

LECCIÓN 1

LOS CONTRATOS DEL SECTOR PÚBLICO: CONCEPTO, RÉGIMEN APLICABLE Y CLASES¹

Tomás de la Quadra-Salcedo Fernández del Castillo
Profesor emérito de Derecho Administrativo
Universidad Carlos III de Madrid

Sumario:

- 1.1. *Concepto y notas distintivas de la contratación pública.*
- 1.2. *Régimen jurídico de los contratos del sector público. Negocios y figuras excluidos.*
- 1.3. *Los distintos tipos de contratos de las Administraciones públicas.*

1.1. CONCEPTO Y NOTAS DISTINTIVAS DE LA CONTRATACIÓN PÚBLICA

§ 1. El modo de **actuar unilateral** de la Administración en defensa de los intereses generales (autorizando, expropiando, sancionando, etc.) no es el único que emplean las Administraciones Públicas, aunque sea el más característico y frecuente.

Junto a él, desde siempre –y desde luego desde el principio del Estado constitucional en todo caso–, la Administración ha buscado la **colaboración de particulares y empresas** en muchos casos y, muy especialmente, cuando se trata de la realización de actividades materiales (construcción –un puente, un túnel, una carretera–; prestación de servicios públicos a los ciudadanos especialmente antes de su liberalización –transporte, telecomunicaciones, etc.–; o recepción de servicios o suministros –limpieza de la fachada de un Ministerio, pintura de unas dependencias públicas, o compra de papel, bolígrafos, ordenadores, etc.– entregados por particulares o empresas)².

Las razones para buscar el acuerdo con particulares y empresas obedecen a que **la Administración ni pretende desarrollar actividades industriales y mercantiles, ni esa es propiamente su función**. Consiguientemente, no tiene normalmente una organización capaz de construir un puente, pintar una fachada o

¹ Revisado en septiembre 2024.

² No son esos los únicos supuestos en los que las Administraciones Públicas, como luego veremos, buscan el consenso de otra parte. Así lo busca también cuando hace convenios con otras Administraciones Públicas que no pretende una prestación y contraprestación sino una coordinación de actividades. También puede ser el caso de convenios con Administraciones de otros Estados o que se deriven de Tratados internacionales.

dedicarse al suministro de material de oficina. No la tiene porque no quiere tenerla³. Pero eso no quiere decir que la Administración no tenga necesidad de construir carreteras, reparar sus propios edificios o recibir suministros de determinados bienes que necesita, etc., para lo que ha de contratar con empresas y particulares la realización material de obras, servicios, suministros, etc. En este punto surge un tema muy relevante y polémico que es el debate en torno a cuáles con las actividades que deben llevar a cabo las Administraciones a través de sus propios medio y cuales son las que debe **externalizar** a través de contratos con proveedores. No existe un criterio fijo y detallado para determinar el alcance de las actividades de las Administraciones Pública y de sus contratistas, pero debe atenderse a que existen unos límites consistentes en la prohibición de externalizar funciones que implican el ejercicio de autoridad inherente a los poderes públicos⁴. Esta cuestión se plantea con especial complejidad en torno a la gestión de los servicios públicos en concreto en el ámbito local (abastecimiento de agua, recogida de basuras, etc.) en los que se han planteado fenómenos de externalización y remunicipalización de estos servicios (es decir, se gestionado de forma externa por empresas mediante contratos con las Administraciones y posteriormente, han sido recuperados para ser prestados directamente por esas Administraciones por sus propios medios).

Al margen de la fluctuación de sus límites, la contratación pública **resulta esencial** para el propio funcionamiento de las Administraciones Públicas en cuanto organizaciones que tienen necesidades materiales y, asimismo, para el ejercicio de sus funciones que, como se ha indicado se pueden articular a través de contratos. Esto explica que la contratación pública represente aproximadamente un 20 por ciento del PIB de la Unión Europea, lo que, dado su volumen, lo convierte en un instrumento esencial para el desarrollo de políticas económicas basadas en la dinamización de la economía a través del gasto público⁵.

³ Aunque en ocasiones, si tiene medios propios, los utiliza desde luego; así se puede comprobar en el artículo 30 LCSP referido a la ejecución directa de obras y fabricación de bienes muebles por la Administración, y ejecución de servicios con la colaboración de empresarios particulares. Por razones de defensa nacional es habitual que existan en ese ámbito medios propios para realizar determinadas tareas.

