMINGO, *Los entes instrumentales en las leyes de procedimiento y de contratos de las Administraciones públicas*, Madrid, 1996, págs. 45 y ss.

tule un concepto funcional de ente público, de modo que, a los efectos de la Ley de Contratos, se incluya en él a todas las formas jurídicas de personificación que utiliza un ente público, siempre que no tengan carácter empresarial *sensu strictu*, es decir, que no se trate de ofrecer al mercado productos o servicios en régimen de libre competencia.

Esta posición, por lo demás, puede rendir más frutos que el intento, a menudo fracasado, de establecer una ecuación perfecta entre la actividad (pública o privada) y la forma jurídica (ente público, ente privado). No cabe, desde luego, minusvalorar el intento de la LOFAGE, e incluso, apurando la interpretación, del artículo 2.2 de la Ley 30/1992, para reducir las formas societarias privadas a las actividades empresariales de los entes públicos (5). Pero una y otra vez las leyes y la experiencia práctica nos muestran que la Administración salta por encima de tan razonables límites. Basta citar la Ley 30/1994, de Fundaciones (6), que permite la constitución de fundaciones privadas por entes públicos, lo que supone una enorme paradoja: el mismo ente que debe velar por el fin fundacional (función del Protectorado) constituye una fundación, que constitucionalmente aparece como un derecho para constituir entes de interés general. En ese cajón de sastre sin fondo, es evidente que los entes públicos pueden realizar actividades de muy diverso género.

Otros ejemplos provienen del legislador estatal y autonómico que sigue creando organismos a los que excluye —no se sabe por qué razón— de la Ley de Contratos. En otras ocasiones la elusión de la contratación pública se acerca a las borrosas cumbres de la ingeniería financiera (7). Y así, utilizando entes públicos, empresas privadas y Cajas de Ahorro (cuya naturaleza es un arcano difícil de explorar, pero sobre las que los poderes públicos de cada Comunidad Autónoma ejercen una influencia irresistible), se constituyen empresas mercantiles privadas, aparentemente, para la realización de grandes proyectos de obras, que nada tienen que ver con las actividades empresariales o mercantiles en libre competencia. Si ésta es una realidad sobre la que la doctrina española se ha pronunciado tan enérgica como infructuosamente, una «huida» que parece imparable, tal vez

---

(5) Cfr. L. PAREJO ALFONSO, *Administración y eficacia. Tres estudios*, Madrid, 1995, págs. 70 y ss.; R. DE VICENTE DOMINGO, *op. cit.*, págs. 24 y ss.

(6) Cfr. J. L. PIÑAR MAÑAS, *Fundaciones constituidas por entidades públicas. Algunas cuestiones*, «REDA», 97 (1998), págs. 37 y ss., 48-49.

(7) Vid. J. M. GIMENO FELIÚ, *Poder adjudicador y contratación pública. La problemática de la legislación española*, comunicación al Congreso de la Asociación Hispano-Italiana de Profesores de Derecho Administrativo, celebrado en Bari/Lecce en octubre de 1998. Del mismo autor, *Una valoración crítica sobre el procedimiento y contenido de las últimas reformas legales en contratación pública*, en el núm. 144 esta REVISTA (1997).

sería mucho más práctico entrar derechamente en el concepto de ente público, armándose del bagaje comunitario, para llamar a las cosas por su nombre (8).

En resolución, por ente público a los efectos de la LCAP debe entenderse todo tipo de persona jurídica que reúna los dos requisitos del artículo 1.3: realización de actividades de interés general que no tengan carácter industrial o mercantil y posición dominante de un ente público en el control de sus órganos o en su financiación.

De este modo se cubre una amplia panoplia de entidades públicas que, bajo la veste de formas jurídicas públicas o privadas, realizan actividades no propiamente industriales o mercantiles en régimen de libre competencia. A los efectos de la Ley de Contratos quedarían en su órbita todos aquellos contratos de obra, servicios o suministros realizados por estas personas jurídicas. Se habría así incorporado al Derecho español de los contratos un concepto estrictamente funcional de ente público.

Esta interpretación tiene, por lo demás, un sólido anclaje en la propia LCAP. Aunque haya sido un hecho insuficientemente destacado entre nosotros, la Ley prescinde de la ecuación *ente público = contrato administrativo*, cuando en el artículo 2.º excluye con matices del ámbito subjetivo de la Ley a las entidades de Derecho público no comprendidas en el artículo 1.º, es decir, aquellas que realizan actividades mercantiles e industriales (9). La Ley considera, en armonía con las Directivas comunitarias, que en esos casos sólo se encuentran sujetos al régimen público de la contratación los contratos señalados en la letra a) (contratos de obras iguales o superiores a 836.621.683 ptas.; contratos de consultoría y asistencia y de servicios iguales o superiores a 33.464.867 ptas.) que, además, sean financiados principalmente por transferencias o aportaciones de capital provenientes directa o indirectamente de la Administración.

Pues bien: si el simple hecho de ser una entidad pública no es suficiente para aplicar la Ley de Contratos, sino que se atiende al doble

(8) En este sentido se pronunció tempranamente E. MALARET I GARCÍA, *Público y privado en la organización de los Juegos Olímpicos de Barcelona 1992*, Madrid, 1993, en particular págs. 99-112. Vid. también, incidiendo en la perspectiva del Derecho comunitario, J. M. GIMENO FELIÚ, *El control...*, ob. cit., págs. 124 y ss.; J. A. MORENO MOLINA, *Contratos públicos: Derecho comunitario y Derecho español*, Madrid, 1996, págs. 312 y ss.

(9) El artículo 2.º sólo puede referirse a entes públicos que no realicen actividades de interés general, sino únicamente empresariales o mercantiles, puesto que todo ente público por definición tiene que reunir la condición de estar financiado al menos por un autoridad pública. La intención del precepto puede haber sido excluir a las sociedades mercantiles públicas —cfr. E. GARCÍA DE ENTERRÍA, «Ámbito de aplicación de la Ley (arts. 1 y 9 inclusive)», en R. GÓMEZ-FERRER (Dir.), *Comentario a la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas*, Madrid, 1996, pág. 110—, pero esa interpretación pugna con la sentada por el Derecho comunitario, o, lo que es lo mismo, no puede ser admitida en nuestro ordenamiento. Vid. *supra*, pág. 15.



criterio de la Administración y de la índole no empresarial de la actividad, se concederá que el mismo criterio debe ser empleado en el supuesto contrario, cuando existe una sociedad o un ente sujeto al Derecho privado que reúne las dos condiciones reseñadas. En otro caso, la LCAP contravendría el Derecho comunitario por omisión, pues ningún precepto en el Derecho español ha incorporado la obligación de someter a las Directivas comunitarias los contratos realizados por entidades dependientes de una Administración pública cuando no ejercen actividades propiamente industriales o mercantiles.

