



MINISTERIO
DE JUSTICIA

ABOGACÍA GENERAL DEL ESTADO - DIRECCIÓN DEL SERVICIO JURÍDICO DEL ESTADO

ABOGADO GENERAL DEL ESTADO

SUMARIO

INSTRUCCIÓN Nº 1/2008, DE 5 DE FEBRERO, SOBRE CONTRATACIÓN DE LAS FUNDACIONES DEL SECTOR PÚBLICO ESTATAL, SOCIEDADES MERCANTILES DEL ESTADO Y ENTIDADES PÚBLICAS EMPRESARIALES DEPENDIENTES DE LA ADMINISTRACIÓN GENERAL DEL ESTADO

	Página
I - INTRODUCCIÓN. CONCEPTOS PREVIOS	
A) ELEMENTO SUBJETIVO DE LA RELACIÓN CONTRACTUAL	2
1) Entes, organismos y entidades que ostentan la condición de poderes adjudicadores	3
2) Entes, organismos y entidades que no ostentan la condición de poderes adjudicadores	4
3) Aplicación de los criterios de distinción entre entidades que ostentan la condición de poderes adjudicadores y entidades que no la ostentan a las sociedades mercantiles del Estado, fundaciones del sector público estatal y entidades públicas empresariales dependientes de la Administración General del Estado	7
– Sociedades mercantiles del Estado	7
– Fundaciones del sector público estatal	8
– Entidades públicas empresariales vinculadas o dependientes de la Administración General del Estado	10
B) ELEMENTO OBJETIVO DE LA RELACIÓN CONTRACTUAL	11
1) Contratos que en ningún caso tienen la consideración de contratos sujetos a regulación armonizada	12
2) Contratos relativamente sujetos a regulación armonizada	12
C) SUPUESTOS QUE RESULTAN DE LA CONJUNCIÓN DE LOS ELEMENTOS SUBJETIVO Y OBJETIVO DE LA RELACIÓN CONTRACTUAL	13
1) Fundaciones del sector público estatal (ostentan en todo caso la condición de poderes adjudicadores)	13
2) Sociedades mercantiles del Estado y entidades públicas empresariales vinculadas o dependientes de la Administración del Estado que tengan la consideración de poderes adjudicadores	13
3) Sociedades mercantiles del Estado y entidades públicas empresariales vinculadas o dependientes de la Administración del Estado que no tengan la condición de poderes adjudicadores	13

II	- RÉGIMEN DE CONTRATACIÓN APLICABLE A LAS FUNDACIONES DEL SECTOR PÚBLICO ESTATAL. RÉGIMEN DE CONTRATACIÓN APLICABLE A LAS SOCIEDADES MERCANTILES DEL ESTADO Y A LAS ENTIDADES PÚBLICAS EMPRESARIALES VINCULADAS O DEPENDIENTES DE LA ADMINISTRACIÓN GENERAL DEL ESTADO QUE TENGAN LA CONDICIÓN DE PODERES ADJUDICADORES	14
A)	CONTRATOS SUJETOS A REGULACIÓN ARMONIZADA	15
	1.- Requisitos relativos al órgano de contratación	15
	1.1.- Órganos de contratación. Capacidad para contratar	15
	1.2.- Perfil del contratante	16
	2.- Condiciones de aptitud del contratista	16
	2.1.- Capacidad de obrar	17
	2.2.- Prohibiciones de contratar	17
	2.3.- Condiciones de solvencia y clasificación	18
	2.4.- Eficacia de las certificaciones emitidas por el Registro Oficial de Licitadores y Empresas Clasificadas del Estado	18
	2.5.- Acreditación del cumplimiento de las normas de garantía de la calidad y de las normas de gestión medioambiental	19
	3.- Elementos reales	19
	3.1.- Objeto del contrato	19
	3.2.- Precio	20
	3.3.- Plazo de duración y prórrogas	20
	4.- Elementos formales	20
	4.1.- Prohibición de contratación verbal	20
	4.2.- Justificación de la necesidad e idoneidad del contrato en la documentación preparatoria	21
	4.3.- Mesa de contratación	21
	4.4.- Expediente de contratación	21
	a) Pliegos reguladores del contrato	21
	b) Tramitación urgente	25
	4.5.- Procedimientos de adjudicación	25
	4.6.- Perfección	26
	4.7.- Formalización	26
	4.8.- Obligación de remitir información o datos de los contratos celebrados	27
	5- Contenido del contrato	28
	5.1.- Contenido mínimo del contrato y libertad de pactos	28
	5.2.- Garantías	29
	5.3.- Prerrogativas	30
	5.4.- Pago del precio	31



	5.5.- Revisión de precios	32
	5.6.- Penalidades por demora y ejecución defectuosa	33
	5.7.- Cesión del contrato y subcontratación	33
	5.8.- Causas de resolución	34
B)	CONTRATOS NO SUJETOS A REGULACIÓN ARMONIZADA	36
	1.- Elementos subjetivos	37
	1.1.- Órganos de contratación. Capacidad para contratar	37
	1.2. Condiciones de aptitud del contratista	37
	2. Elementos formales	37
	2.1.- Procedimientos de adjudicación	37
	2.2.- Perfección	42
	2.3.- Elaboración de pliegos	43
	3. Contenido del contrato	43
III -	RÉGIMEN DE CONTRATACIÓN APLICABLE A LAS SOCIEDADES MERCANTILES DEL ESTADO Y A LAS ENTIDADES PÚBLICAS EMPRESARIALES VINCULADAS O DEPENDIENTES DE LA ADMINISTRACIÓN GENERAL DEL ESTADO QUE NO TENGAN LA CONDICIÓN DE PODERES ADJUDICADORES	44
IV -	IMPUGNACIÓN DE LA ACTIVIDAD CONTRACTUAL DE LAS FUNDACIONES ESTATALES. IMPUGNACIÓN DE LA ACTIVIDAD CONTRACTUAL DE LAS SOCIEDADES MERCANTILES DEL ESTADO Y DE LAS ENTIDADES PÚBLICAS EMPRESARIALES QUE OSTENTEN LA CONDICIÓN DE PODERES ADJUDICADORES	46
A)	CONTRATOS SUJETOS A REGULACIÓN ARMONIZADA	47
	A.1.- Impugnación de los actos de preparación y de adjudicación provisional	47
	A.2.- Impugnación en relación con los efectos, cumplimiento y extinción de los contratos	50
B)	CONTRATOS NO SUJETOS A REGULACIÓN ARMONIZADA	51
V -	IMPUGNACIÓN DE LA ACTIVIDAD CONTRACTUAL DE LAS SOCIEDADES MERCANTILES DEL ESTADO Y DE LAS ENTIDADES PÚBLICAS EMPRESARIALES DEPENDIENTES DE LA ADMINISTRACIÓN DEL ESTADO QUE NO OSTENTEN LA CONDICIÓN DE PODERES ADJUDICADORES	52



MINISTERIO
DE JUSTICIA

ABOGACÍA GENERAL DEL ESTADO -DIRECCIÓN DEL SERVICIO JURÍDICO DEL ESTADO

ABOGADO GENERAL DEL ESTADO

INSTRUCCIÓN Nº 1/2008, DE 5 DE FEBRERO, SOBRE CONTRATACIÓN DE LAS FUNDACIONES DEL SECTOR PÚBLICO ESTATAL, SOCIEDADES MERCANTILES DEL ESTADO Y ENTIDADES PÚBLICAS EMPRESARIALES DEPENDIENTES DE LA ADMINISTRACIÓN GENERAL DEL ESTADO

I - INTRODUCCIÓN. CONCEPTOS PREVIOS

La determinación del concreto régimen jurídico al que han de sujeción su actividad contractual las fundaciones del sector público estatal, las sociedades mercantiles del Estado y las entidades públicas empresariales vinculadas o dependientes de la Administración General del Estado exige tomar en consideración dos factores o elementos: 1) El que puede calificarse como elemento subjetivo de la relación contractual y que atiende al dato de si las mencionadas entidades ostentan o no la condición de poderes adjudicadores según el concepto que de los mismos establece la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público (LCSP); y 2) El que puede calificarse como elemento objetivo de la relación contractual de que se trate en cada caso y que atiende al dato de si el contrato que se pretende concertar tiene o no la condición de contrato sujeto a regulación armonizada de acuerdo con el concepto que de esta figura se indicará más adelante.

Procede, en consecuencia, examinar separadamente cada uno de estos dos elementos (epígrafes A y B de este apartado I) para, posteriormente, indicar los distintos supuestos que resultan de la conjunción de ambos elementos o factores (epígrafe C de este apartado I).

A) ELEMENTO SUBJETIVO DE LA RELACIÓN CONTRACTUAL

La LCSP delimita el ámbito de aplicación subjetivo de la misma por referencia a un concepto genérico, cual es el de sector público, concepto que solamente define (artículo 3, apartado 1) por enumeración de los entes, organismos y entidades que lo integran, de muy diversa tipología o configuración jurídica, ya que en él quedan incluidos tanto entidades con personificación jurídico-pública (Administraciones Públicas territoriales y entidades públicas comprendidas en la denominada Administración Institucional) como entidades con personificación jurídico-privada (sociedades mercantiles y fundaciones).

En sí mismo considerado, el concepto de sector público carece propiamente de relevancia para determinar cuál sea el concreto régimen jurídico al que debe someter su actividad contractual la entidad u organismo que se considere, ya que dicho concepto constituye solamente la base o el soporte sobre el que se asientan los tres grupos o categorías de entes, organismos y entidades que resultan relevantes para determinar el concreto régimen de contratación que deba seguirse: 1) Administraciones Públicas; 2) Poderes adjudicadores que no ostentan la condición de Administraciones Públicas, y 3) Entes, organismos y entidades que no tienen la consideración de poderes adjudicadores. Así resulta del artículo 3, apartados 2 y 3, en relación con los artículos 122, 173 y 176 de la LCSP.

Partiendo de la anterior tripartición y como quiera que la presente Instrucción tiene por objeto determinar no sólo el régimen jurídico aplicable a las sociedades mercantiles del Estado y fundaciones del sector público estatal, sino también el régimen jurídico aplicable a la actividad contractual de las entidades públicas empresariales dependientes o vinculadas a la Administración del Estado, resulta necesario hacer una precisión concerniente a estas últimas entidades. Si bien las entidades públicas empresariales, reguladas junto con los Organismos autónomos en el Título III (artículos 41, 42, 43 y 53 a 60) de la Ley 6/1997, de 14 de abril, de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado, ostentan indudablemente la condición de Administraciones Públicas, esta caracterización desaparece en la LCSP y a los exclusivos efectos de la misma. Así, el artículo 3, apartado 2, de la LCSP, tras enumerar los entes, organismos y

entidades del sector público que tienen la condición de Administraciones Públicas, dispone en su último párrafo que "no obstante, no tendrán la consideración de Administraciones Públicas las entidades públicas empresariales estatales y los organismos asimilados dependientes de las Comunidades Autónomas y Entidades Locales".

Hecha la anterior precisión y descartada, por tanto, la configuración de las entidades públicas empresariales como Administraciones Públicas –a los efectos de la LCSP–, dos son los grupos o categorías que han de considerarse para precisar el régimen jurídico aplicable a la actividad contractual de las entidades objeto de la presente Instrucción: **1) Entes, organismos y entidades que ostentan la condición de poderes adjudicadores; y 2) Entes, organismos y entidades que no ostentan la condición de poderes adjudicadores.**

1) Entes, organismos y entidades que ostentan la condición de poderes adjudicadores

El concepto de este primer grupo o categoría aparece precisado en el artículo 3, apartado 3, de la LCSP. A la vista de este precepto, dicho concepto resulta de la conjunción de los siguientes requisitos:

a) Ha de tratarse de entes, organismos o entidades –es indiferente su forma de personificación jurídica y, por tanto, carece de trascendencia que se trate de personificación jurídico-pública o de personificación jurídico-privada– que hayan sido creados específicamente para satisfacer necesidades de interés general que no tengan carácter mercantil o industrial.

b) Ha de cumplirse, al menos, una de las tres siguientes exigencias: 1) Que una o varias Administraciones Públicas o uno o varios poderes adjudicadores financien mayoritariamente su actividad; 2) Que una o varias Administraciones Públicas o uno o varios poderes adjudicadores controlen su gestión; y 3) Que una o varias Administraciones Públicas o uno o varios poderes adjudicadores nombren a más de la mitad de los miembros del órgano de administración, dirección o vigilancia.

A los poderes adjudicadores definidos en los términos que acaban de indicarse –entes, organismos o entidades que cumplan el requisito consignado en la letra a) y que cumplan, al menos, uno de los tres requisitos consignados en la letra b)– han de añadirse, por expresa determinación del artículo 3, apartado 3, letra c) de la LCSP, ostentando, por ende, la condición de poder adjudicador, las asociaciones constituidas bien por las entidades que ostentan la condición de Administraciones Públicas y que enumera el artículo 3, apartado 2, de la LCSP, bien por las entidades que, conforme a lo dicho, ostentan la condición de poderes adjudicadores.