⁴ Así se dispone en la normativa sobre contratación que indica que no podrán ser objeto de estos contratos los servicios que impliquen ejercicio de la autoridad inherente a los poderes públicos (art. 17, 284 LCSP). También la normativa de empleo público excluye la posibilidad de atribuir este tipo de funciones a personal laboral, ya que las funciones de autoridad deben ser desempeñadas exclusivamente por funcionarios (art. 9.2 de la Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público).

⁵ Se trata de políticas económicas de corte keynesiano cuyo ejemplo más evidente fue el llamado Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia que articula los fondos del programa Next

La contratación se extiende a todas las Administraciones Públicas y alcanza a la totalidad de los sujetos del sector público. Dentro de este, el mayor volumen de contratos (en número) se concentra a nivel autonómico que concentra más de la mitad de los contratos que se suscriben anualmente, mientras que las entidades locales son responsables de más de una cuarta parte y a nivel estatal queda limitado a menos de una décima parte⁶. Esto se explica por la desconcentración territorial de competencias que lleva a que sea a nivel autonómico y local donde se concentra la prestación de servicios públicos (educación, sanidad, servicios sociales, agua, residuos, etc.) que son los que se requieren de la contratación con terceros.

§ 2. Volviendo a la distinción entre la actividad unilateral y contractual de las Administraciones, esta última se caracteriza en tanto el particular o las empresas **pueden acceder voluntariamente a contratar con la Administración** y ésta no puede imponer unilateralmente su deseo de contratar con una persona determinada.

Ahí está el momento de libertad del particular o de la empresa frente a la Administración; momento que no existe en la actividad unilateral de la Administración, puesto que no sería lógico que buscara el consenso del particular para expropiarle o para sancionarle⁷. En cambio, las cosas suceden de forma diferente cuando contrata.

No obstante, la libertad de las empresas y particulares que contratan con la Administración se encuentra **fuertemente limitada**, en el sentido de que no pueden

Generation de la Unión Europea para superar la crisis económica provocada por la pandemia del COVID: <https://planderecuperacion.gob.es>.

⁶ En concreto las cifras son las siguiente en los últimos años, según el Informe Anual sobre la Contratación Pública preparado por la Oficina Independiente de Regulación y Supervisión de la Contratación (OIReScon). <https://www.hacienda.gob.es/RSC/OIReScon/informe-anual-supervision-2024/ias2024-modulo1.pdf>

PBL sin impuestos y % del sector público										
Año	2019		2020		2021		2022		2023	
Sector público	(mill. €)	(%)	(mill. €)	(%)	(mill. €)	(%)	(mill. €)	(%)	(mill. €)	(%)
Autonómico	22.502,40	32,00	23.083,46	36,91	34.480,40	36,01	40.387,82	40,77	43.507,46	40,45
Estatad	30.580,04	43,48	19.224,85	30,74	30.640,72	32,00	26.575,13	26,82	36.149,95	33,61
Local	17.247,04	24,52	20.223,22	32,34	30.638,28	32,00	32.109,24	32,41	27.900,26	25,94
Total	70.329,48	100,00	62.531,53	100,00	95.759,39	100,00	99.072,19	100,00	107.557,67	100,00

⁷ Eso no quita que en el ejercicio de potestades unilaterales se puedan insertar técnicas de consenso, si bien con la perspectiva para el particular de que, si no llega al acuerdo, la Administración puede acabar tomando su decisión de forma unilateral. Ese ha sido el caso tradicionalmente de los acuerdos para la fijación del justiprecio o, últimamente, de la técnica de la terminación convencional del procedimiento prevista en el artículo 86 LPACAP.

negociar libremente el contenido de lo que se contrata ya que eso viene definido prácticamente, en todo o en su mayor parte, por la propia Administración. Por tanto, los contratos son, en buena parte, **contratos de adhesión** con poco margen para el acuerdo de voluntades en la definición de lo que se quiere⁸, aunque algún margen hay a la hora de presentar sus ofertas los licitadores (empresas o particulares que acuden a la convocatoria de un contrato), especialmente en algunas modalidades de selección del contratista. Todo ello no quita que podamos hablar del contrato como algo diferente al ejercicio unilateral de potestades públicas, pues en todo caso, no existe una obligación de contratar con la Administración. Otra cosa es que, por la importancia del mercado de la contratación pública en el PIB de la UE, en torno al 20%, las empresas tengan gran interés en hacerlo voluntariamente.