Un último argumento puede esgrimirse para hacer valer una interpretación amplia del concepto de ente público del artículo 1.º de la LCAP. Dicho precepto tiene carácter básico conforme al artículo 149.1.18.ª CE y Disposición final primera de la LCAP. Sin embargo, no existe norma básica alguna que defina el concepto de entidad pública o de ente público; tampoco existe ningún principio o regla jurídica que circunscriba el concepto de ente público a los sometidos al Derecho público, como prueba la circunstancia de que muchas entidades llamadas de Derecho público se sometan al Derecho privado. Ciertamente, existen normas presupuestarias del Estado (Ley General Presupuestaria) y de las Comunidades Autónomas y normas orgánicas (LOFAGE y leyes de gobierno y de administración de las Comunidades Autónomas) que describen una tipología de entes públicos. Pero se concederá fácilmente que ni el Estado ni las Comunidades Autónomas pueden excluirse a su arbitrio de la LCAP, puesto que si así fuera la Ley dejaría de ser básica: el artículo 149.1.18.ª CE, que justifica la competencia estatal, quiere que exista un régimen jurídico básico o, lo que es lo mismo, uniforme (un mínimo común denominador, como tantas veces ha dicho el Tribunal Constitucional) de la contratación administrativa, y uno de sus pilares es cabalmente el ámbito subjetivo de la ley.

No obsta a la conclusión anterior la circunstancia de que el Estado mediante su legislación propia puede crear sociedades, fundaciones u otros entes sujetos al Derecho privado. Hay dos razones que se oponen a ello.

a) *El carácter básico de la normativa estatal.*

Si el Estado ha dictado una norma básica, no puede, sin modificarla, promulgar leyes contrarias al régimen jurídico uniforme que él mismo ha creado. Desde luego, el legislador estatal puede modificar la normativa básica, pero siempre con carácter general o justificar

en la misma normativa básica el trato diverso dispensado a una determinada Comunidad Autónoma (10). El Estado, sin embargo, no puede derogar para sí mismo cuantas veces quiera la legislación básica con el simple expediente de dictar una ley de contrario imperio, pues si se admitiera esa posibilidad perdería su razón la normativa básica, cuyo destino es garantizar un mínimo de uniformidad. Esto es especialmente visible en las bases amparadas en el artículo 149.1.18.<sup>a</sup>.

R. GÓMEZ-FERRER (11) notó certeramente que «las relaciones entre las leyes del Estado no pueden explicarse únicamente en virtud del principio de competencia o de jerarquía. Es preciso complementirlas con la idea de la función que cumple cada Ley en el sistema jurídico de acuerdo con la Constitución, que es la clave para dar razón de la superioridad de unas leyes sobre otras, en los supuestos en que ni uno ni otro principio permiten resolver cuál es la Ley que debe prevalecer cuando dos o más leyes inciden en la regulación de una misma materia».

Pues bien, parece claro que el Estado, al dictar normas uniformes para todas las Administraciones públicas *ex* artículo 149.1.18.<sup>a</sup>, queda vinculado por esas normas básicas y no puede legítimamente dictar leyes posteriores que deroguen singularmente la regla común, pues la «función constitucional» de aquella norma básica es garantizar un estatus uniforme.

Si bien se mira, tanto la propia legislación básica estatal como la jurisprudencia constitucional defienden, siquiera implícitamente, esta concepción.

En el ámbito local, la Exposición de Motivos de la Ley Reguladora de las Bases de Régimen Local subraya que la misma

«desarrolla la garantía constitucional de la autonomía local, función ordinamental que, al estarle reservada o, lo que es igual, vedada a cualesquiera otras normas, presta a su posición en el ordenamiento en su conjunto una vis específica, no obstante su condición formal de Ley ordinaria».

---

(10) El Tribunal Constitucional ha admitido que las normas básicas estatales no sean homogéneas para todas las Comunidades Autónomas cuando existen títulos competenciales específicos o previsiones peculiares del Estatuto de Autonomía; e incluso ha permitido una regulación *ad hoc* para la Comunidad Autónoma vasca basada en la Disposición adicional primera de la Constitución. Vid. STC 214/1989, sobre la LRBRL, a propósito de la organización comarcal catalana, o de las previsiones de la Disposición adicional segunda de esta última Ley.

(11) *Relaciones entre leyes: competencia, jerarquía y función constitucional*, en el núm. 113 de esta REVISTA (mayo-agosto 1987), pág. 23.

El Tribunal Constitucional (S. 214/1989) ha ratificado esta visión de la autonomía local, al decir que el fin de la LRBRL

«no es otro que el de concretar el alcance de la garantía constitucional de la autonomía local desde la perspectiva de las competencias locales. La ley se ajusta así, en principio, a la propia doctrina constitucional, según la cual, la garantía constitucional (de la autonomía local) es de carácter general y configuradora de un modelo de Estado, correspondiendo al Estado “la fijación de principios o criterios básicos en materia de organización y competencia” de las Entidades locales constitucionalmente necesarias».

En el ámbito urbanístico, el Tribunal Constitucional ha tenido ocasión de pronunciarse en varias ocasiones sobre la función constitucional de la legislación básica estatal. Y, así, el Tribunal ha declarado inconstitucionales preceptos de la legislación catalana, madrileña y canaria que permitían la suspensión de efectos de diversos actos urbanísticos adoptados por las Corporaciones locales, con simultánea impugnación ante los Tribunales Contencioso-Administrativos. La fundamentación de la inconstitucionalidad estriba en que tales controles no están previstos en los artículos 65 y 66 de la Ley Reguladora de las Bases de Régimen Local, pese a que el artículo 186 del entonces vigente Texto Refundido de la Ley del Suelo de 9 de abril de 1976 permitía a las autoridades autonómicas suspender los efectos de una licencia manifiestamente ilegal, y pese a que la jurisprudencia del Tribunal Supremo había venido considerando conforme con la autonomía local esa potestad de suspensión de las Comunidades Autónomas.