2) Entes, organismos y entidades que no ostentan la condición de poderes adjudicadores

El concepto de este segundo grupo o categoría no aparece establecido en la LCSP, pese a que a él se refiera expresamente como destinatario de un específico régimen de contratación el artículo 176 de dicho texto legal. En realidad, el concepto de este segundo grupo o categoría resulta por contraposición del concepto de poderes adjudicadores y, más concretamente, por contraposición del requisito consignado en la letra a) del apartado 1 anterior: si este requisito consiste en que el ente, organismo o entidad haya sido creado específicamente para satisfacer necesidades de interés general que no tengan carácter industrial o mercantil, se estará en presencia de un ente, organismo o entidad que no tendrá la condición de poder adjudicador cuando el mismo haya sido creado para satisfacer necesidades que tengan carácter mercantil o industrial. La contraposición de la que resulta el concepto de ente, organismo o entidad que no ostenta la condición de poder adjudicador lo es, como se ha indicado, respecto del requisito consignado en la letra a) del apartado 1 anterior, sin que pueda serlo respecto de los requisitos de la letra b) de dicho apartado, y ello en razón de que si no se cumpliese ninguno de dichos requisitos se estaría en presencia de una entidad no comprendida en el sector público y a la que, por tanto, no le sería aplicable la LCSP.

Fijados así el concepto de ente, organismo y entidad que tiene la condición de poder adjudicador y el concepto de ente, organismo y entidad que no tiene la

consideración de poder adjudicador, la distinción entre uno y otro se reconduce, como fácilmente se comprende, a la distinción entre la finalidad mercantil (o industrial) y la finalidad no mercantil (o no industrial) para la que haya sido creado el ente, organismo o entidad.

En este punto, y puesto que los conceptos que sanciona la LCSP están tomados del Derecho Comunitario, debe traerse a colación la doctrina seguida por el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (TJCE) a propósito de la distinción entre entidades que satisfacen fines (de interés general) no mercantiles o industriales y aquéllos que se ordenan a la satisfacción de necesidades (de interés general) que tienen carácter mercantil o industrial.

La doctrina mantenida por el TJCE (entre otras, sentencias *Adolf Truley* de 27 de febrero de 2003, C-373/00; *Feria de Milán* de 10 de mayo de 2001, asuntos acumulados C-233/99 y C-260/99; *Gemeente Arnhem* de 10 de noviembre de 1998, C-360/96; *Korhonen* de 22 de mayo de 2003, C-18/01; *Irish Forestry Board* de 17 de diciembre de 1998, C-353/96; *SIEPSA* de 16 de octubre de 2003, C-283/00; *Sociedades Anónimas de Vivienda de Alquiler Moderado* de 1 de febrero de 2001, C-237/99; *BFI Holding* de 10 de noviembre de 1998, C-360/96; *Universale Bau* de 12 de diciembre de 2002, C-470/99) se caracteriza por utilizar, de manera no uniforme, distintos criterios, resolviendo cada caso en función de sus particulares circunstancias, sin que exista una construcción acabada de cada una de esas dos categorías o conceptos, proporcionando tan sólo pautas de orientación. Como tales pautas o criterios pueden señalarse los siguientes:

– Consideración del objeto de la entidad y organismo: la vinculación del objeto a potestades públicas (en alguna sentencia se habla de vinculación al orden público) y, como consecuencia de ello, la inexistencia de un mercado para los bienes o servicios que proporciona la entidad orientan su calificación hacia una actividad de interés general no mercantil o industrial. Por otra parte, y en lógica relación con la consideración del objeto de la entidad u organismo, habrán de tenerse en cuenta también las razones y circunstancias que el poder público apreció para la creación de la propia entidad u organismo.

– Existencia de una competencia desarrollada: la circunstancia de que el organismo o entidad de que se trate actúe en una situación de competencia en el mercado que pueda considerarse normal constituye un indicio de que se trata de una entidad que persigue una finalidad de carácter mercantil o industrial.

– Existencia de mecanismos para compensar pérdidas: la existencia de mecanismos para compensar pérdidas económicas (ordinariamente, transferencias presupuestarias por parte de Administraciones Públicas) en que pudiera incurrir la entidad, de forma que ésta no soporte el riesgo de sus actividades o que, aun soportándolo, el poder público que la creó procedería, llegado el caso, a recapitalizarla, evitando situaciones concursales, permite apreciar que no se está en presencia de una actividad de carácter mercantil o industrial.

– Sistema de fijación de precios: la fijación de los precios de los bienes que produzca o de los servicios que preste la entidad que se considere con arreglo exclusivamente a las leyes de la oferta y la demanda orienta la calificación hacia el carácter mercantil o industrial; por el contrario, la fijación de los precios de los bienes o servicios por órganos del poder público inclina a la negación del carácter mercantil o industrial.

La diversidad de criterios que toma en consideración la jurisprudencia del TJCE y, especialmente, la circunstancia de que no todos ellos han sido aplicados conjuntamente en cada uno de los casos enjuiciados por dicho Tribunal, aconseja que, atendiendo principalmente al objeto de la entidad u organismo que en cada caso se considere, se proceda a una ponderación del conjunto de dichos criterios.

Para concluir este extremo, debe indicarse que ha merecido particular atención del TJCE el supuesto de un mismo organismo o entidad que simultáneamente realice actividades que deban calificarse como estrictamente públicas y actividades netamente mercantiles (sentencia Mannesmann de 15 de enero de 1998, C-44/96). En relación con este supuesto, el repetido órgano judicial ha entendido que esa duplicidad de actividades no exime de la observancia de las normas contenidas en las Directivas sobre contratos públicos cuya aplicación se extiende, por tanto, no sólo a los contratos relacionados con las actividades públicas, sino también a los relacionados con las actividades de



carácter privado o mercantil, y ello aun cuando estas últimas actividades sean económicamente preponderantes.

3) Aplicación de los criterios de distinción entre entidades que ostentan la condición de poderes adjudicadores y entidades que no la ostentan a las sociedades mercantiles del Estado, fundaciones del sector público estatal y entidades públicas empresariales dependientes de la Administración General del Estado

Establecida, en los términos que se han indicado, la distinción entre entes, organismos y entidades que tienen la consideración de poderes adjudicadores y aquellos otros que no ostentan esta condición, procede ya determinar la ubicación o encuadramiento de las sociedades mercantiles del Estado, de las fundaciones del sector público estatal y de las entidades públicas empresariales vinculadas o dependientes de la Administración General del Estado en dichas categorías.

– Sociedades mercantiles del Estado

Conceptuando el artículo 3, apartado 1, letra d), de la LCSP a las sociedades mercantiles del sector público como "las sociedades mercantiles en cuyo capital social la participación, directa o indirecta, de las entidades mencionadas en las letras a) a f) del presente apartado es superior al 50 por ciento", el concepto de sociedad mercantil del Estado o sociedad mercantil del sector público estatal no tiene otra matización que la de ser las entidades partícipes en el capital social (entidades enumeradas en las letras a) a f) del artículo 3, apartado 1, de la LCSP) entidades del ámbito de la Administración General del Estado, es decir, entidades vinculadas o dependientes de la aludida Administración.

Las circunstancias de que estas entidades tengan personificación jurídico-privada de sociedad mercantil y de que, más concretamente, sean en la generalidad de los casos sociedades anónimas no permiten afirmar que han sido creadas para satisfacer fines de carácter industrial o mercantil y que, por tanto, nunca sean poderes adjudicadores. Aunque el artículo 3, inciso inicial, del Texto

Refundido de la Ley de Sociedades Anónimas aprobado por Real Decreto Legislativo 1564/1989, de 22 de diciembre, atribuye a la sociedad anónima carácter mercantil cualquiera que sea su objeto, debe tenerse presente que una cosa es que la sociedad anónima sea mercantil, es decir, comerciante por razón de su forma o tipo societario, y esto es lo que significa dicho precepto legal, y otra distinta que su objeto sea mercantil (el hecho de que la sociedad anónima sea, por razón de su forma, mercantil no significa que siempre y necesariamente su objeto sea una actividad mercantil o industrial), siendo así que lo que toma en consideración la Directiva 2004/18/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de marzo de 2004 y, por tanto, la LCSP es el objeto (fin de la sociedad) para establecer un régimen jurídico en materia contractual diferente según que su objeto (fin) sea o no mercantil (o industrial). La propia realidad así lo confirma, pudiendo citarse a este respecto el caso de la Sociedad Estatal de Equipamientos e Infraestructuras Penitenciarias: estando constituida como sociedad anónima, no puede entenderse, sin embargo, que su objeto –planificación y creación de centros penitenciarios, genéricamente dicho– sea mercantil ni, por tanto, que haya sido creada para una finalidad mercantil; así lo confirmó la antes citada sentencia del TJCE de 16 de octubre de 2003, C-283/00.

En consecuencia, debe concluirse que no puede establecerse una igualdad absoluta entre sociedad mercantil estatal y entidad que no sea poder adjudicador, en términos tales que toda sociedad mercantil estatal en ningún supuesto sea un poder adjudicador; habrá de examinarse caso por caso, atendiendo principalmente al objeto de la sociedad tal y como aparezca delimitado en la norma de creación, en su caso, y en los estatutos.

– Fundaciones del sector público estatal

El artículo 3, apartado 1, letra f), de la LCSP alude, como entidades integrantes del sector público, a “las fundaciones que se constituyan con una aportación mayoritaria, directa o indirecta, de una o varias entidades integradas en el sector público, o cuyo patrimonio fundacional, con un carácter de permanencia, esté formado en más de un 50 por ciento por bienes o derechos aportados o cedidos por las referidas entidades”. Partiendo de este concepto, la

figura de la fundación estatal o fundación del sector público estatal no presenta otra matización que la de pertenecer las entidades que efectúan la aportación fundacional al sector público estatal.

A diferencia de lo que acontece con las sociedades mercantiles del Estado, respecto de las cuales es necesario, según lo dicho, examinar caso por caso ante la posibilidad de que, por no tener por fin actividades mercantiles o industriales, algunas de ellas deban reputarse poderes adjudicadores, tratándose de fundaciones del sector público estatal ha de entenderse que todas ellas ostentan la condición de poderes adjudicadores, al no poderse constituir para fines mercantiles o industriales. En efecto, con directo fundamento en lo dispuesto en el artículo 34.1 de la Constitución ("Se reconoce el derecho de fundación para fines de interés general con arreglo a la ley"), el artículo 2 de la Ley 50/2002, de 26 de diciembre, de Fundaciones preceptúa que "son fundaciones las organizaciones constituidas sin fin de lucro que, por voluntad de sus creadores, tienen afectado de modo duradero su patrimonio a la realización de fines de interés general". Esta caracterización de los fines de las fundaciones como fines de interés general excluye la posibilidad de que el objeto de aquéllas tenga carácter mercantil o industrial, como lo viene a confirmar la enumeración de los fines de las fundaciones que *ad exemplum* efectúa el artículo 3 de dicho texto legal, sin que este criterio quede desvirtuado por la posibilidad de que las fundaciones realicen actividades económicas, ya que éstas no pasan de ser actividades complementarias o accesorias de sus fines (que no tienen carácter mercantil o industrial) como precisa el artículo 24 de la Ley 50/2002, situándose dichas actividades económicas en un plano secundario. A lo anterior debe añadirse que en el caso de fundaciones del sector público estatal la consecución de fines de interés general (lo que excluye la caracterización mercantil o industrial) queda, si cabe, más reforzada, desde el momento en que el artículo 46.1.b) de la citada Ley 50/2002 dispone, en relación con dichas fundaciones, que únicamente podrán realizar actividades relacionadas con el ámbito competencial de las entidades fundadoras, por lo que si el ámbito competencial de éstas queda siempre comprendido en la satisfacción de fines públicos o de interés general, los fines de las fundaciones del sector público estatal habrán de ser necesariamente fines de interés general o públicos.

Debe, pues, entenderse que, como se ha dicho, las fundaciones del sector público estatal ostentan siempre la condición de poderes adjudicadores.

- Entidades públicas empresariales vinculadas o dependientes de la Administración General del Estado

Constituyendo las entidades públicas empresariales junto con los Organismos autónomos la categoría de Organismos públicos que regula el Título III de la Ley 6/1997, de 14 de abril, de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado, el artículo 2.3 de este texto legal dispone que "los Organismos públicos previstos en el Título III de esta Ley tienen por objeto la realización de actividades de ejecución o gestión tanto administrativas de fomento o prestación, como de contenido económico reservadas a la Administración General del Estado..."; por su parte, y ya con referencia a las entidades públicas empresariales, el artículo 53.1 de la Ley 6/1997 define a estas entidades como "Organismos públicos a los que se encomienda la realización de actividades prestacionales, la gestión de servicios o la producción de bienes de interés público susceptibles de contraprestación".

A la vista de la definición que de las entidades públicas empresariales establece el artículo 53.1 de la citada Ley 6/1997, no cabe afirmar categóricamente, como en principio pudiera dar a entender su denominación, que estas entidades han sido creadas en todo caso para satisfacer finalidades de carácter industrial o mercantil y que, por tanto, no son poderes adjudicadores, dado que dicho precepto legal alude como fines de las entidades públicas empresariales no sólo a la producción de bienes (de interés público) susceptibles de contraprestación, lo que tiene una innegable connotación mercantil, sino también a la realización de actividades prestacionales y a la gestión de servicios, funciones estas últimas que no cabe calificar sin más como funciones mercantiles o industriales. Así lo confirma la realidad, pudiendo traerse a colación a este respecto el caso de SASEMAR: configurada por el artículo 89 de la Ley 27/1992, de 24 de noviembre, de Puertos del Estado y de la Marina Mercante como una entidad de Derecho público, el Real Decreto 370/1999, de 5 de marzo, le atribuye la condición de entidad pública empresarial; ahora bien, atendido su objeto, difícilmente puede entenderse que se trata de una entidad creada para fines mercantiles o industriales, ya que no cabe atribuir este carácter a las funciones de



búsqueda y salvamento marítimo, control del tráfico marítimo y ayuda al mismo y prevención y lucha contra la contaminación del medio marino (artículo 90 de la Ley 27/1992).