Cuanto se ha dicho con referencia a la Administración vale para los organismos, entes, entidades, etc. que forman parte, como veremos, de lo que se llama el “sector público”, si bien es con la Administración propiamente dicha o con los entes que ejercen potestades públicas con los que es más pertinente la reflexión sobre la diferencia entre el actuar unilateral o concertado a través de técnicas contractuales.

§ 3. La relación contractual de las Administraciones Públicas con empresas o particulares tienen **antecedentes muy remotos**. Se pueden buscar en Roma⁹, en la Edad Media o en la Edad Moderna. En todo caso lo que nos interesa es la situación en España a partir del primer constitucionalismo. A ese respecto la Gaceta de Madrid (predecesora del BOE) en los periodos del primer constitucionalismo está llena de anuncios de contratas sobre los más diversos bienes y servicios; para convocarlas no se invocaba una cobertura normativa especial, aunque a veces se citan, como es el caso del Ejército y la Marina, las Reales Ordenanzas.

⁸ El precio es uno de los elementos característicos en que el contratista participa en su determinación, como es el caso de la antigua subasta en la que el contrato se adjudicaba al que ofrecía el precio más bajo. Como veremos hay otros elementos en los que la oferta del contratista contribuye a terminar de perfilar el contenido del contrato, por ejemplo, cuando se admiten variantes a presentar por los licitadores, que pueden afectar al plazo de ejecución o a cualquier otro aspecto concreto del contrato.

⁹ MUÑOZ COELLO, J. «Sobre el abastecimiento al ejército romano durante la conquista de Hispania», *Habis*, nº 9, 1978, recoge la actividad de las *societates publicanorum* con cita de Tito Livio (Livio, XXIII, 48, 5) y cómo en 215 a.C. el *ensor* Fulvio adjudica los abastecimientos de los ejércitos de Hispania a tres compañías de diecinueve miembros, tras pública subasta del servicio. En muchos Reinos de la España medieval algunos tributos se arrendaban al mejor postor que se obligaba a satisfacer en determinados periodos del año los porcentajes fijos de lo que se esperaba recaudar.

Una de las primeras normas de carácter general es la Real Orden de 18 de marzo de 1846 en que se establecen las Reales Ordenanzas de obras públicas de caminos, canales y puertos. La norma más relevante del periodo es, sin embargo, el **Real Decreto de 27 de febrero de 1852 de Bravo Murillo** que estableció reglas para toda clase de contratos sobre servicios públicos. Después, en la Legislación de Obras públicas y en la de Administración y contabilidad de la Hacienda pública, se van a ir recogiendo en distintos momentos diversas normas relativas a la contratación.

La legislación de Hacienda refleja la preocupación por garantizar un uso eficiente de los recursos públicos, pues se considera que sólo un buen sistema de contratación, con publicidad que asegure la **conurrencia** de todos los interesados, garantiza que no se pague más de lo debido por las obras y suministros, así como por los servicios que recibe la Administración –o que ésta encarga a terceros para que sean prestados a los ciudadanos–. Esa concurrencia para lograr el precio justo es la razón de ser de toda la normativa de contratación, además de asegurar la satisfacción de las necesidades que justifican la obra o servicio que se quiere contratar.

§ 4. Garantizar la concurrencia es asegurar el mejor precio y a la vez la igualdad de todos. Por otra parte, con ello se trata de poner remedios también para evitar la corrupción en la adjudicación de los contratos públicos.

La **publicidad, la transparencia y la concurrencia** son los principios que inspiran toda la legislación de contratos sea cual sea la norma en que se encuentre (reglamentos, leyes de obras públicas, leyes de contabilidad de la Hacienda Pública, etc.) en el siglo XIX. Esos mismos principios han seguido presidiendo toda la legislación posterior y aún la vigente, contenida en la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, que ha sustituido y derogado el [Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público](#), por más que en los últimos textos legales sobre contratación esté incorporada y presente, además, la preocupación de la Unión Europea por garantizar el **acceso a la contratación pública en condiciones de igualdad** entendida, sobre todo, como sin discriminaciones por razón de la nacionalidad.