Es, pues, la especial función constitucional de la Ley de Bases de Régimen Local (lo mismo vale para la Ley de Haciendas Locales y otras normas básicas) la que justifica la subordinación a la misma de la legislación de las Comunidades Autónomas, y *también de la legislación sectorial del Estado*. Así lo expresa claramente el Tribunal Constitucional en el Fundamento Jurídico 3.º de la Sentencia 220/1988, de 24 de noviembre (doctrina reiterada en las Sentencias 259/1988 y 148/1991):

«La representación de la Generalidad señala, en efecto, que, en todo caso, las normas relativas a la Administración Local tendrían que ceder frente a las más específicas que regulan el urbanismo, ya que la Ley catalana se

dictó en ejercicio de la competencia exclusiva que tiene la Generalidad sobre ordenación del territorio y del litoral, urbanismo y vivienda (art. 9.9 EAC). Pues bien, aunque es cierto que este Tribunal ha señalado como criterio general que prevalece el título competencial más específico sobre el más genérico (STC 71/1982), también lo es que a este criterio no se puede atribuir un valor absoluto. En el caso ahora examinado la Ley de Bases de 1985 persigue asegurar un determinado modelo de autonomía local en ejercicio de las competencias que atribuye al Estado el artículo 149.1.18 de la Constitución, y uno de los elementos fundamentales de ese modelo es la exclusión de la potestad gubernativa de suspender los acuerdos de las Corporaciones Locales. *La legislación que en el uso de sus competencias dicten las Comunidades Autónomas sobre urbanismo u otros ordenamientos sectoriales debe respetar esa exclusión.* De otro modo no se garantizaría el nivel mínimo de autonomía local establecido por el legislador estatal, pues las diversas legislaciones sectoriales autonómicas podrían imponer controles que, en la práctica, llegasen a desfigurar el citado modelo e incluso a vaciarlo de contenido.»

Dicha garantía básica afecta también al Estado. Como señaló la STC 213/1988, Fundamento Jurídico 2.º, y reproducen las SSTC 914/1989 y 11/1999:

«... ejercitada por el legislador estatal la opción política a favor de una regulación claramente favorable a la autonomía en materia de suspensión de Acuerdos, la norma correspondiente ha de calificarse de básica, también en sentido material por cuanto tiende a asegurar un nivel mínimo de autonomía a todas las Corporaciones locales en todo el territorio nacional, sea cual sea la comunidad autónoma en que estén localizadas, lo que resulta plenamente congruente con la garantía institucional del artículo 137 de la Constitución, *garantía que opera tanto frente al Estado como frente a los poderes autonómicos*».

De lo expuesto puede deducirse la siguiente conclusión: ni las leyes autonómicas ni las del Estado a título singular pueden contrave-

nir las normas básicas estatales, sin perjuicio de la *potestas variandi* del Estado respecto de sus normas básicas (12). Así pues, el juez que se enfrente ante una norma estatal posterior que no tiene carácter básico contradictoria de una norma básica del Estado no puede aplicar esta última sin vulnerar la Constitución. El juez que se encuentre ante este conflicto debe plantear cuestión de inconstitucionalidad sobre la ley posterior salvo que sea posible conciliar la interpretación de ambas leyes: en ese caso debe prevalecer la norma básica anterior, pues se trata de un conflicto de interpretación entre leyes que corresponde dilucidar al juez ordinario y no propiamente al juez constitucional (13).

De vuelta a los contratos administrativos, no parece difícilmente sostenible una conclusión distinta a la anterior. Ni el Estado ni las Comunidades Autónomas pueden ignorar la legislación básica estatal que define el ámbito subjetivo de la Ley de Contratos. El Estado ha definido lo que haya de entenderse por contratos administrativos a la luz de las dos notas orgánica y funcional contempladas en las Directivas europeas. El concepto de ente de Derecho público no puede sustraerse de esos dos rasgos característicos, y el hecho de que el Estado o una Comunidad Autónoma actúen bajo el ropaje de una sociedad mercantil o de una fundación no se opone a que, a los efectos de la contratación, se consideren entes públicos si son dominados efectivamente por una Administración pública u otro ente de ella dependiente si su actividad no es mercantil o industrial.

No creemos que nadie dude de la inconstitucionalidad de una ley autonómica que excluyera a un ente público de la Ley de Contratos en contradicción con los artículos 1 y 2 de la misma. Está bien establecido en nuestra doctrina (14) el desplazamiento de la ley autonó-

---

(12) F. LÓPEZ RAMÓN —*Reflexiones sobre el ámbito de aplicación de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas*, en el núm. 130 de esta REVISTA (1993), pág. 112— señala «que las bases del régimen jurídico de las Administraciones públicas formalizadas por el Estado vinculan también a éste, es decir, a las leyes posteriores del Estado, salvo que se proceda a modificar las bases de carácter general». Vid. igualmente, respecto del artículo 2.2 de la Ley 30/1992, R. DE VICENTE DOMINGO, *Los entes instrumentales en las leyes de procedimiento y de contratos de las Administraciones públicas*, Madrid, 1996, págs. 49 y ss.

(13) En muchas ocasiones, la primacía de la ley básica estatal sobre la ley estatal posterior puede asegurarse por vía interpretativa sin necesidad de plantear cuestión de inconstitucionalidad. Sólo cuando el operador jurídico llegue a la convicción de que la ley estatal posterior es incompatible con la ley básica, es decir, cuando tenga efecto derogatorio, el conflicto deberá resolverse mediante el planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad. Pero si cabe la interpretación armónica de ambas normas bastará con que se respete el contenido básico de la ley. Sobre el efecto derogatorio, cfr. por todos L. M.<sup>11</sup> Díez-Picazo. *La derogación de las leyes*, Madrid, 1990.

(14) Cfr. R. GÓMEZ-FERRER, *ob. cit.*, partidario de que el juez pueda desplazar la norma autonómica contraria a la ley básica. G. FERNÁNDEZ-FARRERES, «Colisiones normativas y primacía del Derecho estatal», en S. MARTÍN-RETORTILLO (coord.), *Estudios sobre la Cons-*

mica con fundamento en el principio de prevalencia de la ley estatal (art. 149.3 CE).

Tampoco hay razón jurídica alguna que autorice al Estado a desconocer mediante una ley su normativa básica anterior exceptuándola para un caso concreto. En esa circunstancia no es operativo el principio de prevalencia; se trata de un conflicto entre dos normas estatales. Pero sí debe aplicarse el principio de autovinculación del Estado a su normativa básica, pues cuando las bases establecen un estatus jurídico uniforme, el Estado carece de competencia para ignorar lo que es obligado para todos los legisladores autonómicos o estatal. Este plusvalor de la ley básica estatal frente a normas posteriores se transforma en una prevalencia de la norma básica en caso de conflicto frente a la norma estatal posterior. No juega en tal situación ni la regla de la derogación de la ley posterior ni el principio de especialidad, aplicación de la ley especial ante la general. Sencillamente y con fundamento en el principio de lealtad constitucional y en el propio carácter de la norma básica, la ley estatal posterior es inconstitucional. Piénsese, por lo demás, que si se aceptara que el Estado puede derogar a título singular su legislación básica habría que admitir o bien que el Estado no necesita título competencial para actuar (por ejemplo, en materia de contratos, el Estado tiene competencia para dictar «la legislación básica sobre contratos y concesiones administrativas» de modo que sólo pueden tener legitimación constitucional aquellas normas estatales que tienen carácter básico), o concluir que la norma posterior suprime el carácter básico de la ley estatal anterior. Estas dos consecuencias parecen inaceptables constitucionalmente. La primera, porque desconoce que el Estado para legislar necesita un título competencial (15) que lo legitime