Debe entenderse, en consecuencia, que no puede establecerse una equiparación absoluta y total entre entidad pública empresarial y entidad que ha sido creada para fines mercantiles o industriales o, lo que es igual y a los efectos que aquí interesan, una equiparación absoluta entre entidades públicas empresariales y entidades que no ostentan la condición de poder adjudicador.

B) ELEMENTO OBJETIVO DE LA RELACIÓN CONTRACTUAL

Como se ha indicado al comienzo del apartado I de la presente Instrucción, la determinación del concreto régimen jurídico al que deban someter su actividad contractual las sociedades mercantiles del Estado, las fundaciones del sector público estatal y las entidades públicas empresariales vinculadas o dependientes de la Administración General del Estado viene dada no sólo por la circunstancia de que tengan o no la consideración de poderes adjudicadores –lo que se ha denominado elemento subjetivo de la relación contractual–, sino también por el elemento objetivo de dicha relación y que no es otro que el concepto o categoría legal de “contrato sujeto a regulación armonizada”, con lo que se alude a determinados negocios jurídicos que por razón de su tipo y cuantía se encuentran sometidos a la Directiva 2004/18/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de marzo de 2004.

Partiendo de la delimitación general que de los contratos sujetos a regulación armonizada establece el artículo 13 de la LCSP y teniendo en cuenta las previsiones de los artículos 14 a 16, ambos inclusive, de este texto legal, puede establecerse la siguiente clasificación:



1) Contratos que en ningún caso tienen la consideración de contratos sujetos a regulación armonizada

En esta primera categoría quedan comprendidos: a) los contratos relacionados en el artículo 13, apartado 2; y b) los contratos de servicios comprendidos en las categorías 17 a 27, ambas inclusive, del Anexo II de la LCSP.

2) Contratos relativamente sujetos a regulación armonizada

En esta segunda categoría quedan comprendidos los contratos de obras, los contratos de suministro y los contratos de servicios comprendidos en las categorías 1 y 16, ambas inclusive, del Anexo II de la LCSP. Estos contratos tienen la consideración de contratos sujetos a regulación armonizada cuando concurren las dos siguientes condiciones: a) que su valor estimado conforme a las reglas que establece el artículo 76 sea igual o superior a las cuantías que para cada uno de los indicados tipos establecen los artículos 14 (contratos de obras), 15 (contratos de suministro) y 16 (contratos de servicios –comprendidos en las categorías 1 a 16, ambas inclusive, del Anexo II–) de la LCSP; y b) que la entidad del sector público que contrate tenga el carácter de poder adjudicador, para lo que deberán tenerse en cuenta las consideraciones expuestas en el apartado I.A) de esta Instrucción. En consecuencia, faltando alguno de los dos requisitos que acaban de indicarse, el contrato no tendrá la consideración de contrato sujeto a regulación armonizada.

En relación con la clasificación que acaba de exponerse, no se han tenido en cuenta el contrato de concesión de obra pública, el contrato de colaboración entre el sector público y el sector privado y el contrato de gestión de servicios públicos, y ello en razón de que, refiriéndose la presente Instrucción al régimen jurídico de la contratación de sociedades mercantiles del Estado, fundaciones del sector público estatal y entidades públicas empresariales de la Administración del Estado, es decir, de entidades que no ostentan la condición de Administraciones Públicas (recuérdese que por expresa determinación de la LCSP las entidades públicas empresariales no ostentan la condición de Administraciones Públicas), los referidos contratos sólo pueden ser otorgados por Administraciones Públicas;

así resulta, para el contrato de colaboración entre el sector público y el sector privado, del artículo 11.1; para el contrato de gestión de servicios públicos, del artículo 8.1; y para el contrato de concesión de obra pública, a falta de indicación expresa en el artículo 7, de los artículos 223 a 249 de la LCSP.

C) SUPUESTOS QUE RESULTAN DE LA CONJUNCIÓN DE LOS ELEMENTOS SUBJETIVO Y OBJETIVO DE LA RELACIÓN CONTRACTUAL

De la conjunción del elemento subjetivo de la relación contractual –carácter o no de poder adjudicador que ostente la entidad de que se trate– y del elemento objetivo de dicha relación –carácter o no de contrato sujeto a regulación armonizada del que se considere– resultan las siguientes combinaciones:

1) Fundaciones del sector público estatal (ostentan en todo caso la condición de poderes adjudicadores):

- a) contratos sujetos a regulación armonizada.
- b) contratos no sujetos a regulación armonizada.

2) Sociedades mercantiles del Estado y entidades públicas empresariales vinculadas o dependientes de la Administración del Estado que tengan la consideración de poderes adjudicadores:

- a) contratos sujetos a regulación armonizada.
- b) contratos no sujetos a regulación armonizada.

3) Sociedades mercantiles del Estado y entidades públicas empresariales vinculadas o dependientes de la Administración del Estado que no tengan la condición de poderes adjudicadores

En este tercer supuesto, carece de aplicación la distinción entre contratos sujetos a regulación armonizada y contratos no sujetos a regulación armonizada.

Ninguno de los contratos que celebren estas entidades puede calificarse como contrato sujeto a regulación armonizada.

El régimen jurídico de estos supuestos se expone seguidamente en los siguientes apartados de la presente Instrucción.

II - RÉGIMEN DE CONTRATACIÓN APLICABLE A LAS FUNDACIONES DEL SECTOR PÚBLICO ESTATAL. RÉGIMEN DE CONTRATACIÓN APLICABLE A LAS SOCIEDADES MERCANTILES DEL ESTADO Y A LAS ENTIDADES PÚBLICAS EMPRESARIALES VINCULADAS O DEPENDIENTES DE LA ADMINISTRACIÓN GENERAL DEL ESTADO QUE TENGAN LA CONDICIÓN DE PODERES ADJUDICADORES

Conforme se ha indicado en el apartado I.A).3) de esta Instrucción, las fundaciones estatales ostentan en todo caso la condición de poderes adjudicadores (a diferencia de lo que acontece con las sociedades mercantiles del Estado y con las entidades públicas empresariales dependientes de la Administración del Estado, respecto de las cuales habrá de examinarse caso por caso, según lo dicho en el citado apartado de esta Instrucción, si ostentan o no la condición de poderes adjudicadores). Es por ello por lo que debe indicarse, como observación preliminar, que la referencia que en el presente apartado II se hace a las fundaciones estatales, sociedades mercantiles del Estado y entidades públicas empresariales dependientes de la Administración del Estado lo es en el sentido de que las fundaciones estatales ostentan en todo caso la condición de poderes adjudicadores y de que las sociedades mercantiles del Estado y las entidades públicas empresariales dependientes de la Administración del Estado que se consideran en este apartado II son únicamente las que ostenten la condición de poderes adjudicadores.

Hecha la anterior observación, es necesario distinguir, a estos efectos, entre los contratos sujetos a regulación armonizada y aquéllos otros que no lo están.

A) CONTRATOS SUJETOS A REGULACIÓN ARMONIZADA

Para facilitar la comprensión del régimen jurídico aplicable a este supuesto, conviene hacer previamente la siguiente indicación general y sintética: los contratos sujetos a regulación armonizada que se concierten por las fundaciones estatales, sociedades mercantiles del Estado y entidades públicas empresariales dependientes de la Administración del Estado se rigen, en lo que respecta al procedimiento para su adjudicación, por las normas establecidas para la adjudicación de los contratos por las Administraciones Públicas con determinadas especialidades y, en lo que respecta a su régimen de fondo –efectos, cumplimiento y resolución–, por las normas del Derecho privado, ya que los contratos sujetos a regulación armonizada celebrados por dichas entidades no son contratos administrativos, lo cual no impide que las referidas entidades puedan aplicar en determinados extremos, al amparo del principio de libertad de pactos, las previsiones de la LCSP en los términos que se indicarán.

En los contratos sujetos a regulación armonizada que celebren las mencionadas entidades deberán tenerse en cuenta los siguientes aspectos:

1.- Requisitos relativos al órgano de contratación



1.1.- Órganos de contratación. Capacidad para contratar. Respecto de las entidades públicas empresariales, a falta de disposición específica en las correspondientes normas de creación o regulación del funcionamiento de estas entidades, la condición de órganos de contratación corresponde a sus Presidentes o Directores (artículo 291.2 de la LCSP). Por lo demás, debe indicarse que, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 291.4 de dicho texto legal, pueden constituirse en las entidades públicas empresariales Juntas de Contratación con los límites cuantitativos o referentes a las características de los contratos que determine el titular del Departamento ministerial a que aquéllas estén adscritas en los contratos que indica el citado precepto legal.

Respecto de las fundaciones y sociedades mercantiles estatales, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 291.6 de la LCSP, la capacidad para



contratar de los representantes legales de las sociedades mercantiles y fundaciones del sector público estatal se regirá por lo dispuesto en los estatutos de estas entidades y por las normas de Derecho privado que sean en cada caso de aplicación.

Como regla común a las fundaciones estatales, sociedades mercantiles del Estado y entidades públicas empresariales dependientes de la Administración del Estado, debe indicarse que sus respectivos órganos de contratación podrán delegar o desconcentrar su competencia y facultades (artículo 40.2).

1.2.- Perfil del contratante. Como novedad respecto al Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio (TRLCAP), el artículo 42 de la LCSP establece, con el fin de asegurar la transparencia y el acceso público a la información relativa a su actividad contractual y sin perjuicio de la utilización de otros medios de publicidad en los casos legalmente previstos, la exigencia de que los órganos de contratación difundan, a través de Internet, su perfil de contratante, en el que se podrán incluir cualesquiera datos e informaciones relativos a la actividad contractual del órgano de contratación. La forma de acceso al perfil de contratante debe especificarse en las páginas Web institucionales que mantengan los entes del sector público, en la Plataforma de Contratación del Estado regulada en el artículo 309, en los pliegos y anuncios de licitación.

2.- Condiciones de aptitud del contratista

El artículo 43 de la LCSP refiere las condiciones de aptitud que enumera (capacidad de obrar, no estar incurso en prohibición de contratar, y acreditación de la solvencia económica, financiera y técnica o profesional o, en su caso, de la clasificación) a cuantas personas, naturales o jurídicas, españolas o extranjeras, deseen contratar "con el sector público", concepto en el que se encuentran comprendidas las fundaciones y sociedades mercantiles del sector público estatal, así como las entidades públicas empresariales dependientes de la Administración del Estado.

En consecuencia, resultan aplicables a los contratos sujetos a regulación armonizada que celebren las mencionadas entidades las normas establecidas al efecto en la LCSP, con las peculiaridades que, en algunos puntos, establece el texto legal. Así:

2.1.- Capacidad de obrar. Resultan aplicables los preceptos de la Ley relativos a la capacidad de las personas jurídicas (artículo 46), a la capacidad de las empresas comunitarias (artículo 47), y a las uniones temporales de empresas (artículo 48), así como el artículo 61, relativo a la forma de acreditar la capacidad de obrar.

Por lo demás, son también aplicables las previsiones del artículo 44 (necesidad de que las empresas no comunitarias acrediten que el Estado de procedencia admite la participación de empresas españolas en la contratación con la Administración y con las entidades del sector público asimilables a las enumeradas en el artículo 3 de forma sustancialmente análoga) y del artículo 45 (imposibilidad de que concurren a las licitaciones empresas que hubiesen participado en la elaboración de las especificaciones técnicas o de los documentos preparatorios del contrato cuando dicha participación pueda provocar restricciones a la libre concurrencia o suponer un trato privilegiado respecto del resto de las empresas licitadoras).

2.2.- Prohibiciones de contratar. Frente a la redacción del artículo 20 del TRLCAP, que refiere dichas prohibiciones a "la Administración", el artículo 49 de la LCSP enumera en su apartado 1 una serie de prohibiciones para contratar con el "sector público" y en su apartado 2 otras que, adicionalmente, se aplicarán sólo a la contratación de las Administraciones Públicas. En consecuencia, las sociedades mercantiles del Estado, fundaciones del sector público estatal y entidades públicas empresariales dependientes de la Administración del Estado deberán exigir en su contratación armonizada el cumplimiento de las prohibiciones de contratar del artículo 49.1 de la LCSP, siendo también de aplicación el artículo 62, relativo a la acreditación o prueba de la no concurrencia de una prohibición de contratar por parte de los empresarios.

2.3.- Condiciones de solvencia y clasificación. El artículo 51 de la LCSP también refiere el requisito de la solvencia económica y financiera y profesional o técnica a la contratación "con el sector público", por lo que serán de aplicación los preceptos de la Ley (artículos 51 a 53 y 64 a 68) a los contratos sujetos a regulación armonizada que celebren las fundaciones del sector público estatal, sociedades mercantiles del Estado y entidades públicas empresariales dependientes de la Administración del Estado. A este respecto, debe tenerse en cuenta que la admisión de medios de prueba de la solvencia distintos de los previstos en los artículos 64 a 68 se circunscribe, en el artículo 63.3 de la Ley, a los contratos no sujetos a regulación armonizada que celebren los poderes adjudicadores que no sean Administraciones Públicas.

Interesa destacar, como novedad frente a la regulación del TRLCAP, que el artículo 52 de la LCSP introduce la posibilidad, expresamente prevista en la Directiva 2004/18/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 31 de marzo de 2004, de acreditar la solvencia exigida mediante medios externos, pudiendo el empresario "basarse en la solvencia y medios de otras entidades, independientemente de la naturaleza jurídica de los vínculos que tenga con ellas, siempre que demuestre que, para la ejecución del contrato, dispone efectivamente de esos medios".