Esa preocupación fundamental de la Unión Europea va a determinar las singularidades de la regulación actual, pues el campo de la contratación pública suele ser terreno propicio para el ejercicio de un patriotismo estatal –mayor aún si nos movemos en niveles de gobierno locales y regionales– que, por encima de respetar más o menos

formalmente el principio de no discriminación por razón de la nacionalidad, pueden tratar de favorecer a las empresas del propio Estado, región o municipio.

§ 5. El texto articulado de la **Ley de Contratos del Estado de 8 de abril de 1965** comenzó una etapa de regulación de la contratación pública de forma más completa y sistemática que hasta entonces. La Ley citada estuvo vigente hasta 1995 si bien con muchas modificaciones que, entre otras cosas, trataban de solucionar el problema de una norma de 1965 que estaba exenta de cualquier preocupación europea que sólo va a surgir con la incorporación de España a las Comunidades Europeas a partir de 1986. Ello exigió la introducción de los nuevos principios de las Directivas de la UE en la legislación existente. Inicialmente se hizo mediante modificaciones puntuales de la Ley de 1965; pero tales parches no resistieron las sucesivas sentencias del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas que obligaron a hacer una legislación completamente nueva –la **Ley 13/1995 de 18 de mayo de contratos de las Administraciones públicas (LCAP)**– que derogó la anterior y que, además, se adaptó plenamente al reparto constitucional de competencias que reserva al Estado (artículo 149.1.18 de la CE) las bases de los contratos de las Administraciones Públicas y permite a las Comunidades Autónomas asumir competencias de desarrollo normativo y ejecución en la materia.

La LCAP trató de dar respuesta a ambos desafíos: ajustarse al reparto constitucional y estatutario de competencias y a las exigencias de las Directivas europeas que buscaban garantizar el principio de libre competencia.

Pero el ajuste en la perspectiva de las exigencias de la UE no era pleno y, pronto, **la LCAP sufrió varias modificaciones**, algunas derivadas de la jurisprudencia del Tribunal de Luxemburgo que siguió declarando que en algunos aspectos que, sobre todo, tenían que ver con el ámbito subjetivo de la Ley, no se respetaban las Directivas europeas¹⁰. Esto se explica ya que el crecimiento económico y la búsqueda de una mayor agilidad llevó al uso y abuso por parte de los Poderes públicos de técnicas organizativas

¹⁰ En efecto, a pesar de diversas modificaciones, la legislación española dejaba fuera de su ámbito y, por tanto no se sometía a las previsiones de la UE, determinadas entidades (determinadas entidades de naturaleza pública pero sujetas al Derecho privado, con formas privadas de personificación pero en mano pública, sociedades mercantiles y fundaciones básicamente) que, de acuerdo con la sistemática y las categorías españolas, se entendía por nuestro país que no encajaban en el concepto de la UE de Entidades de Derecho Público o sujetas a Derecho Público

capaces de eludir controles financieros, formales y de otro tipo que se contenían tanto en la normativa nacional como comunitaria sobre contratación pública.

Después de varias sentencias del Tribunal de Luxemburgo al respecto (la de 15 de mayo de 2003 dejó claro el sentido de las normas de la UE), se hizo evidente –junto a la aprobación de las nuevas Directivas 2004/18/CE y 2004/17/CE– la necesidad de ajustarse plenamente a las exigencias de la UE y provocó la aprobación de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público (LCSP)¹¹, que derogó la anterior con excepción de algunos artículos relativos al contrato de concesión de obra pública.

El Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (TRLCSP), sustituyó a la Ley 30/2007 reuniendo toda la legislación sobre aspectos de financiación del contrato de concesión de obra pública, incorporando además al nuevo texto todas las modificaciones que de forma sucesiva se habían venido haciendo desde el año 2008 en el TRLCSP. Este TRLCSP no se limitó en su momento a introducir las modificaciones en los preceptos que lo necesitaban, sino que fue una Ley de nueva planta en el sentido de que responde a un formato y a una sistemática distinta a la tradicional y mucho más compleja. Esto provocó la crítica de una parte importante de la doctrina por su **complejidad** –y en algunos puntos su obscuridad– sin duda derivada de la propia complejidad. Sin embargo, el TRLCSP, si bien derogó la LCSP, mantenía la misma ordenación y estructura con las modificaciones y añadidos que se habían ido produciendo a lo largo de los menos de cuatro años de vigencia de la LCSP.