---

*titución española. Homenaje al profesor Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA*, vol. I, Madrid, 1991, pág. 537 y ss., 565-566, matiza la tesis de R. GÓMEZ-FERRER, en el sentido de admitir la prevalencia de la norma estatal sin necesidad de plantear cuestión de inconstitucionalidad sobre la ley autonómica, cuando la ley básica sea posterior, «ya que puede considerarse derogada la ley autonómica». Por su parte, J. GARCÍA-TORRES, «La cláusula de prevalencia y el Poder judicial», en *Estudios sobre la Constitución...*, ob. cit., vol. I, pág. 569 y ss., en especial 576-577, observa que ni la Constitución ni la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional prohíben que «Jueces y Tribunales puedan hacer uso de normas pertenecientes al bloque de la constitucionalidad, [de lo que se sigue] que los Jueces y Tribunales pueden inaplicar la ley autonómica que está en conflicto con cualquier norma estatal, incluso las pertenecientes al bloque de constitucionalidad...». Más adelante, sin embargo, el mismo autor parece excluir de la cláusula de prevalencia a los Estatutos de Autonomía.

(15) La jurisprudencia constitucional sobre la cláusula de supletoriedad del Derecho estatal rechaza que el Estado puede legislar sin título competencial (Ss. 118/1996, *Ley de Ordenación del Transporte Terrestre*, y 611/1997, sobre la *Ley urbanística*), jurisprudencia muy sólida, como destaca tempranamente J. LEGUINA VILJA, *El principio de competencia y la supletoriedad del Derecho estatal*, «Cuadernos de Derecho Público», núm. 2 (1997), págs. 9 y ss. En el mismo sentido me he pronunciado en mi trabajo *La nueva Ley del Suelo y la Sentencia del Tribunal Constitucional de 20 de marzo de 1997*, «Documentación Administrativa», núms. 252-253 (1999), pág. 156. Cfr. también I. LASAGABASTER HERRARTE, *La inter-*

(art. 149 CE); la segunda, porque si es exigible al Estado la obligación de establecer expresamente el carácter básico de las normas que promulga (Ss. del TC 385/1993, de 23 de diciembre, y 68/1998, de 19 de abril), no pueden admitirse derogaciones tácitas de la normativa básica que pondrían en grave aprieto el principio de seguridad jurídica que el Tribunal ha tratado de preservar.

b) *La interpretación conforme al Derecho comunitario.*

La segunda razón que apoya un criterio funcional de ente público reside en el Derecho comunitario. Una interpretación estrictamente formal del concepto de ente público del artículo 1.3 LCAP sería contraria al Derecho comunitario, pues las Directivas europeas, como se ha visto, no tienen en cuenta el simple dato de la forma jurídica del ente, sino el carácter de su actividad y la dependencia o independencia efectiva respecto de una Administración pública o un ente dependiente de la misma.

Propugnar una interpretación conforme al Derecho comunitario del concepto de ente de Derecho público del artículo 1.3 LCAP permite disciplinar adecuadamente la sujeción de la preparación y adjudicación de muchos contratos a las normas de la legislación pública con independencia del sometimiento de la persona jurídica al Derecho público o al privado.

c) *La interpretación del artículo 2 LCAP: la noción de entidades de Derecho público no comprendidas en el artículo 1 LCAP.*

De acuerdo con la hermenéutica postulada respecto del concepto de «entidad de Derecho público» del artículo 1 LCAP, resulta fácil la interpretación del artículo 2 de la Ley. Prescribe el precepto que «las entidades de Derecho público no comprendidas en el ámbito defini-

---

*pretación del principio de supletoriedad y su adecuación a los principios constitucionales rectores del Estado de las Autonomías*, «REDC», núm. 55 (1999), pág. 43; I. BORRAJO INIESTA, «La supletoriedad del Derecho estatal», en *Actas de las IV Jornadas de la Asociación de Letrados del Tribunal Constitucional*, Madrid, 1999, págs. 11 y ss. En todo caso, la última de las Sentencias citadas ha merecido diversas críticas de un cualificado sector doctrinal. Vid., a título de ejemplo, desde perspectivas diferentes, E. GARCÍA DE ENTERRÍA, *Una reflexión sobre la supletoriedad del Derecho del Estado respecto del de las Comunidades Autónomas*, «REDA», núm. 95 (1997), págs. 407 y ss.; A. BETANCOR RODRÍGUEZ, «La cláusula constitucional de supletoriedad: creación y aplicación del Derecho estatal supletorio en defecto del Derecho autonómico. Una propuesta reinterpretativa alejada de la servidumbre decimonónica de nuestro Código Civil y de la consideración como cláusula atributiva de competencias a favor del Estado», en L. PAREJO ALFONSO (coord.), *El urbanismo, hoy*, Madrid, 1997, págs. 167 y ss.

do en el artículo anterior quedarán sujetas a las prescripciones de esta ley relativas a la capacidad de las empresas, publicidad, procedimiento de licitación y formas de adjudicación» respecto de los contratos en los que concurren los requisitos previstos en dicho artículo.

La interpretación que se sostiene es que estas entidades son las que realizan actividades mercantiles o industriales en régimen de libre competencia. Como ha dicho G. FERNÁNDEZ FARRERES, el concepto amplio de organismo de Derecho público «excluye únicamente a las empresas públicas en forma societaria o no que realicen una actividad mercantil en el sentido de dación y transformación de bienes al mercado» (16). Formalmente, la Ley parece que quisiera referirse a las entidades de Derecho público y no a las entidades de Derecho privado en mano pública. Pero ya hemos observado antes que esta interpretación implicaría una contradicción con el Derecho comunitario al excluir a todas las sociedades y demás personas jurídicas por el simple hecho de no recibir el calificativo de públicas, sin atender a los dos criterios funcionales que maneja el Derecho comunitario.

En consecuencia, tanto las entidades formalmente públicas que realicen actividades mercantiles o industriales como las privadas quedan sujetas al artículo 2.º de la LCAP en virtud de las Directivas comunitarias que este precepto reproduce sintéticamente.

Por lo demás, la Disposición adicional sexta de la Ley, que excluye a las sociedades públicas de la Ley de Contratos, sólo puede referirse en buena hermenéutica a las sociedades que realicen actividades empresariales y no a las que se ocupen total o parcialmente de necesidades de interés general, por las mismas razones que se han expuesto al analizar el artículo 2.º LCAP.

d) *El impacto de la doctrina del Tribunal de Justicia sobre el ámbito subjetivo de la Ley 13/1995.*

La interpretación que el Tribunal de Justicia ha consolidado sobre las Directivas de contratación tiene en nuestro Derecho un doble efecto. La doctrina del Tribunal vincula a nuestras autoridades y jueces en la aplicación de las normas transpuestas al Derecho español. Esta es una consecuencia obligada para todos los ordenamientos de los Estados miembros. Junto a este efecto, en el Derecho español aparece otro poco destacado: los contratos administrativos puramente internos también quedan afectados por la interpretación co-

---

(16) «Ambito subjetivo y objetivo de aplicación de la LCAP», en B. PENDAS GARCÍA (coord.), *Derecho de los contratos públicos*, Barcelona, 1995, pág. 232.



munitaria como consecuencia del peculiar modo de transposición de las Directivas por la LCAP. Conforme al citado artículo 1.3 LCAP, «deberán asimismo ajustar su actividad contractual a la presente ley las entidades de Derecho público» que reúnan los dos requisitos ya notados (satisfacción de necesidades de interés general y dependencia efectiva de una Administración u otra entidad de Derecho público).