Respecto de la clasificación, del artículo 54.5 de la LCSP se desprende que su exigencia, cuando se trate de entidades del sector público que no tengan carácter de Administración Pública —como es el caso de las sociedades mercantiles del Estado, fundaciones del sector público estatal y entidades públicas empresariales dependientes de la Administración del Estado—, será potestativa. Obviamente, la clasificación que se tenga será siempre medio de prueba de la solvencia (artículo 63.2).

2.4.- Eficacia de las certificaciones emitidas por el Registro Oficial de Licitadores y Empresas Clasificadas del Estado. Debe tenerse en cuenta que la inscripción de un empresario en el citado Registro acredita, "frente a todos los órganos de contratación del sector público" y salvo prueba en contrario, las condiciones de aptitud del empresario en cuanto a su personalidad, capacidad de obrar, representación, habilitación profesional o empresarial, solvencia económica

y financiera y clasificación, así como la concurrencia o no concurrencia de las prohibiciones de contratar que deban constar en dicho Registro.

En consecuencia, las fundaciones del sector público estatal, las sociedades mercantiles del Estado y las entidades públicas empresariales dependientes de la Administración del Estado deberán admitir la acreditación de las condiciones de aptitud de los empresarios que concurren a los contratos sujetos a regulación armonizada que celebren mediante la certificación que, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 72.2 de la Ley, emita el Registro Oficial de Licitadores y Empresas Clasificadas del Estado.

2.5.- Acreditación del cumplimiento de las normas de garantía de la calidad y de las normas de gestión medioambiental. Los artículos 69 y 70 de la LCSP refieren, respectivamente, la acreditación del cumplimiento de las normas de garantía de la calidad y la acreditación del cumplimiento de las normas de gestión medioambiental a los contratos sujetos a una regulación armonizada, por lo que las fundaciones del sector público estatal, las sociedades mercantiles del Estado y las entidades públicas empresariales dependientes de la Administración del Estado deberán tener en cuenta, respecto de los contratos sujetos a regulación armonizada, las previsiones de dichos preceptos.

3.- Elementos reales

Cabe distinguir en este punto el objeto, el precio y el plazo de duración del contrato:

3.1.- Objeto del contrato. Resultan aplicables a los contratos sujetos a regulación armonizada de las entidades de continua referencia las normas contenidas en el artículo 74 de la LCSP, expresamente referidas al objeto de "los contratos del sector público". Se habrán de tener presentes, en consecuencia, las normas sobre el carácter determinado del objeto, la prohibición de fraccionamiento del mismo, las reglas sobre división del objeto en lotes y la posibilidad de contratación separada de prestaciones diferenciadas dirigidas a integrarse en una obra.

3.2.- Precio. Las normas relativas al precio de los contratos del artículo 75 aparecen también referidas, en su apartado 1, a los "contratos del sector público", por lo que, en principio, resultan de aplicación a los contratos sujetos a regulación armonizada de las entidades que se examinan.

La prohibición de pago aplazado del artículo 75.7 se circunscribe a los contratos de las Administraciones Públicas, por lo que los contratos celebrados por las fundaciones del sector público estatal, las sociedades mercantiles del Estado y las entidades públicas empresariales dependientes de la Administración del Estado podrán establecer esta modalidad de pago salvo previsión expresa en contrario en su normativa contable o presupuestaria.

Sí resultan aplicables a los contratos que se examinan las normas de la LCSP sobre cálculo del valor estimado de los contratos (artículo 76). En relación con la exigencia (artículo 75.1) de que los órganos de contratación tengan en cuenta, al efectuar dicha estimación, "las normas sobre ofertas con valores anormales o desproporcionados", debe señalarse que, por expresa indicación del artículo 174.1.a) de la LCSP, no son aplicables a los contratos sujetos a regulación armonizada que celebren los poderes adjudicadores que no sean Administraciones Públicas —como es del caso—, los criterios para apreciar el carácter anormal o desproporcionado de las ofertas que establecen los apartados 1 y 2 del artículo 136.

3.3.- Plazo de duración y prórrogas. Resulta aplicable en este punto el artículo 23 de la LCSP, también referido a los "contratos del sector público".

4.- Elementos formales

4.1.- Prohibición de contratación verbal. Resulta igualmente aplicable a los contratos sujetos a regulación armonizada que celebren las entidades de continua referencia la prohibición de contratar verbalmente que el artículo 28 de la Ley impone a los entes, organismos y entidades del sector público.

4.2.- Justificación de la necesidad e idoneidad del contrato en la documentación preparatoria. Resulta plenamente aplicable a las entidades de que se trata la exigencia de justificar, en la documentación preparatoria del contrato, la naturaleza y extensión de las necesidades que pretenden cubrirse mediante el contrato proyectado, así como la idoneidad de su objeto y contenido para satisfacerlas (artículo 22 de la LCSP).

4.3.- Mesa de contratación. La exigencia de Mesa de contratación en los procedimientos abiertos, restringidos y negociados con publicidad del artículo 161.1 y las normas sobre composición y nombramiento de los miembros de dicha Mesa que establece el artículo 295 de la Ley resultan aplicables a las Administraciones Públicas.

Ello no obstante, una adecuada garantía de los principios de objetividad y transparencia en la selección de la oferta económicamente más ventajosa, que el artículo 1 de la LCSP exige salvaguardar en toda la contratación del sector público, aconseja el establecimiento, en los contratos sujetos a regulación armonizada que celebren las fundaciones del sector público estatal, las sociedades mercantiles del Estado y las entidades públicas empresariales dependientes de la Administración del Estado, de un órgano de valoración que, con una composición preestablecida, se encargue de calificar la documentación presentada, valorar las ofertas y elevar una propuesta de adjudicación al órgano de contratación, siendo posible, e incluso aconsejable, que su composición se inspire, en la medida de lo posible y con las adaptaciones que resulten necesarias, en lo dispuesto en el artículo 295.3 de la Ley para las Administraciones Públicas.

4.4.- Expediente de contratación

a) Pliegos reguladores del contrato. El Título I del Libro II de la LCSP lleva por rúbrica la de "Preparación de los contratos de las Administraciones Públicas", por lo que los preceptos de su Capítulo I (artículos 93 a 104) –relativos a la iniciación, contenido y aprobación del expediente de contratación, a la tramitación urgente y de emergencia, a los pliegos de cláusulas administrativas generales y



particulares, así como de prescripciones técnicas, entre otras materias—, no resultan aplicables a las fundaciones del sector público estatal, las sociedades mercantiles del Estado y las entidades públicas empresariales dependientes de la Administración del Estado.

La preparación de los contratos sujetos a regulación armonizada que celebren poderes adjudicadores que no sean Administraciones Públicas se somete a lo dispuesto en el artículo 121 de la LCSP, que se declara también aplicable a los contratos de servicios de las categorías 17 a 27 del Anexo II de la Ley de cuantía igual o superior a 211.000 euros y a los contratos subvencionados del artículo 17. Pues bien, en tales supuestos, el artículo 121 exige observar “las reglas establecidas en el artículo 101 para la definición y establecimiento de prescripciones técnicas” y las previsiones de los artículos 102 a 104, sobre condiciones especiales de ejecución del contrato, información sobre obligaciones relativas a la fiscalidad, protección del medio ambiente y condiciones laborales, e información sobre las condiciones de subrogación en contratos de trabajo. Añade el apartado 2 del artículo 121 que “en contratos distintos a los mencionados en el apartado anterior de cuantía superior a 50.000 euros, los poderes adjudicadores que no tengan el carácter de Administraciones Públicas deberán elaborar un pliego, en el que se establezcan las características básicas del contrato, el régimen de admisión de variantes, las modalidades de recepción de las ofertas, los criterios de adjudicación y las garantías que deberán constituir, en su caso, los licitadores o el adjudicatario, siendo de aplicación, asimismo, lo dispuesto en el artículo 104...”.

De la redacción del artículo 121 de la LCSP parece desprenderse que la preparación de los contratos sujetos a regulación armonizada que celebren los poderes adjudicadores que no sean Administraciones Públicas exige la elaboración de un pliego de prescripciones técnicas en el que se observen las reglas del artículo 101 de la Ley, pero no un pliego de cláusulas o condiciones particulares que —con independencia de la concreta denominación que se le atribuya— defina las normas aplicables a la licitación y el régimen de derechos y obligaciones de las partes.

Sin embargo, la interpretación anterior no resulta atendible, pues, en primer lugar, conduce a la paradójica conclusión de que los contratos sujetos a regulación armonizada de los poderes adjudicadores que no sean Administraciones Públicas no exigirían la elaboración de un pliego de cláusulas o condiciones particulares, mientras que los contratos no sujetos a regulación armonizada de esos mismos poderes adjudicadores, si exceden de 50.000 euros, sí exigirían un pliego en el que se recojan los extremos que indica el artículo 121, apartado 2, al disponerlo así este precepto, conclusión que carece de lógica, pues no resulta coherente que determinados contratos no sujetos a regulación armonizada queden sometidos a normas de preparación más rigurosas (exigencia de que se elabore un pliego) que las exigidas en los contratos que la Ley sí somete a regulación armonizada. En segundo lugar, la conclusión anteriormente apuntada (con arreglo a la cual la preparación de los contratos sujetos a regulación armonizada de las fundaciones del sector público estatal, las sociedades mercantiles del Estado y las entidades públicas empresariales dependientes de la Administración del Estado no precisaría la elaboración de un pliego de cláusulas o condiciones particulares) resulta desvirtuada si, en aplicación de un criterio sistemático de interpretación, se pone en relación el artículo 121 de la Ley con otros preceptos de dicho texto legal, como los artículos 26 ó 37.

Así, el artículo 26 de la LCSP, al regular el contenido mínimo de los "contratos del sector público", enumera una serie de menciones que habrán de constar necesariamente en el contrato "salvo que se encuentren recogidas en los pliegos", pliegos que, dado el contenido jurídico de las indicadas menciones, sólo pueden ser los de cláusulas administrativas particulares o los que, con otra denominación pero idéntica finalidad definitoria de las normas aplicables a la licitación y al régimen jurídico aplicable al contrato, puedan aprobar los poderes adjudicadores que no sean Administraciones Públicas.

Por su parte, el artículo 37.2 de la LCSP incluye en el objeto del recurso especial en materia de contratación "los pliegos reguladores de la licitación y los que establezcan las características de la prestación". Pues bien, siendo susceptibles de dicho recurso los contratos sujetos a regulación armonizada, con independencia de la naturaleza jurídica de la entidad que los celebre



(Administración Pública o entidad que no tenga la condición de tal), ha de entenderse que los contratos sujetos a regulación armonizada habrán de contar, en todo caso, con pliegos de uno y otro tipo, susceptibles de dicho recurso especial. De otra parte, la circunstancia de que el artículo 37.2 no utilice la concreta denominación que ambos tipos de pliegos reciben en la Ley cuando se trate de contratos de las Administraciones Públicas ("pliegos de cláusulas administrativas particulares" y "pliegos de prescripciones técnicas") y emplee otra expresión más amplia ("pliegos reguladores de la licitación y los que establezcan las características de la prestación") que, por su contenido, permite identificar una y otra modalidad de pliegos, es un claro indicio de que la Ley está admitiendo expresamente la posibilidad de que existan pliegos de uno y otro tipo en los contratos celebrados por poderes adjudicadores distintos de las Administraciones Públicas.

A mayor abundamiento, los pliegos de cláusulas o condiciones particulares, en cuanto establecen, con carácter previo, las reglas de general aplicación a las que se ha de ajustar la licitación, constituyen el instrumento adecuado para garantizar la objetividad, igualdad y transparencia que el artículo 1 de la LCSP exige, con carácter general, en la contratación de todo el sector público.

En consecuencia, parece lógico entender que en la preparación de los contratos sujetos a regulación armonizada de las fundaciones, sociedades y entidades públicas de que se trata habrán de elaborarse unos pliegos reguladores de la licitación y unos pliegos que, con observancia de las reglas del artículo 101, establezcan las características técnicas de la prestación, y ello con independencia de la concreta denominación que se atribuya a una y otra modalidad de pliegos.

Cabe añadir que los pliegos equivalentes a los de cláusulas administrativas particulares que, con independencia de su denominación, aprueben las fundaciones del sector público estatal, las sociedades mercantiles del Estado y las entidades públicas empresariales dependientes de la Administración del Estado no han de ser preceptivamente informados por el Servicio Jurídico respectivo, pues el artículo 99.6 de la Ley circunscribe dicha exigencia a los pliegos de cláusulas administrativas particulares de la Administración General del Estado, sus organismos autónomos, entidades gestoras y servicios comunes de la

Seguridad Social, y demás entidades públicas estatales. Ahora bien, aun no siendo preceptivo dicho informe, no sólo es posible, sino aconsejable que, en aras de la seguridad jurídica, las fundaciones, sociedades y entidades públicas de continua referencia sometan voluntariamente los pliegos tipo que vayan a aprobar a informe de sus Servicios Jurídicos respectivos.

b) Tramitación urgente. En casos de necesidad inaplazable o de necesidad de acelerar la adjudicación de un contrato por razones de interés público, el artículo 121.1, *in fine*, permite al órgano de contratación declarar urgente su tramitación, motivándolo debidamente en la documentación preparatoria, en cuyo caso se aplicará la reducción de los plazos para licitar y adjudicar el contrato del artículo 96.2.b). La misma regla se reitera en el artículo 174.2 de la LCSP.