Luego toda interpretación del TJUE sobre el concepto de «necesidad de interés general» o de «entidad de Derecho público» automáticamente influye en nuestro Ordenamiento más allá de su aplicación a los contratos sujetos a las Directivas comunitarias.

Comenzando por el concepto mismo de «entidad de Derecho público», el Tribunal de Justicia, como ya antes adelantamos, se ha pronunciado inequívocamente por un concepto funcional. Es advertible en esta jurisprudencia un paralelismo con la doctrina elaborada sobre las empresas públicas a propósito de las ayudas o subvenciones públicas. De la misma manera que el Tribunal huyó de etiquetas formales, consagrándose a verificar si desde la perspectiva de sus funciones la entidad subvencionada era una empresa que competía en el mercado, al analizar el ámbito subjetivo de la aplicación de las Directivas de contratos, el Tribunal prescinde de las formas jurídicas para escudriñar el fondo de las actividades que realiza una determinada entidad.

Ya en la Sentencia de 20 de septiembre 1988, *Beentjes*, el Tribunal notó que el concepto de Estado en la Directiva 71/355 «debe recibir una interpretación funcional». El fin de la Directiva, tendente a la efectiva realización de la libertad de establecimientos y de la libre prestación de servicios —decía el Tribunal—, se vería comprometido si se excluyeran los contratos de entidades creadas por un Estado por no hallarse formalmente integradas en la Administración estatal.

En las conclusiones del Abogado General Philippe Léger en el asunto *Mannesmann Anlagbau* (Rec. I, 1998-1, pág. 89), a propósito de la Directiva *Contratos públicos de obra*, podemos leer: «La Directiva delimita su ámbito de aplicación *ratione personae* en función no sólo de las entidades tradicionalmente calificadas como personas de Derecho público, sino también de las *entidades públicas o privadas* que persiguen un objetivo de interés general que no sea industrial o mercantil, calificadas como “organismos de Derecho público”.»

Este aserto es aplicable a todas las Directivas de contratación pues su finalidad es permitir la apertura de los mercados públicos de contratación. En consecuencia, el concepto funcional juega en una doble dirección. Toda entidad, cualquiera que sea su forma jurídica,

que realice actividades de interés general y dependa financiera u orgánicamente de una entidad pública es un ente de Derecho público a efectos de la contratación. Y, en sentido contrario, toda empresa, aunque sea una entidad pública, que realice exclusivamente actividades mercantiles o industriales en el mercado no puede considerarse un ente público a efectos de las Directivas comunitarias (17). Por si alguna duda hubiera, la Sentencia de 17 de diciembre de 1998 (*Comisión contra Irlanda*, As. C-356/96, Rec. I, 1998-12) ha sentado claramente el principio de la indiferencia de la forma jurídica. En este caso, la Comisión denunció por incumplimiento a Irlanda por no haber publicado en el «DOCE» un contrato de suministro de fertilizantes de la empresa pública *Coillte Teorante*. El Abogado General concluyó en contra del recurso por considerar que no existía una influencia determinante del Estado a la hora de adjudicar los contratos públicos de suministros. Sin embargo, el Tribunal estimó el recurso y declaró el incumplimiento de Irlanda pues, aunque se tratase de una empresa pública, se ocupaba de una actividad de interés general (el Servicio de Bosques) y el Ministro podría eventualmente darle instrucciones.

Es importante advertir en esta Sentencia que el Tribunal no concede ningún valor al hecho de que, en el Anexo de la Directiva, Irlanda designe como poderes adjudicadores a «las demás autoridades públicas» (18). Recordando la Sentencia *BFI Holding*, el Tribunal mantiene el concepto funcional de empresa y extiende el ámbito de la Directiva a todas las entidades sobre las que el Estado puede influir, aunque sea de manera indirecta:

«si bien es cierto que ninguna disposición prevé expresamente que el control estatal se extiende específicamente a la celebración de los contratos públicos de suministro por parte del Servicio de Bosques, el Estado puede ejercer dicho control al menos de manera indirecta».

En la citada Sentencia *Mannesmann Anlagbau*, el Tribunal de Justicia se ha enfrentado con otra cuestión: si la condición de entidad

---

(17) Vid. STJ de 15 de enero de 1998, *Mannesmann Anlagbau*, cit., pág. 118: «una empresa que ejerce actividades mercantiles y en la que un poder adjudicador posee la mayoría de participaciones no debe ser considerada un organismo de Derecho público con arreglo a la letra b) del artículo 1 de la Directiva 93/37».

(18) Esta cuestión había sido ya destacada en nuestra doctrina. Atinadamente, E. MALARET, *ob. cit.*, págs. 111-112, dice: «Los Estados miembros no pueden libremente configurar la lista de organismos de derecho público que reúnen los criterios enumerados en la Directiva 89/44/CEE.» Esta interpretación ha sido generalizada por el Tribunal de Justicia.

pública queda anulada por el hecho de que el organismo realice otro tipo de actividades mercantiles. El Tribunal contesta negativamente, refiriéndose al organismo austríaco dedicado a imprenta oficial:

«... hay que destacar que de las disposiciones del apartado 1 del artículo 1 y del apartado 1 del artículo 2 de la StDrG resulta que la ÖS fue creada con la finalidad específica de satisfacer estas necesidades de interés general. A este respecto, es indiferente que, además de cumplir dicha función, dicha entidad pueda desempeñar otras actividades, como la producción de otro material impreso, así como la edición y la distribución de libros. El hecho de que la satisfacción de necesidades de interés general sólo constituya una parte relativamente poco importante de las actividades realmente emprendidas por la ÖS, como señaló el Gobierno austríaco en sus observaciones escritas, tampoco es pertinente, puesto que la mencionada entidad sigue encargándose de las necesidades que está específicamente obligada a satisfacer».

En consecuencia, esa interpretación se traslada automáticamente al Derecho español, de modo que no podría sostenerse que la LCAP excluye a los organismos públicos que realizando actividades de interés general ejerzan otras de carácter mercantil (19).

Un paso más en el desarrollo del concepto funcional de organismo público da la importante Sentencia de 10 de noviembre de 1998, *BFI Holding* (As. C-360/96, Rec. I, 1998-11), que se ocupa del término «necesidades de interés general».