4.5.- Procedimientos de adjudicación. La adjudicación de los contratos sujetos a regulación armonizada de las fundaciones del sector público estatal, las sociedades mercantiles del Estado y las entidades públicas empresariales dependientes de la Administración del Estado se rige por lo dispuesto en el artículo 174 de la Ley, que declara aplicables las normas reguladoras de los procedimientos de adjudicación de las Administraciones Públicas, con las siguientes adaptaciones:



– No son de aplicación las normas del segundo párrafo del apartado 2 del artículo 134, sobre intervención del comité de expertos para valoración de criterios subjetivos; las establecidas en los apartados 1 y 2 del artículo 136, sobre criterios para apreciar el carácter anormal o desproporcionado de las ofertas; las del artículo 140, sobre formalización de los contratos; las establecidas en el artículo 144, sobre examen de proposiciones y propuesta de adjudicación; y las del artículo 156, sobre los supuestos en los que es posible acudir a un procedimiento negociado para adjudicar contratos de gestión de servicios públicos.

– No será preciso publicar las licitaciones y adjudicaciones en los diarios oficiales nacionales (Boletín Oficial del Estado y boletines autonómicos o provinciales), entendiéndose que se satisface el principio de publicidad mediante la publicación en el Diario Oficial de la Unión Europea y la inserción de

información en la plataforma de contratación del artículo 309, sin perjuicio de la utilización de medios adicionales con carácter voluntario.

Con las salvedades apuntadas, resultan de aplicación necesaria a los contratos sujetos a regulación armonizada de las entidades de continua referencia los procedimientos de adjudicación previstos en la LCSP para las Administraciones Públicas, esto es, el procedimiento abierto (artículos 141 y siguientes), el restringido (artículos 146 y siguientes), el negociado (artículo 153), con o sin publicidad (artículos 161 y 162, respectivamente), y el diálogo competitivo (artículo 163 y siguientes), sin perjuicio de los contratos menores, que también regula la LCSP (artículos 23.3, 28.2, 77.2, 95, 122.3, 138.1, 140.2 y disposición adicional duodécima.1).

4.6.- Perfección. Una de las novedades que incorpora la LCSP es la distinción entre la adjudicación provisional y la definitiva (artículo 135), quedando sometida la primera, que necesariamente ha de ser motivada, al recurso especial en materia de contratación que, en aplicación del Derecho comunitario, regula el artículo 37 de la LCSP, lo que se examinará en el apartado IV de esta Instrucción. Pues bien, todos los contratos sujetos a regulación armonizada, también los que celebren las fundaciones del sector público estatal, las sociedades mercantiles del Estado y las entidades públicas empresariales dependientes de la Administración del Estado se perfeccionan, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 27.1, con la adjudicación definitiva.

4.7.- Formalización. La exigencia de formalización de los contratos contenida en el artículo 28.2 de la LCSP y desarrollada en el artículo 140 de dicho texto legal se circunscribe a los contratos de las Administraciones Públicas, excluyendo, además, expresamente el artículo 174.1.a) de la Ley la aplicación de las normas sobre formalización de contratos del artículo 140 en los contratos sujetos a regulación armonizada que celebren los poderes adjudicadores que no sean Administraciones Públicas. Dicha exclusión obedece a la circunstancia de que, regulando el artículo 140 la formalización del contrato en "documento administrativo", tal exigencia ha de limitarse a aquellos sujetos que, en su

condición de Administraciones Públicas, pueden emitir este tipo de documentos, posibilidad excluida en el caso de entes que, como las sociedades estatales o las fundaciones del sector público estatal, tienen naturaleza jurídico-privada, y que queda también excluida en el caso de las entidades públicas empresariales, al no tener, a efectos de la LCSP, la condición de Administraciones Públicas.

Ha de entenderse, en consecuencia, que las fundaciones del sector público estatal, las sociedades mercantiles del Estado y las entidades públicas empresariales dependientes de la Administración del Estado no han de formalizar sus contratos en la forma prevista en el artículo 140 (formalización mediante documento administrativo), sin perjuicio de que se formalicen en documento privado o, si así se estima conveniente, en escritura pública.

Ahora bien, al no emitir las entidades de continua referencia documentos administrativos y al no poder formalizar, mediante este tipo de documentos, los contratos que celebren, estas entidades no podrán beneficiarse de la previsión contenida en el artículo 140.1 de la LCSP, con arreglo a la cual el documento administrativo de formalización del contrato constituye título suficiente para acceder a cualquier registro público. En consecuencia, la inscripción en el registro público que en cada caso proceda de los contratos celebrados por las fundaciones del sector público estatal, las sociedades mercantiles del Estado y las entidades públicas empresariales dependientes de la Administración del Estado se someterá, en cuanto al título inscribible, a la normativa aplicable en cada caso.

4.8.- Obligación de remitir información o datos de los contratos celebrados. Cabe distinguir en este punto:

a) Remisión de contratos al Tribunal de Cuentas. De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 29.4 de la LCSP, los órganos de contratación de las fundaciones del sector público estatal, las sociedades mercantiles del Estado y las entidades públicas empresariales dependientes de la Administración del Estado deberán remitir al Tribunal de Cuentas la información relativa a aquellos contratos que celebren que se encuentren incluidos en los supuestos previstos en el

apartado 1 de dicho precepto (contratos de obra que excedan de 600.000 euros; contratos de suministro que excedan de 450.000 euros; contratos de servicios que excedan de 150.000 euros), así como a las incidencias de dichos contratos que enumera en el apartado 2 del citado artículo 29.

b) Remisión de información al Registro de Contratos del Sector Público. Conforme a lo dispuesto en el artículo 308.3 de la LCSP, los órganos de contratación de todas las Administraciones Públicas y entidades incluidas en el ámbito de aplicación de la Ley (entre las que se incluyen las entidades de que aquí se trata) comunicarán al Registro de Contratos del Sector Público, para su inscripción, los datos básicos de los contratos adjudicados, así como, en su caso, sus modificaciones, prórrogas, variaciones de plazos o de precio, su importe final y extinción, de acuerdo con lo que se disponga reglamentariamente.

c) Remisión de datos estadísticos a la Junta Consultiva de Contratación Administrativa (artículo 30). Por la ubicación del precepto, incluido en el Capítulo IV del Título I del Libro I de la Ley, Título que lleva por rúbrica la de "Disposiciones generales sobre la contratación del sector público", resulta también aplicable a las fundaciones del sector público estatal, a las sociedades mercantiles del Estado y a las entidades públicas empresariales dependientes de la Administración del Estado contratantes la obligación de remitir datos estadísticos a la Junta Consultiva de Contratación Administrativa en los términos que establece el mencionado precepto legal.

5- Contenido del contrato

En este punto cabe destacar los siguientes aspectos:

5.1.- Contenido mínimo del contrato y libertad de pactos. Como ya se ha indicado, el artículo 26 de la Ley establece un contenido mínimo de los contratos del sector público que, como tal, resulta plenamente aplicable a los contratos sujetos a regulación armonizada que celebren las fundaciones del sector público



estatal, las sociedades mercantiles del Estado y las entidades públicas empresariales dependientes de la Administración del Estado.

También resulta aplicable a la contratación de estas entidades el principio de libertad de pactos que, con carácter general, establece el artículo 25 de la LCSP en el ámbito de los contratos del sector público.

5.2.- Garantías. De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 92 de la Ley, en los contratos que celebren los entes, organismos y entidades del sector público que no tengan la consideración de Administraciones Públicas la exigencia de garantía, tanto provisional como definitiva, será potestativa para el órgano de contratación, que decidirá también el importe de las mismas y el régimen de devolución o cancelación, atendidas las circunstancias y características del contrato.

Siendo potestativa para el órgano de contratación la exigencia de garantías y pudiendo establecer dicho órgano el régimen de su devolución y cancelación, el repetido órgano, al amparo del principio de libertad de pactos (artículos 25 de la LCSP y 1255 del Código Civil), podrá optar por aplicar las reglas que establece la LCSP en materia de garantías o por aplicar un régimen jurídico distinto. En cualquier caso, si resultan aplicables, por expresa indicación del artículo 92.2 de la LCSP, las formas de garantía que admite el artículo 84 de dicho texto legal; ahora bien, puesto que no se trata de contratos administrativos, no resulta procedente que la garantía constituida en metálico, valores públicos o privados se deposite en la Caja General de Depósitos o en sus sucursales (y sin que tampoco ello se prevea en el Título III del Reglamento de la Caja General de Depósitos aprobado por Decreto 161/1997, de 7 de febrero), por lo que esta modalidad de garantía habrá de constituirse en la cuenta de la sociedad, fundación o entidad pública contratante que se designe al efecto. Por lo demás, conviene precisar que en el primer supuesto de los indicados –opción por la aplicación de las reglas de la LCSP en materia de garantías– no será aplicable la regla del artículo 89 –preferencia en la ejecución de garantías–, al tratarse de una norma que por su materia constituye un privilegio en favor de las Administraciones Públicas y que, como tal, no puede extenderse a otros sujetos de derecho.



5.3.- Prerrogativas. El Capítulo II del Título I del Libro IV de la LCSP (artículos 194 y 195) lleva por rúbrica la de "Prerrogativas de la Administración Pública en los contratos administrativos". Tanto por la delimitación subjetiva del mencionado Capítulo (que se refiere exclusivamente a las Administraciones Públicas), como por su delimitación objetiva (circunscrita al ámbito de los contratos administrativos) ha de concluirse que las fundaciones del sector público estatal, las sociedades mercantiles del Estado y las entidades públicas empresariales dependientes de la Administración del Estado carecen de las prerrogativas enumeradas en el artículo 194 de la LCSP. En consecuencia, dichas entidades carecen de las siguientes prerrogativas:

1) Interpretación del contrato por la propia sociedad, fundación o entidad pública empresarial, resolviendo las dudas que ofrezca su cumplimiento.

2) Modificación unilateral del contrato por la sociedad, fundación o entidad pública empresarial contratante. No obstante, conviene precisar que, según el sentido en que se orienta la jurisprudencia del Tribunal Supremo –no puede estimarse que el cumplimiento del contrato quede al arbitrio de una de las partes (lo que prohíbe el artículo 1256 del Código Civil) cuando ésta limita su actuación al ejercicio de un derecho potestativo incluido en el contrato mismo–, cabe entender que es admisible la modificación del contrato por parte de la sociedad, fundación o entidad pública empresarial siempre que concurren los siguientes requisitos: a) Que esté expresamente prevista esa posibilidad de modificación en el pliego o en el contrato –la aceptación por el contratista de esta previsión de modificación del objeto del contrato habrá tenido lugar con la presentación de su oferta, al implicar ésta la aceptación de las cláusulas o condiciones rectoras de la relación contractual–. Si este requisito se exige para los contratos administrativos en el artículo 202.2 de la LCSP, con igual o mayor motivo ha de exigirse para los contratos privados que concierten las entidades de referencia; y b) Que la procedencia de la modificación se supedita a la concurrencia de circunstancias o acontecimientos que objetivamente considerados justifiquen la necesidad de la modificación y la proporcionalidad de ésta.

3) Autotutela declarativa y ejecutiva. La facultad de acordar con fuerza de obligar a la otra parte la resolución del contrato y determinar los efectos de ésta

(autotutela declarativa), así como de proceder ejecutivamente contra el contratista (autotutela ejecutiva) han de quedar excluidas. Cuestión distinta es que, ante situaciones que puedan dar lugar, según lo establecido en el pliego de cláusulas o condiciones particulares, a la resolución del contrato o a la adopción de medidas sobre los derechos económicos del contratista (exigencia de penalidades, etc.), éste no formule oposición, pudiendo en tal caso hacerse efectivas por la sociedad, fundación o entidad pública empresarial. En otro caso, es decir, de suscitarse oposición, la sociedad, fundación o entidad pública empresarial podrá declarar por su parte resuelto el contrato, acordar la imposición de penalidades, etc., pero en tal supuesto esa declaración o acuerdo, sobre no tener fuerza de obligar al contratista, dará lugar a que éste interponga la oportuna demanda ante el órgano jurisdiccional (civil) competente (o, en su caso, ante árbitro) que será el que definitivamente decida la controversia, declarando si la resolución (o el acuerdo de que se trate) ha sido bien hecha o si ha de tenerse por indebidamente efectuada.

5.4.- Pago del precio. Como ya se ha indicado, las normas contenidas en los artículos 75 y 76, respecto a la fijación del precio y al cálculo del valor estimado de los contratos, resultan aplicables a los contratos del sector público, en el que se incluyen las entidades de que aquí se trata.

Ahora bien, respecto al pago del precio, las previsiones contenidas en el artículo 200 de la LCSP (y, en concreto, el plazo de sesenta días para efectuar el pago, a contar desde la fecha de expedición de las certificaciones de obra o de los documentos que acrediten la realización total o parcial del contrato) resultan únicamente aplicables a los contratos administrativos de las Administraciones Públicas. En los contratos celebrados por las fundaciones del sector público estatal, las sociedades mercantiles del Estado y las entidades públicas empresariales dependientes de la Administración del Estado, el régimen de pagos será el determinado en el pliego o en el contrato, dentro de los límites establecidos en la normativa aplicable.