A propósito de una sociedad anónima holandesa constituida por varios municipios para la recogida y tratamiento de basuras se suscitó en dicho asunto si un contrato de recogida de residuos debía quedar sujeto a la Directiva 92/50/CEE, sobre contratos públicos de servicios. Subraya el Tribunal de Justicia que la Directiva distingue entre necesidades de interés general que no tienen carácter industrial o

---

(19) Nuestra doctrina se ha preocupado de interpretar el artículo 1.3 ofreciendo reflexiones notables. Sin embargo, la evolución de la jurisprudencia comunitaria es tan intensa que algunas dudas han sido ya despejadas, como recogen las sentencias citadas en el texto. Cfr. M. LÓPEZ BENÍTEZ, «La Ley de Contratos de las Administraciones Públicas: su entronque con el bloque de la constitucionalidad y su ámbito de aplicación», en F. A. CASTELLÓ (coord.), *Estudios sobre la contratación en las Administraciones Públicas*, Granada, 1996, págs. 33 y ss.; E. GARCÍA DE ENTERRÍA, «Ámbito de aplicación...», *ob. cit.*, págs. 109-110; M. FUERTES, *Personificaciones públicas y contratos administrativos. La última doctrina del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas*, «REVLA», núm. 279 (1999), págs. 25 y ss.

mercantil y necesidades de interés general que tienen ese carácter. De ahí se desprenden dos conclusiones. Puede haber necesidades de interés general que sean de naturaleza mercantil y pueden eventualmente ser satisfechas por empresas privadas sin que ello excluya al organismo de su sujeción a las Directivas europeas. La existencia de competencia en un mercado —dice el Tribunal— «puede ser un indicio de que no se trata de una necesidad de interés general», pero en el caso concreto rechaza que la existencia de competencia invalide el carácter público del organismo. En palabras del Tribunal:

«En el caso de autos, es indiscutible que la recogida y el tratamiento de basuras domésticas pueden considerarse como una necesidad de interés general. Dado que el grado de satisfacción de esta necesidad que se estime necesario por razones de salud pública y protección del medio ambiente quizás no se consiga si los operadores económicos privados ofrecen, total o parcialmente, a los particulares servicios de recogida, esta actividad pertenece a aquellas respecto de las cuales un Estado puede decidir que deben ser realizadas por autoridades públicas o sobre las que dicho Estado quiere conservar una influencia determinante.»

A la vista de esta jurisprudencia podemos columbrar la relevancia del Derecho comunitario de los contratos para la interpretación de la Ley de Contratos, incluso en aquellos ámbitos que están excluidos del ámbito de aplicación de las Directivas europeas. Como el ámbito subjetivo de la LCAP se ha construido con los mimbres del Derecho comunitario, resulta insostenible mantener que la LCAP cuando se refiere a entidades de Derecho público emplea un concepto formal, y no funcional, como quiere el Derecho comunitario, o defender que el concepto de actividades de interés general es incompatible con las empresas públicas en forma societaria. Todas las disquisiciones sobre la huida del Derecho administrativo para eludir la contratación pública resultan en gran parte inútiles, pues, como creemos haber demostrado, el Derecho español ha hecho suyo en el ámbito de la contratación un concepto funcional de ente público que prescinde absolutamente del dato formal de la persona jurídica (organismo público *sensu strictu*, sociedad mercantil, fundación, consorcio) para examinar la encarnadura de la entidad, si sus actividades son de interés general o puramente mercantiles, si depende directa o indirectamente de una Administración pública o, por el contrario, son meramente empresas como las del sector privado.

Este efecto, posiblemente no deseado por el legislador español, o al menos no deliberadamente pretendido, debe valorarse muy positivamente en mi criterio. Institucionalmente, la causa de las Directivas europeas no es muy diferente de la que motivó la aparición de la legislación de contratos administrativos (20). Las Directivas han nacido contra el proteccionismo nacional a fin de abrir el mercado público de la contratación a todas las empresas europeas, favoreciendo la libertad de concurrencia y eliminando los obstáculos que impiden el conocimiento y transparencia del proceso. La legislación de contratos ha perseguido siempre —otra cosa es que lo haya logrado— favorecer la mejor oferta para el interés público. Ya lo decía Bravo Murillo en la Exposición que precede al Real Decreto de 27 de febrero de 1852: «Autorizado competentemente por VM, previo acuerdo del Consejo de Ministros, presentó el de Hacienda a las Cortes en 29 de diciembre de 1850, un proyecto de ley de contratos sobre servicios públicos, con el fin de establecer ciertas trabas saludables, evitando los abusos fáciles de cometer en una materia de peligrosos estímulos y de garantizar a la Administración contra los tiros de la maledicencia...»

No hay mayor profilaxis para la maledicencia que aplicar a aquellas entidades privadas en mano pública, cuando realizan actividades de interés general, las garantías de la selección del contratista y de la preparación del contrato público. Y ese tratamiento viene impuesto, además, por el Derecho comunitario: no podrían la Administración ni los Tribunales españoles interpretar que en los contratos ajenos al Derecho comunitario, pero sujetos a la LCAP, el concepto de necesidades de interés general es distinto al que maneja el Derecho comunitario y, en consecuencia, cualquier contrato materialmente administrativo suscrito por una sociedad anónima pública de características similares a las que fueron analizadas en las Sentencias comunitarias citadas quedaría sujeto a las normas de selección y adjudicación previstas en la Ley 13/1995. La remisión que la Disposición adicional sexta LCAP hace a los principios de publicidad y libre

---

(20) Aunque nada tenga que ver la figura del contrato administrativo con las Directivas europeas de contratación, sin embargo, sí existe la misma lógica en la fase preparatoria del contrato: en la selección y adjudicación. Otra cuestión distinta es que la técnica de la Ley española en la transposición del Derecho comunitario haya sido la más idónea. Desde luego, aunque aparentemente se introduzca confusión, una interpretación conforme al Derecho comunitario de la LCAP, como este trabajo trata de demostrar, puede ser un magnífico freno a la huida de los controles públicos en materia de selección del contratista y de los criterios de adjudicación del contrato. En este sentido, la superioridad del criterio funcional sobre el criterio formal es evidente porque, por mucho que se apure este último (cfr., por ejemplo, la propuesta de R. RIVERO ORTEGA, *Administraciones públicas y Derecho privado*, cit., pág. 276), siempre puede el Estado, la Comunidad Autónoma o el ente local echar mano de personificaciones privadas (sociedades y fundaciones).

conurrencia para las sociedades mercantiles públicas queda por debajo del estándar comunitario y, en consecuencia, no puede prevalecer frente al artículo 1.3 y al artículo 2 LCAP, que hacen suyo el concepto comunitario de entidad pública.