En este sentido, y siendo los contratos que se examinan contratos entre personas jurídico-privadas (debe recordarse, una vez más, que las entidades públicas empresariales no tienen la condición de Administraciones Públicas a los

efectos de la LCSP), ha de tenerse en cuenta lo dispuesto en la Ley 3/2004, de 29 de diciembre, por la que se establecen medidas de lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales. El plazo de pago será, según el artículo 4.1 de dicha Ley, el que las partes hubieran pactado dentro del marco legal aplicable y, a falta de pacto expreso, el plazo de treinta días previsto en el artículo 4.2. Ahora bien, el principio de libertad de pactos que en este extremo sanciona el artículo 4.1 de la Ley 3/2004 encuentra una importante limitación en el artículo 9.1 de dicho texto legal, con arreglo al cual "serán nulas las cláusulas pactadas entre las partes sobre la fecha de pago o las consecuencias de la demora que difieran en cuanto al plazo de pago y al tipo legal de interés de demora establecidos con carácter subsidiario en el apartado 2 del artículo 4 y en el apartado 2 del artículo 7, así como las cláusulas que resulten contrarias a los requisitos para exigir los intereses de demora del artículo 6, cuando tengan un contenido abusivo en perjuicio del acreedor, consideradas todas las circunstancias del caso, entre ellas, la naturaleza del producto o servicio, la prestación por parte del deudor de garantías adicionales y los usos habituales del comercio. No podrá considerarse uso habitual del comercio la práctica repetida de plazos abusivos". Así las cosas, los plazos de pago en los contratos de las fundaciones del sector público estatal, las sociedades mercantiles del Estado y las entidades públicas empresariales dependientes de la Administración del Estado serán los que dichas entidades establezcan en sus pliegos o contratos (artículo 4.1 de la Ley 3/2004), pero si son superiores al plazo de treinta días que, con carácter subsidiario, establece el artículo 4.2. de la Ley 3/2004 (incluso por remisión voluntaria de la sociedad, fundación o entidad pública empresarial al régimen de pagos previsto en el artículo 200 de la LCSP), deberán concurrir circunstancias, como pueden ser los usos o prácticas habituales del comercio que, apreciadas en su conjunto, excluyan el carácter abusivo de tales cláusulas, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 9.1 de la Ley 3/2004.

5.5.- Revisión de precios. En materia de revisión de precios, las normas del Capítulo II del Título III del Libro I de la LCSP (artículos 77 a 82) resultan sólo aplicables a los contratos de las Administraciones Públicas, ajustándose la revisión de precios, en los restantes casos, a "la forma pactada en el contrato" (artículo 75.3). En consecuencia, los contratos sujetos a regulación armonizada

que celebren las fundaciones del sector público estatal, las sociedades mercantiles del Estado y las entidades públicas empresariales dependientes de la Administración del Estado en los que se opte por la revisión o actualización de los precios fijados en el contrato deberán establecer el concreto régimen de revisión de precios aplicable, no existiendo inconveniente alguno en efectuar una remisión a los preceptos de la LCSP en aplicación del principio de libertad de pactos que sancionan los artículos 25 de la LCSP y 1255 del Código Civil.

5.6.- Penalidades por demora y ejecución defectuosa. El artículo 196 de la LCSP resulta aplicable, por su inclusión en el Libro IV de la LCSP –relativo a los “efectos, cumplimiento y extinción de los contratos administrativos”–, a los contratos de las Administraciones Públicas. Sin embargo, nada impide que, en su contratación armonizada, las fundaciones del sector público estatal, las sociedades mercantiles del Estado y las entidades públicas empresariales dependientes de la Administración del Estado opten por establecer un régimen de penalidades que, distinto del de la LCSP, tengan por conveniente (y ello al amparo del artículo 1255 del Código Civil en relación con los artículos 1151 y siguientes de este texto legal) o por aplicar las previsiones del artículo 196 de la LCSP. En cualquier caso, y como práctica común tanto en la contratación pública como privada, se estima apropiado que en el pliego se prevea que las penalidades serán efectivas mediante su deducción de los pagos que proceda realizar al contratista o con cargo a la garantía por él constituida.

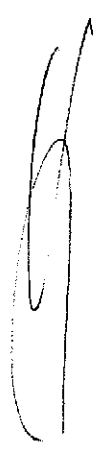
5.7.- Cesión del contrato y subcontratación. Con la excepción que se indicará, las reglas contenidas en los artículos 209 (cesión) y 210 (subcontratación) de la LCSP no resultan de obligada observancia para las fundaciones del sector público estatal, las sociedades mercantiles del Estado y las entidades públicas empresariales dependientes de la Administración del Estado por el motivo indicado en el epígrafe 5.6 anterior (los artículos 209 y 210 aparecen incluidos en el Libro IV de la LCSP relativo a los efectos, cumplimiento y extinción de los contratos administrativos). Así las cosas, las referidas entidades podrán establecer el mismo régimen que el dispuesto por la LCSP en cuanto a los

requisitos a que se supedita la procedencia de la cesión del contrato y de la subcontratación o bien un régimen jurídico distinto.

Por excepción, y en lo que respecta a la cesión del contrato, es de inexcusable observancia la regla del artículo 209.2.c), dado que a las entidades de que se trata son aplicables las reglas sobre capacidad de las empresas y la cesión del contrato supone la sustitución o subrogación del cedente por el cesionario en la ejecución del contrato, por lo que si aquél hubo de tener necesariamente la capacidad exigida para contratar, el cesionario ha de cumplir también con este requisito. Por la misma razón, *mutatis mutandis*, cabe entender que es de obligada aplicación, en el caso de subcontratación, la regla del artículo 210.5 de la LCSP.

5.8.- Causas de resolución. Quedando sometido rigurosamente este extremo al Derecho privado, habrá de combinarse el principio que sanciona el artículo 1255 del Código Civil (y artículo 25 de la LCSP) con las reglas jurídico-privadas de orden público para determinar las causas de resolución que puedan reputarse válidas, debiendo tenerse presente, a estos efectos, el carácter excepcional que tienen las normas jurídico-privadas de orden público (*ius cogens*).

Partiendo de la anterior premisa, pueden hacerse las siguientes consideraciones:



a) Es indudable que, con arreglo al artículo 1124 del Código Civil, ha de ser causa de resolución del contrato el incumplimiento por el contratista de las obligaciones asumidas por el mismo. Igualmente lo sería el incumplimiento de una obligación por la sociedad, fundación o entidad pública empresarial contratante; en este punto, y puesto que en su condición de comitente o dueño de las obras, acreedor del suministro o arrendatario del servicio, su obligación esencial consiste en el pago del precio, puede establecerse como causa de resolución la falta de pago por parte de la sociedad, fundación o entidad pública empresarial en el plazo que se estipule.

b) Al amparo del artículo 1255 del Código Civil (y del artículo 25 de la LCSP), y por no contravenir ninguna norma de orden público, puede válidamente estipularse como causa de resolución la demora por parte del contratista en el cumplimiento del plazo a partir de un determinado límite.

c) Por la misma razón, puede consignarse como causa de resolución la falta de constitución de garantía y la falta de formalización del contrato en la forma prevista en el pliego en paralelo a lo dispuesto en la LCSP.

d) No puede reputarse como causa válida de resolución la declaración de concurso del contratista, ya que la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal, no asigna a la declaración del estado concursal el efecto de resolver los contratos concertados por el concursado (cfr. artículo 61.3 de dicho texto legal). La resolución del contrato por declaración de concurso del contratista sólo podrá tener lugar en los términos dispuestos por el artículo 61.2 de la citada Ley 22/2003.

e) Por su propia naturaleza, no suscita especial cuestión el mutuo acuerdo de las partes como causa de resolución; cabe añadir que, por no tratarse de contratos administrativos sino privados, no resulta aplicable la exigencia establecida en el artículo 207.4 consistente en que existan razones de interés público que hagan innecesaria o inconveniente la permanencia del contrato.

f) La muerte o incapacidad sobrevenida del contratista individual no opera por sí sola la resolución del contrato (cfr. artículo 1257 del Código Civil). Sólo sería admisible esta causa de resolución en los supuestos en los que no fuese posible la continuación del contrato con los herederos o sucesores de aquél.

g) En relación con los supuestos de fusión, escisión, aportación o transmisión de empresas, deberán tenerse en cuenta, por resultar plenamente aplicables a los contratos de que se trata, las previsiones del artículo 202.4, de la LCSP (al ser coherentes con los efectos que la legislación mercantil atribuye a esas operaciones societarias).

B) CONTRATOS NO SUJETOS A REGULACIÓN ARMONIZADA

Recordando lo indicado en el apartado I.B) de la presente Instrucción, son contratos no sujetos a regulación armonizada:

a) Los contratos relacionados en el artículo 13.2 de la LCSP.

b) Los contratos de servicios comprendidos en las categorías 17 a 27, ambas inclusive, del Anexo II de dicho texto legal.

c) Los contratos de obras, los contratos de suministro y los contratos de servicios comprendidos en las categorías 1 a 16, ambas inclusive, del Anexo II de la LCSP cuando no superen las cuantías que establece la LCSP. En relación con estos contratos, se estima oportuno hacer una precisión. En el apartado I.B).2) de esta Instrucción se indica que para que los contratos de obras, los contratos de suministro y los contratos de servicios sean contratos sujetos a regulación armonizada se precisa la concurrencia de dos requisitos, cuales son que sus cuantías sean iguales o superiores a las establecidas a estos efectos en la LCSP y que la entidad contratante ostente la condición de poder adjudicador. Pues bien, puesto que el supuesto que se examina es el de fundaciones del sector público estatal, que siempre tienen la condición de poderes adjudicadores, y el de sociedades mercantiles del Estado y entidades públicas empresariales que tengan la condición de poderes adjudicadores, ha de concluirse que los contratos de obras, de suministros y de servicios de las categorías 1 a 16, ambas inclusive, del Anexo II de la LCSP serán contratos no sujetos a regulación armonizada cuando no alcancen las cuantías indicadas en la LCSP.

Siendo los contratos no sujetos a regulación armonizada los indicados y partiendo de la premisa de que, al igual que los contratos sujetos a regulación armonizada concertados por las entidades de continua referencia, no son contratos administrativos, sino contratos privados, para facilitar la comprensión de su régimen jurídico se estima oportuno exponerlo con arreglo al siguiente esquema:



1.- Elementos subjetivos

1.1.- Órganos de contratación. Capacidad para contratar. Son aplicables las reglas establecidas en el artículo 291, apartados 2, 4 y 6, de la LCSP.

1.2. Condiciones de aptitud del contratista. Son aplicables las consideraciones recogidas en los epígrafes 2.1 (capacidad de obrar); 2.2 (prohibiciones de contratar); 2.3 (condiciones de solvencia y clasificación); y 2.4 (eficacia de las certificaciones emitidas por el Registro Oficial de Licitadores y Empresas Clasificadas del Estado) del apartado II.A) de la presente Instrucción a propósito de los contratos sujetos a regulación armonizada. Por el contrario, no son aplicables a los contratos no sujetos a regulación armonizada las previsiones de los artículos 69 y 70 de la LCSP.

2. Elementos formales

Partiendo de la premisa de que rige igualmente la prohibición de contratar verbalmente (artículo 28 de la LCSP), de los elementos formales destacan, por contraposición a los contratos sujetos a regulación armonizada, el procedimiento de adjudicación, el régimen de perfección del contrato y la exigencia de elaboración de pliegos.

2.1.- Procedimientos de adjudicación.- Es en este extremo en el que se produce la diferencia fundamental entre los contratos sujetos a regulación armonizada y los no sujetos a regulación armonizada que adjudiquen las fundaciones del sector público estatal, las sociedades mercantiles del Estado y las entidades Públicas empresariales dependientes de la Administración del Estado. Si los primeros –contratos sujetos a regulación armonizada– han de adjudicarse necesariamente con arreglo a las normas contenidas en el Capítulo I del Título I del Libro III de la LCSP, es decir, con sujeción a las mismas reglas que rigen para la adjudicación de los contratos de las Administraciones Públicas (lo que tiene por consecuencia que se tengan que aplicar el procedimiento abierto, el



procedimiento restringido, el procedimiento negociado y el diálogo competitivo en los casos establecidos para cada uno de estos procedimientos), sin más especialidades que las establecidas en los apartados a) y b) del artículo 174 de dicho texto legal, respecto de los segundos –contratos no sujetos a regulación armonizada–, el artículo 175.a) de la LCSP no establece ningún procedimiento específico, disponiendo que “la adjudicación estará sometida, en todo caso, a los principios de publicidad, concurrencia, transparencia, confidencialidad, igualdad y no discriminación”, añadiendo dicho precepto en su apartado b) que “los órganos competentes de las entidades a que se refiere esta sección aprobarán unas instrucciones, de obligado cumplimiento en el ámbito interno de las mismas, en las que se regulen los procedimientos de contratación de forma que quede garantizada la efectividad de los principios enunciados en la letra anterior y que el contrato es adjudicado a quien presente la oferta económicamente más ventajosa. Estas instrucciones deben ponerse a disposición de todos los interesados en participar en los procedimientos de adjudicación de contratos regulados por ellas, y publicarse en el perfil de contratante de la entidad”.

Puesto que la adjudicación de los contratos no sujetos a regulación armonizada no queda sometida a procedimientos determinados y específicos, sino a los principios indicados, la cuestión que se suscita no es otra que la relativa a la determinación del alcance de esos principios. Es, pues, necesario fijar cuál sea el alcance de los mismos, para lo cual deben tenerse en cuenta, de una parte, el desarrollo lógico-jurídico de los mismos y, de otra parte, la comunicación interpretativa de la Comisión Europea sobre el Derecho comunitario aplicable en la adjudicación de contratos no cubiertos o sólo parcialmente cubiertos por las Directivas sobre contratación pública (2006/CE–179/02) publicada el Diario Oficial de la Unión Europea de 1 de agosto de 2006, y ello en razón de que, siendo el objeto de dicha comunicación el indicado, los contratos no sujetos a regulación armonizada son precisamente los contratos no comprendidos en el ámbito de aplicación de la Directiva 2004/18/CE, del Parlamento y del Consejo, de 31 de marzo de 2004.