Naturalmente, la interpretación que deba darse a los preceptos de la LCAP irá evolucionando conforme lo vaya haciendo el Derecho comunitario, cuyo conocimiento se torna virtualmente imprescindible para analizar un número no pequeño de las instituciones de la Ley española.

- e) *La Ley 48/1998, de 30 de diciembre, que incorpora las Directivas 93/38/CEE y 92/13/CEE.*

Las consideraciones que se han hecho anteriormente sobre el ámbito subjetivo de la Ley de Contratos tienen que complementarse con la Ley 48/1998, que incorpora a nuestro Derecho el contenido de las Directivas reguladoras de los antiguamente denominados «sectores excluidos» (21). Lo primero que hay que notar es que esta Ley, paradójicamente, sustrae de la contratación pública (LCAP) a las entidades de Derecho público y a las empresas públicas que actúan en los sectores del agua, energía, transportes y telecomunicaciones, conforme a los criterios de delimitación positiva y negativa establecidos en los artículos 3.º y 4.º. Si un contrato de una entidad pública está sujeto al ámbito objetivo de esta Ley, queda excluido de la Ley de Contratos y sólo se le aplican las normas específicas de publicidad y competencia previstas en la Ley 48/1998, que es trasunto de las Directivas arriba reseñadas.

Una vez más, el peculiar modo de incorporación del Derecho comunitario trastoca los principios de la contratación pública. En este caso, las entidades de Derecho público, independientemente de su sujeción al Derecho administrativo o al Derecho privado, no se someterán a la Ley 13/1995 cuando adjudiquen los contratos incluidos en el artículo 5 de la Ley 48/1998.

Contrariamente al efecto expansivo que la transposición de las Directivas de obras, servicios y suministros ha producido en la legislación pública de contratos, al ampliar, según nos consta, el ámbito subjetivo tradicional, en el caso de la incorporación de las Directivas 93/38 y 92/13, el efecto ha sido justamente el contrario: muchas entidades públicas tradicionalmente sujetas al Derecho público quedan

---

(21) Cfr. V. LÓPEZ-IBOR (Dir.), *La contratación pública en los llamados sectores excluidos*, Madrid, 1997.

excluidas de la contratación administrativa, independientemente de la naturaleza de sus actividades, para quedar únicamente sometidas a las reglas más laxas de publicidad y libre concurrencia y, sobre todo, de adjudicación del contrato previstas en el artículo 10 y en el Título IV de la Ley 48/1998.

Al mismo tiempo que se obliga a empresas privadas por virtud de lo dispuesto en las Directivas a aplicar los principios de publicidad, libre concurrencia y no discriminación, queda santificada para todas las entidades y sociedades en mano pública que actúan en estos sectores su definitiva separación del Derecho administrativo. No obstante, el legislador español, en vez de optar por la atribución íntegra a la jurisdicción civil de estos contratos, ha preferido entregar a la jurisdicción contencioso-administrativa el control de las reglas de publicidad, selección, adjudicación del contrato y, eventualmente, de las indemnizaciones correspondientes por infracción de dichas normas, incluso cuando se trata de sociedades estrictamente privadas. La Ley 48/1998 ha consagrado la doctrina de los actos separables no sólo para los contratos de las entidades públicas que por virtud de esta Ley se convierten en contratos privados, sino que la ha extendido a los contratos celebrados por entidades privadas, llevando al ámbito del Derecho administrativo, o al menos del Derecho procesal administrativo, el procedimiento de selección del contratista y adjudicación de contratos privados celebrados por personas privadas y que nada tienen que ver con la actividad típica de las Administraciones públicas ni actúan necesariamente como sus agentes o mandatarios (así, las empresas eléctricas o de telecomunicaciones que actúan en un mercado reglamentado pero sujeto a la libre competencia).

Una vez más aparece el carácter netamente instrumental de las normas públicas e incluso del proceso contencioso-administrativo, cuyo ámbito se extiende con el simple expediente de establecer una suerte de recurso de alzada impropio frente a decisiones estrictamente privadas.

Desde el punto de vista puramente interno, la Ley no ha dudado en calificar su contenido como básico, al amparo del artículo 149.1.18.ª CE, «en lo que se refiere al régimen de contratación de los organismos y entidades incluidos en la Ley 13/1995, de 18 de mayo, de Contratos de las Administraciones Públicas». Lo cual, en mi criterio, corrobora la opinión que aquí se ha sustentado sobre el ámbito subjetivo de la contratación administrativa y la vinculación de todas las Administraciones públicas, incluidas las del Estado, a las normas básicas.

La Ley 48/1998 ha establecido unas normas de carácter básico, comunes a todas las Administraciones públicas, que habilitan a to-

das ellas a excluir de las reglas comunes de la contratación administrativa determinados tipos de contratos que de otra forma se subsumirían en el ámbito de aplicación de la LCAP. El Estado, en ejercicio de su competencia básica sobre contratación administrativa, ha precisado, en definitiva, el ámbito de la contratación estableciendo un régimen especial para las entidades y empresas públicas que operan en los sectores del agua, la energía, los transportes y las telecomunicaciones. De este modo se ha flexibilizado notablemente el régimen de contratación de estas entidades, pero se pone al tiempo de relieve que todas las entidades y empresas públicas que no actúan en dichos ámbitos quedan sujetas al artículo 2 LCAP y, consecuentemente, será inconstitucional cualquier ley estatal o autonómica que en los restantes sectores del mercado contradiga la normativa básica estatal.

2. *La capacidad de los contratistas. La prohibición de adoptar la solvencia como criterio de resolución de los concursos*

El Derecho comunitario influye en otros muchos conceptos de la legislación española de contratos. Un aspecto de gran repercusión práctica es la caracterización jurídica de la solvencia y de la experiencia del contratista. En el Derecho español era pacíficamente admitido que ambos conceptos servían simultáneamente para determinar la capacidad del contratista y como criterio de adjudicación del contrato (22). Esta dualidad, sin embargo, ha desaparecido, a mi juicio, de la Ley 13/1995, por mor del Derecho comunitario, aunque trascendiendo el ámbito de los contratos de relevancia europea.

La LCAP recoge, en efecto, el concepto de las Directivas europeas sobre la solvencia de las empresas. El artículo 15 dice que «podrán contratar con la Administración las personas naturales o jurídicas, españolas o extranjeras, que tengan plena capacidad de obras y acrediten su solvencia económica, financiera y técnica o profesional, requisito este último que será sustituido por la correspondiente clasificación en los casos en que con arreglo a esta Ley sea exigible». Y el artículo 16, a tenor de las mismas Directivas europeas, señala los medios de acreditación de la solvencia. Por su parte, el artículo 19 prescribe que

---

(22) Vid. L. MORELL OCAÑA, «Requisitos de los contratos. Capacidad y solvencia de las empresas (arts. 10 a 23 de la Ley)», en R. GÓMEZ-FERRER (Dir.), *Comentario...*, ob. cit., pág. 156, quien afirma respecto del requisito de solvencia tanto financiera como técnica: «Es, por una parte, un requisito de capacidad: su posesión le permite participar en la licitación de un contrato. Pero, por otra parte, la mayor o menor aptitud financiera, la propia experiencia económica adquirida por el desenvolvimiento anterior de otros contratos, viene a constituir un mérito de cara a la adjudicación del contrato por el que esté optando, frente a otros empresarios licitantes.»