Con fundamento en el anterior planteamiento, cabe entender que el alcance de los principios que sanciona el artículo 175.a) de la LCSP es el siguiente:

– Principio de publicidad

Ante todo, debe indicarse que el artículo 175.c) de la LCSP dispone que “se entenderán cumplidas las exigencias derivadas del principio de publicidad con la inserción de la información relativa a la licitación de los contratos cuyo importe supere los 50.000 euros en el perfil del contratante de la entidad, sin perjuicio de que las instrucciones internas de contratación puedan arbitrar otras modalidades, alternativas o adicionales de difusión”.

Por su parte, la Comisión Europea en su comunicación interpretativa cita, como formas de publicidad adecuadas, las siguientes:

- Internet. Indica la Comisión que “la publicación en el sitio web de la entidad adjudicadora es un sistema flexible y con una buena relación coste-eficacia”; añade la Comisión que “los portales Internet específicamente creados para dar publicidad a los contratos ofrecen más visibilidad y mayores posibilidades de búsqueda. A este respecto, se considera una buena práctica la creación de una plataforma específica para contratos de escasa cuantía dotada de un directorio de anuncios de contratos y de la posibilidad de suscribirse por correo-e...”
- Boletines oficiales nacionales, boletines nacionales especializados en la publicación de anuncios de contratos públicos, diarios de cobertura nacional o regional o publicaciones especializadas.
- Publicaciones locales. Declara la Comisión que “estos soportes sólo garantizan una difusión estrictamente local, pero pueden ser adecuados en determinados casos como, por ejemplo, cuando se trata de contratos de muy escasa cuantía, únicamente destinados al mercado local”.
- Diario Oficial de la Unión Europea.

Poniendo en relación el artículo 175.c) de la LCSP con las indicaciones que efectúa la Comisión Europea en su referida comunicación interpretativa, pueden hacerse las siguientes consideraciones:

1) En los contratos de cuantía superior a 50.000 euros, el requisito de publicidad se entiende cumplido con la inserción de la información en el perfil del contratante que define el artículo 42 de la propia LCSP, sin perjuicio, como dice el artículo 175.c), de que este medio de publicidad pueda ir acompañado de otras modalidades de difusión o ser sustituido por éstas.

2) En los contratos de cuantía inferior a 50.000 euros, debe entenderse que el requisito de publicidad es también exigible, puesto que el apartado a) del artículo 175 exige la observancia de este principio (y de los demás que en él se establecen) "en todo caso". Al no indicarse, sin embargo, cuál sea el medio de publicidad que debe utilizarse en estos contratos, cabe remitir su determinación a la entidad contratante que deberá utilizar un medio de publicidad proporcionado a la cuantía del contrato, objeto del mismo, características particulares del sector de la actividad a que se refiere (tamaño, estructura del mercado), localización geográfica, etc.

Respecto del contenido de la publicidad, la Comisión Europea, en su repetida comunicación interpretativa, señala que "el anuncio puede, por lo tanto, limitarse a una breve descripción de los detalles esenciales del contrato que debe adjudicarse y del método de adjudicación, junto con una invitación a ponerse en contacto con la entidad adjudicadora. En caso de necesidad, podría completarse con información adicional disponible en Internet o previa petición a la autoridad adjudicadora".

– Principios de igualdad y no discriminación

Estos principios comportan las siguientes exigencias:

- Descripción no discriminatoria del objeto del contrato. La descripción no debe hacer referencia a una fabricación o procedencia determinadas ni referirse a una marca, una patente, un tipo, un origen o una producción

determinados, salvo si una referencia de este tipo se justifica por el objeto del contrato y va acompañada de la mención "o equivalente".

- Igualdad de acceso para los operadores económicos de todos los Estados miembros. Las entidades adjudicadoras no deberán imponer ninguna condición que suponga una discriminación directa o indirecta frente a los licitadores, como, por ejemplo, la obligación de que las empresas interesadas en el contrato estén establecidas en el territorio del mismo Estado miembro o de la misma región que la entidad adjudicadora.
- Reconocimiento mutuo de títulos, certificados y otros diplomas. Si se exige a los licitadores la presentación de certificados, títulos u otro tipo de documentación justificativa, los documentos procedentes de otros Estados miembros que ofrezcan garantías equivalentes deberán aceptarse.
- Proscripción de facilitar, de forma discriminatoria, información que pueda proporcionar ventajas a determinados licitadores respecto del resto.

– Principio de transparencia

Este principio implica:

- Que todos los participantes deban poder conocer previamente las normas aplicables al contrato que se pretende adjudicar, así como tener la certeza de que dichas normas se aplican de igual forma a todas las empresas.
- Fijación de plazos adecuados. Los plazos concedidos para presentar ofertas deberán ser suficientes para permitir a las empresas realizar una evaluación adecuada y formular sus ofertas.
- Fijación precisa y previa de los criterios objetivos aplicables para la valoración de ofertas. Debe indicarse que, según jurisprudencia del TJCE, no pueden tenerse en cuenta como criterios de adjudicación las características o experiencia de la empresa (que sólo podrán valorarse como elementos de solvencia) o el nivel y características de los medios que deban emplearse para la ejecución del contrato (que, en su caso, deberían exigirse a todos los licitadores por igual, articulando tal exigencia en el pliego como obligación de aportar medios determinados). En rigor,

esta exigencia es común a todos los contratos, estén o no sujetos a regulación armonizada.

- Determinación clara y previa del órgano al que, en su caso, le corresponde efectuar la propuesta de adjudicación y del órgano competente para adjudicar el contrato en todo caso.
- Necesaria adjudicación del contrato a favor de la oferta económicamente más ventajosa de acuerdo con los criterios objetivos de valoración de ofertas que en cada caso se hayan establecido.

– Principio de confidencialidad

La concreción de este principio queda recogida en el artículo 124 de la LCSP en su doble sentido de confidencialidad del órgano de contratación y confidencialidad del contratista. En relación con lo primero –confidencialidad del órgano de contratación–, el apartado 1 de dicho precepto establece que “sin perjuicio de las disposiciones de la presente Ley relativas a la publicidad de la adjudicación y a la información que debe darse a los candidatos y a los licitadores, los órganos de contratación no podrán divulgar la información facilitada por los empresarios que éstos hayan designado como confidencial; este carácter afecta, en particular, a los secretos técnicos o comerciales y a los aspectos confidenciales de las ofertas”. En relación con lo segundo –confidencialidad del contratista–, el apartado 2 del artículo 124 dispone que “el contratista deberá respetar el carácter confidencial de aquella información a la que tenga acceso con ocasión de la ejecución del contrato a la que se le hubiese dado el referido carácter en los pliegos o en el contrato, o que por su propia naturaleza deba ser tratada como tal...”.

2.2.- Perfección. A diferencia de lo que acontece con los contratos de las Administraciones Públicas y con los contratos sujetos a regulación armonizada, en los que se distingue entre adjudicación provisional y adjudicación definitiva, perfeccionándose por la adjudicación definitiva (artículos 27 y 135 de la LCSP), en los contratos no sujetos a regulación armonizada dicha distinción no tiene aplicación, por lo que no rige la regla de perfección del contrato mediante



adjudicación definitiva. Los contratos no sujetos a regulación armonizada se perfeccionan, pues, por su adjudicación entendida como acto jurídico único.

2.3.- Elaboración de pliegos. El artículo 121.2 de la LCSP dispone que "en contratos distintos a los mencionados en el apartado anterior (este apartado anterior se refiere a los contratos sujetos a regulación armonizada celebrados por poderes adjudicadores que no tengan el carácter de Administraciones Públicas) de cuantía superior a 50.000 euros, los poderes adjudicadores que no tengan el carácter de Administraciones Públicas deberán elaborar un pliego, en el que se establezcan las características básicas del contrato, el régimen de admisión de variantes, las modalidades de recepción de las ofertas, los criterios de adjudicación y las garantías que deberán constituir, en su caso, los licitadores sobre el adjudicatario, siendo de aplicación, así mismo, lo dispuesto en el artículo 104..."

Dado que el precepto transcrito alude a contratos no sujetos a regulación armonizada y exige, para los de cuantía superior a 50.000 euros, la elaboración de un pliego con el contenido indicado, cabe concluir que en los contratos (no sujetos a regulación armonizada) de cuantía superior a la indicada deberán elaborarse necesariamente pliegos que recojan los extremos indicados. En el caso de contratos de cuantía inferior a 50.000 euros, la confección de un pliego con el referido contenido ha de reputarse potestativa.

3. Contenido del contrato

Tratándose de contratos no sujetos a regulación armonizada, el contenido del contrato será el que considere oportuno el órgano de contratación que, por tanto, podrá, o bien remitirse voluntariamente a las previsiones de la LCSP si así lo estima conveniente, con las adaptaciones que, en su caso, sean necesarias y sin perjuicio de la aplicación preceptiva de aquellos preceptos de la Ley que estando referidos a los "contratos del sector público" tengan carácter de derecho necesario o de *ius cogens*, o bien establecer un régimen jurídico distinto del previsto por la LCSP.

Es por ello por lo que las consideraciones hechas en los epígrafes 5.1 (contenido mínimo del contrato y libertad de pactos); 5.2 (garantías); 5.3 (prerrogativas); 5.4 (pago del precio); 5.5 (revisión de precios); 5.6 (penalidades por demora y ejecución defectuosa); 5.7 (cesión del contrato y subcontratación); y 5.8 (causas de resolución) del apartado II.A) de esta Instrucción a propósito de los contratos sujetos a regulación armonizada son aplicables a los contratos no sujetos a regulación armonizada.

III - RÉGIMEN DE CONTRATACIÓN APLICABLE A LAS SOCIEDADES MERCANTILES DEL ESTADO Y A LAS ENTIDADES PÚBLICAS EMPRESARIALES VINCULADAS O DEPENDIENTES DE LA ADMINISTRACIÓN GENERAL DEL ESTADO QUE NO TENGAN LA CONDICIÓN DE PODERES ADJUDICADORES

Debe recordarse que, según lo indicado en el apartado I.B) y C) de esta Instrucción, en el caso de sociedades mercantiles del Estado y de entidades públicas empresariales dependientes de la Administración del Estado que no ostenten la condición de poderes adjudicadores carece de aplicación la distinción entre contratos sujetos a regulación armonizada y contratos no sujetos a regulación armonizada, ya que uno de los dos requisitos exigidos cumulativamente para caracterizar a los primeros es que la entidad contratante ostente la condición de poder adjudicador (artículo 13.1 de la LCSP), circunstancia que, por definición, no concurre en el supuesto de que ahora se trata.

Dicho lo anterior, el artículo 176 de la LCSP dispone lo siguiente:

"1. Los entes, organismos y entidades del sector público que no tengan la consideración de poderes adjudicadores deberán ajustarse, en la adjudicación de los contratos, a los principios de publicidad, concurrencia, transparencia, confidencialidad, igualdad y no discriminación.



2. La adjudicación de los contratos deberá efectuarse de forma que recaiga en la oferta económicamente más ventajosa.

3. En las instrucciones internas en materia de contratación que se aprueben por estas entidades se dispondrá lo necesario para asegurar la efectividad de los principios enunciados en el apartado 1 de este artículo y la directriz establecida en el apartado 2. Estas instrucciones deben ponerse a disposición de todos los interesados en participar en los procedimientos de adjudicación de contratos regulados por ellas, y publicarse en el perfil de contratante de la entidad.

(...)"

A la vista del precepto transcrito en lo pertinente, el régimen que para los contratos que concierten las entidades que no ostenten la condición de poderes adjudicadores es, en lo sustancial, igual al dispuesto para los contratos no sujetos a regulación armonizada que concierten las entidades del sector público que ostenten la condición de poderes adjudicadores. En consecuencia, tratándose de contratos que concierten las sociedades mercantiles del Estado y las entidades públicas empresariales dependientes de la Administración General del Estado que no ostenten la condición de poderes adjudicadores, cabe reiterar las indicaciones y consideraciones recogidas en el apartado II.B) de esta Instrucción.

No obstante lo anterior, deben hacerse dos matizaciones:

- 1) En relación con la publicidad, la regla del artículo 175.c) de la LCSP se refiere a contratos no sujetos a regulación armonizada que sean adjudicados por quienes ostenten la condición de poderes adjudicadores, siendo así que en el caso que se examina ahora las entidades contratantes no ostentan la condición de poderes adjudicadores y respecto de ellas carece de aplicación la distinción entre contratos sujetos a regulación armonizada y contratos que no lo están. Dicho lo anterior y dado que, de una parte, en los contratos de que ahora se trata rige también la observancia del principio de publicidad y, de otra parte, no establece la LCSP ninguna previsión sobre medios de publicidad para los contratos que adjudiquen las entidades que no ostenten la condición de poderes adjudicadores, cabe entender que la determinación del medio de publicidad que ha de utilizarse ha de quedar remitida a la entidad contratante que deberá utilizar un medio de publicidad proporcionado a la cuantía del contrato, objeto, ámbito



geográfico del mismo, características y circunstancias del sector. En este sentido se pronunció la Junta Consultiva de Contratación Administrativa a propósito de la disposición adicional sexta del TRLCAP; así en su informe 24/1995, de 24 de octubre, declara lo siguiente:

"... cabe únicamente resaltar que la sujeción a los principios de publicidad y concurrencia no supone en modo alguno la sujeción a las normas concretas sobre publicidad y concurrencia de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, pues de haber querido el legislador este efecto lo hubiera consignado expresamente.

Sobre la sujeción a los indicados principios no pueden darse soluciones concretas, pues será la propia empresa la que deberá decidir la manera más adecuada de dar efectividad a los mismos, sin que para ello sea necesario, aunque si posible acudir a las normas concretas (plazos, supuestos de publicidad, procedimiento negociado, prohibiciones de contratar, etc.) que contiene la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas...".

2) En relación con la elaboración de pliegos de cláusulas o condiciones, puede utilizarse como criterio de referencia la previsión contenida en el artículo 121.2 de la LCSP.

IV - IMPUGNACIÓN DE LA ACTIVIDAD CONTRACTUAL DE LAS FUNDACIONES ESTATALES. IMPUGNACIÓN DE LA ACTIVIDAD CONTRACTUAL DE LAS SOCIEDADES MERCANTILES DEL ESTADO Y DE LAS ENTIDADES PÚBLICAS EMPRESARIALES QUE OSTENTEN LA CONDICIÓN DE PODERES ADJUDICADORES

Es necesario distinguir, para determinar el régimen jurídico a que se sujeta la impugnación de la actividad contractual de las entidades que se consideran, según se trate de contratos sujetos a regulación armonizada o de contratos que no lo están.

A) CONTRATOS SUJETOS A REGULACIÓN ARMONIZADA

Debe distinguirse, a su vez, según se trate de la impugnación de los actos de preparación y adjudicación provisional o de la impugnación que se plantee en relación con los efectos, cumplimiento y extinción de los contratos.

A.1.- Impugnación de los actos de preparación y de adjudicación provisional

El régimen jurídico aplicable a la resolución de conflictos previsto en la LCSP atiende especialmente, en el ámbito de los contratos sujetos a regulación armonizada, a la normativa de la Unión Europea dictada en materia de recursos con el objetivo de lograr que todos los licitadores tengan la oportunidad de que sus reclamaciones, fundadas en vicios de procedimiento, puedan ser consideradas de una manera útil y eficaz antes de producirse la adjudicación definitiva del contrato. Así, en la Memoria de la Ley se dice lo siguiente:

"Esta regulación ha tenido en cuenta no sólo la Directiva 89/665/CEE del Consejo, de 21 de diciembre de 1989, relativa a la coordinación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas referentes a la aplicación de los procedimientos de recurso en materia de adjudicación de los contratos públicos de suministros y de obras, (en adelante, "Directiva de recursos"), sino también los criterios sentados sobre el particular por el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas y las indicaciones que pueden extraerse de los trabajos preparatorios para la revisión de esa directiva acerca de lo que previsiblemente constituirán las líneas básicas en que se asentará la nueva normativa comunitaria en la materia¹.

El condicionamiento principal en este punto radica en la necesidad de que el recurso se articule de forma que constituya un medio útil para permitir la revisión de la decisión de adjudicación antes del perfeccionamiento del contrato, según la doctrina sentada por el Tribunal de Justicia en la sentencia Alcatel (sentencia de 28 de octubre de 1999, en el asunto C-81/98), en la que señala que 'las disposiciones del artículo 2, apartado 1, letras a) y b), en relación con las del artículo 6, párrafo segundo, de la Directiva 89/665/CEE ..., deben interpretarse en el sentido

¹ Los mencionados trabajos han culminado con la aprobación de la Directiva 2007/66/CEE del Parlamento Europeo y del Consejo de 11 de diciembre, por la que se modifican las Directivas 89/66/CEE y 92/13/CEE del Consejo en lo que respecta a la mejora de la eficacia de los procedimientos de recurso en materia de adjudicación de contratos públicos.

de que los Estados miembros están obligados a establecer, en todos los casos, independientemente de la posibilidad de obtener una indemnización por daños y perjuicios, un procedimiento de recurso que permita al demandante obtener, si concurren los correspondientes requisitos, la anulación de la decisión del órgano de contratación anterior a la celebración de contrato por la que resuelve con qué licitador en dicho procedimiento celebrará el contrato'. La revisión de la directiva de recursos pretende obtener este efecto a través de la inserción de un periodo de paralización del procedimiento entre la adjudicación del contrato y su formalización (dando por descontado que la perfección del vínculo se produce por medio de ésta) de duración suficiente para permitir la interposición del correspondiente recurso, y la atribución a la presentación de éste de un efecto suspensivo automático".

Aun siendo contratos privados y no contratos administrativos (cfr. artículo 20.1 de la LCSP), el carácter predominantemente jurídico-público de las normas por las que se rigen los actos de preparación y adjudicación de los contratos sujetos a regulación armonizada unido a la configuración del recurso previsto en el artículo 37 de la LCSP como obligatorio determinan que sea el orden jurisdiccional contencioso-administrativo el competente para conocer en última instancia de las reclamaciones que se puedan suscitar. Así, el artículo 21.1 de la LCSP atribuye al orden jurisdiccional contencioso-administrativo la competencia para resolver las cuestiones litigiosas "que se susciten en relación con la preparación y adjudicación (...) de los contratos sujetos a regulación armonizada, incluidos los contratos subvencionados a que se refiere el artículo 17"; por su parte, el apartado 2 de dicho precepto legal, al delimitar la competencia del orden jurisdiccional civil, precisa que "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".

De acuerdo con la Memoria y la Exposición de Motivos de la LCSP sobre la necesaria adaptación de la normativa española al Derecho comunitario en materia de recursos, una de las innovaciones más importantes de las establecidas por la LCSP consiste en la introducción de un régimen especial de revisión de decisiones en materia de contratación que está regulado en sus artículos 37 y 38.

De este recurso especial interesa subrayar las siguientes características:

– Se trata de un recurso que, en el ámbito de las fundaciones del sector público estatal, de las sociedades mercantiles del Estado y de las entidades públicas empresariales dependientes de la Administración del Estado, queda limitado a los contratos sujetos a regulación armonizada, siendo, además, vía obligatoria previa para el acceso al control jurisdiccional contencioso-administrativo, excluyendo el sistema de recursos ordinarios previsto en la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

– Su objeto lo constituye de una manera muy amplia toda la actuación preparatoria contractual en los términos del apartado 2, en relación con el apartado 9, del artículo 37: anuncios, pliegos reguladores de la licitación y los que establezcan las características de la prestación, los acuerdos de adjudicación provisional –no el acuerdo de adjudicación definitiva– y los actos de trámite adoptados en el procedimiento, siempre que estos últimos decidan directa o indirectamente sobre la adjudicación, determinen la imposibilidad de continuar el procedimiento o produzcan indefensión o perjuicio irreparable a derechos o intereses legítimos.

1 – La finalidad del recurso es facilitar al licitador, e incluso a quien no lo sea pero ostente un derecho o interés legítimo, el derecho a que su queja o reclamación sea analizada por el órgano de contratación con carácter previo a la toma de decisión. Para ello, el artículo 38 de la LCSP prevé la adopción de medidas provisionales y, especialmente, el apartado 7 del artículo 37 anuda a la interposición del recurso contra el acto de adjudicación provisional la suspensión de la tramitación del expediente hasta que se resuelva expresamente el recurso, sin que pueda, por tanto, procederse a la adjudicación definitiva y formalización del contrato, suspensión que no tiene más excepción que la indicada en el inciso segundo del propio artículo 37.7. Como se expuso anteriormente, la diferenciación entre adjudicación provisional y definitiva es una novedad introducida por la LCSP; dicha diferenciación se justifica precisamente por la configuración del sistema de recursos en el ámbito de los contratos sujetos a regulación armonizada. Durante el plazo de 15 días establecido en el artículo 135.4 de la

LCSP no puede producirse la elevación a definitiva de la adjudicación provisional precisamente para que los licitadores en el procedimiento tengan oportunidad de formular un recurso que, según lo dicho, suspende automáticamente la tramitación del expediente de contratación en el caso de impugnarse el acto de adjudicación provisional.

– Desde el punto de vista de la competencia para la resolución del recurso, la naturaleza jurídico-privada de las fundaciones del sector público estatal, sociedades mercantiles del Estado y, a los exclusivos efectos de la LCSP, de las entidades públicas empresariales, tiene por consecuencia que dicha competencia se atribuya (artículo 37, apartado 4) al “titular del departamento, órgano, ente u organismo al que esté adscrita la entidad contratante o al que corresponda su tutela”. Cuando la entidad contratante esté vinculada a más de una Administración, será competente el órgano correspondiente de la que ostente el control o participación mayoritaria. Se trata de localizar, de esta manera, un centro de imputación jurídico-administrativo en el órgano de tutela o adscripción de la entidad contratante.

– La resolución que finalmente adopte el órgano de adscripción o tutela es impugnabile, como se ha dicho antes, ante el orden jurisdiccional contencioso-administrativo (artículo 37, apartado 10, de la LCSP).

A.2.- Impugnación en relación con los efectos, cumplimiento y extinción de los contratos

Como se ha indicado anteriormente, los contratos que adjudiquen las fundaciones del sector público estatal, sociedades mercantiles del Estado y entidades públicas empresariales que dependan de la Administración General del Estado son contratos privados y no contratos administrativos (se reitera, una vez más, que las entidades públicas empresariales no ostentan, a los efectos de la LCSP, la condición de Administraciones Públicas). Así, el artículo 20, apartado 1, de la LCSP dispone que “tendrán la consideración de contratos privados los celebrados por los entes, organismos y entidades del sector público que no reúnan la condición de Administraciones Públicas”.

Caracterizados de esta forma dichos contratos, las cuestiones litigiosas que se susciten en relación con sus efectos, cumplimiento y extinción han de residenciarse ante el orden jurisdiccional civil; así, el artículo 21.2 dispone que "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". Lo anterior no impide que las entidades de que se trata puedan remitir a arbitraje, conforme a las disposiciones de la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, la solución de las diferencias que puedan surgir sobre los efectos, cumplimiento y extinción de estos contratos (artículo 39 de la LCSP).

B) CONTRATOS NO SUJETOS A REGULACIÓN ARMONIZADA

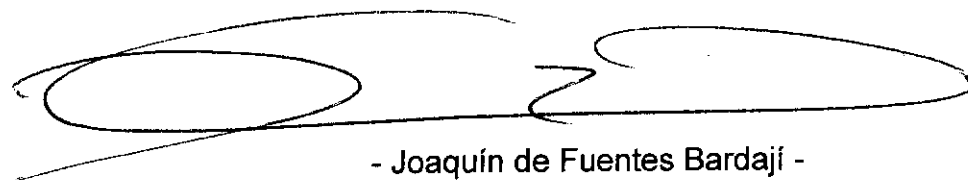
El artículo 21.2 de la LCSP dispone que "el orden jurisdiccional civil será competente para resolver las controversias que surjan entre las partes en relación con los efectos, cumplimiento y extinción de los contratos privados. Este orden jurisdiccional será igualmente competente para conocer de cuantas 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". Partiendo de esta previsión legal, y como quiera que el recurso especial establecido en el artículo 37 de la LCSP como medio de impugnación (obligado) contra los actos preparatorios y el acto de adjudicación provisional sólo es admisible respecto de los contratos sujetos a regulación armonizada, en el caso de contratos no sujetos a regulación armonizada dicho recurso queda radicalmente descartado. Así las cosas, y teniendo en cuenta, de una parte, que la LCSP no establece ningún medio específico de impugnación de los actos preparatorios y de los actos de adjudicación (única) de estos contratos y, de otra parte, que se trata de contratos privados, ha de concluirse que la impugnación que se suscite respecto de los contratos no sujetos a regulación armonizada, ya lo sea de los actos de preparación y adjudicación (única), ya lo sea en relación con los efectos, cumplimiento y extinción, han de residenciarse, mediante la interposición de la correspondiente demanda, ante el orden jurisdiccional civil.

V - IMPUGNACIÓN DE LA ACTIVIDAD CONTRACTUAL DE LAS SOCIEDADES MERCANTILES DEL ESTADO Y DE LAS ENTIDADES PÚBLICAS EMPRESARIALES DEPENDIENTES DE LA ADMINISTRACIÓN DEL ESTADO QUE NO OSTENTEN LA CONDICIÓN DE PODERES ADJUDICADORES

Por las consideraciones expuestas en el apartado I.B) y C) de esta Instrucción, en la actividad contractual de estas entidades carece de aplicación la distinción entre contratos sujetos a regulación armonizada y contratos no sujetos a regulación armonizada. Así las cosas, y por las razones indicadas en el apartado IV.B) de esta Instrucción, debe concluirse que la impugnación de la actividad contractual de las sociedades mercantiles del Estado y de las entidades públicas empresariales dependientes de la Administración del Estado que no ostenten la condición de poderes adjudicadores se sujeta al mismo régimen que el establecido para los contratos no sujetos a regulación armonizada que concierten las fundaciones del sector público estatal, así como los que concierten las sociedades mercantiles del Estado y las entidades públicas empresariales que tengan la condición de poderes adjudicadores. En consecuencia, las impugnaciones que se susciten, ya lo sean respecto de los actos de preparación y adjudicación (única), ya lo sean respecto de los efectos, cumplimiento y extinción de los contratos han de residenciarse, mediante la interposición de la correspondiente demanda, ante el orden jurisdiccional civil.

Madrid, 5 de febrero de 2008.

EL ABOGADO GENERAL DEL ESTADO,



- Joaquín de Fuentes Bardají -

SR. ABOGADO DEL ESTADO-JEFE EN