«la solvencia técnica o profesional de las empresas deberá apreciarse teniendo en cuenta sus conocimientos técnicos, eficacia, experiencia y fiabilidad...». La misma Ley, sin embargo, cuando establece los criterios objetivos para la adjudicación del concurso, no recoge la experiencia o la solvencia, transcribiendo prácticamente lo que a este respecto recogen las Directivas comunitarias. Dice el artículo 87.1:

«En los pliegos de cláusulas administrativas particulares del concurso se establecerán los criterios objetivos que han de servir de base para la adjudicación, tales como el precio, la fórmula de revisión, en su caso, el plazo de ejecución o entrega, el coste de utilización, la calidad, la rentabilidad, el valor técnico, las características estéticas o funcionales, la posibilidad de repuestos, el mantenimiento, la asistencia técnica, el servicio postventa u otros semejantes, de conformidad a los cuales el órgano de contratación acordará aquella.»

Pues bien: resulta claro que, del mismo modo que el Derecho comunitario, el artículo 87.1 LCAP no consiente incluir entre los criterios de adjudicación la solvencia o la experiencia, como venía siendo tradicional, y aún recogen muchos pliegos de cláusulas administrativas. La razón no deriva sólo ni principalmente del hecho de que el artículo 87, al hablar de criterios objetivos análogos, impida considerar a la solvencia o a la experiencia, que son exclusivamente requisitos de capacidad; el Derecho comunitario tiene resuelta esta cuestión, pues el Tribunal de Justicia ha dejado claramente establecido que es contraria al Derecho comunitario una interpretación que permita que la experiencia o la solvencia se utilicen como criterio de adjudicación. Así lo dice la conocidísima Sentencia *Beentjes*, de 20 de septiembre de 1988, As. 31/87. Conviene recordar que en dicho asunto el órgano de contratación excluyó la oferta de *Beentjes*, a pesar de ser la más ventajosa económicamente, al considerar, entre otros motivos, que la empresa carecía de suficiente experiencia específica. Planteada cuestión prejudicial, el TJCE dijo:

1.º En la Directiva 71/305 (contratos públicos de obra) la verificación de la aptitud de los licitadores y la adjudicación del contrato se rigen por normas diferentes, aunque la Directiva permite que ambas operaciones sean simultáneas.

2.º «Los poderes adjudicadores sólo pueden verificar la aptitud de los contratistas por criterios fundados en su capacidad económica, financiera y técnica.»

3.º En los criterios de adjudicación del contrato, la Directiva prevé que se basen o bien únicamente en el precio más bajo o en criterios como el precio, el plazo de ejecución, el costo de utilización, la rentabilidad, el valor técnico. «Si bien esta segunda alternativa deja a los poderes adjudicadores la elección de los criterios de *adjudicación... tal elección sólo puede recaer sobre criterios dirigidos a identificar la oferta más ventajosa económicamente.*»

Este criterio interpretativo es plenamente aplicable a nuestra entera legislación de contratos, como han reconocido certeramente algunos informes de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa (23). Si la LCAP distingue por influjo directo de las Directivas entre la solvencia y experiencia para contratar y los criterios de adjudicación, no puede recogerse en los pliegos de cláusulas administrativas la experiencia o la solvencia como criterios de adjudicación del contrato, pues estos últimos no son criterios predicables de la oferta (art. 87), sino de la aptitud de las empresas.

## V. CONCLUSIONES

Podrían utilizarse otros muchos ejemplos de la penetración del Derecho comunitario en nuestra legislación de contratos mucho más allá del ámbito de las Directivas (el concepto de baja temeraria, por ejemplo, o las exigencias de las Directivas 89/665/CEE y 92/13/CEE en torno a la indemnización por violación de las reglas de publicidad y concurrencia), pero los expuestos sirven para notar que no es factible mantener una interpretación de los preceptos del Derecho interno contradictoria con la que maneja el Tribunal Constitucional.

El peculiar método seguido por el legislador español, incorporando a la legislación de contratos administrativos incluso la definición comunitaria del ámbito subjetivo de la contratación, ha producido una transformación muy profunda de los sujetos y de los contratos que se rigen por las normas administrativas.

Por una parte, se ha ampliado notablemente el concepto de entidad de Derecho público, que abarca a todo tipo de personas jurídicas en forma pública o privada siempre que atiendan necesidades de interés general y dependan de un ente público.

---

(23) Vid. Informes 13/1998, de 30 de junio de 1998, y 29/1998, de 11 de noviembre de 1998, que, tras advertir que las conclusiones son aplicables a todos los contratos administrativos e invocar la Sentencia del TJCE *Beentjes*, concluyen que, conforme a la Ley de Contratos española, «la experiencia puede figurar como medio justificativo de la capacidad y solvencia técnica del empresario *pero no puede utilizarse como criterio de adjudicación del concurso*».

Por otra, el ámbito de aplicación de la Ley de Contratos se reduce, pues las entidades públicas, cualquiera que sea su naturaleza, que actúan en los sectores del transporte, la electricidad o las telecomunicaciones quedan sujetas tan sólo a los controles contenidos en las Directivas comunitarias sobre los llamados «sectores excluidos», más relajados que los tradicionales del sector público.

En nuestro ordenamiento jurídico, la influencia del Derecho comunitario de la contratación pública está llamada a tener un mayor peso que en los países que se han limitado a incorporar las Directivas únicamente para los contratos definidos en las mismas, manteniendo un régimen de separación entre los contratos afectados por las Directivas y los que siguen rigiéndose exclusivamente por el Derecho interno.

La jurisprudencia del Tribunal de Justicia ha establecido el interés comunitario en que cualquier concepto proveniente del Derecho comunitario se interprete por los operadores internos, y particularmente por el juez, de conformidad con los principios de aquel Derecho, aun cuando se aplique a un asunto puramente de Derecho interno. Incluso en caso de duda sobre la interpretación de una norma de origen comunitario, el juez español deberá plantear cuestión prejudicial. De este modo queda asegurada la unidad del ordenamiento comunitario, incluso cuando se trata de contratos administrativos que no tienen relevancia comunitaria.

El juez español de la contratación administrativa tendrá que aplicar cada vez con más frecuencia el Derecho comunitario a contratos que no pueden subsumirse en el ámbito de las Directivas europeas, a los que, sin embargo, son de aplicación conceptos jurídicos de origen comunitario.