§ 6. Tras la aprobación del TRLCSP se produjo, una vez más, una reforma profunda como consecuencia de las nuevas Directivas “de cuarta generación” de la Unión de 2014, cuyo plazo de trasposición concluyó el 18 de abril de 2016. En efecto, la publicación de nuevas Directivas en materia de contratación –Directiva 2014/23/UE; Directiva 2014/24/UE y Directiva 2014/25/UE las tres de 26 de febrero de 2014 – obligaron a redactar un nuevo texto legal contenido en la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y

¹¹ También de la Ley 31/2007, de 30 de octubre, sobre procedimientos de contratación en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales, derogada por el Real Decreto-ley 3/2020.

2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014 (LCSP) que se aprobó fuera del plazo de transposición.

Aunque hubo algún amago de llevar a cabo una transposición a través de una norma de estructura más sencilla, sin embargo, la LCSP mantiene la misma complejidad que su predecesora, lo cual no puede conducir a descalificarla en absoluto, una vez que se comprende que lo que se pretende es establecer un régimen diferenciado en razón de los sujetos (según los distintos sujetos del sector público a los que debe aplicarse) en razón de los distintos contratos a los que se aplica y en función de las distintas fases de dichos contratos. Con esa diferenciación no se busca sino aplicar el Derecho de la Unión en materia contractual en toda su extensión y profundidad allí donde es necesario aplicarlo con ese alcance, pero no hacerlo con esa profundidad allí donde no lo es. Y eso exige diferenciar por razón del sujeto (no es la misma la sujeción de una Administración Pública que la de un poder adjudicador que no es Administración Pública o que un sujeto del sector público que ni es Administración, ni es poder adjudicador) y por razón del objeto (no son las mismas las exigencias para un contrato sujeto a regulación armonizada que un contrato que no lo está; e igual ocurre con los contratos según tengan o no naturaleza administrativa) o por razón del momento del procedimiento contractual en que nos encontremos (no son las mismas las exigencias en la fase de preparación del contrato, en la fase de selección del contratista o en la fase de cumplimiento o ejecución del contrato).

Esos distintos sujetos, esos distintos contratos y esos distintos momentos componen una parrilla compleja (una tabla con múltiples entradas en el eje vertical u horizontal) en que la regulación es diferente en función del sujeto, del contrato y del momento o fase del proceso de contratación.

Todo ello da lugar a una Ley con una regulación que pudiéramos denominar de “geometría variable” pues el sujeto determina distintos tipos de regulación y el tipo y naturaleza del contrato otros tipos de regulación, así como el momento del proceso contractual en que nos encontremos.

La combinación de las regulaciones posibles por razón del sujeto, del momento y del contrato es lo que provoca esa geometría variable en cuanto que no hay una correspondencia biunívoca entre el sujeto y régimen del contrato que sólo establezca diferencias en función del objeto del contrato (obras, servicios, suministros, etc.) como antes venía sucediendo, sino que tiene en cuenta otras dimensiones, rasgos y caracteres del contrato y del sujeto. Eso es lo que provoca esa geometría variable que suscita la crítica doctrinal por la oscuridad de la norma.

Por otra parte, debe tenerse en cuenta que el LCSP constituye la norma de cabecera dentro de la legislación básica estatal que se dicta conforme al artículo 149.1.18^a CE. No obstante, debe notarse que no toda la LCSP tiene carácter básico por lo que determinados artículos solamente se aplican a la Administración General del Estado y organismos o entidades de ámbito estatal¹². Las CCAA han hecho un desarrollo limitado de la normativa sobre contratación con medidas muy específicas centradas en cuestiones de organización, sin afectar al adjudicación y ejecución de los contratos¹³.

La normativa básica a nivel estatal se completa con las normas de desarrollo reglamentario. Por una parte, se encuentra en vigor el Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, que aprobó el Reglamento General de la LCSP de 1995 y que permanece en vigor en todo aquello que no se oponga al actual LCSP, si bien con sucesivas modificaciones que se han ido introduciendo en su articulado¹⁴. Este Reglamento tiene carácter básico en aquellos artículos que así indica, y su contenido debe adaptarse a lo dispuesto por el TRLCSP ya que sigue la sistemática de la LCSP 1995 que ha quedado ampliamente superada. Por otra parte, el contenido del LCSP también se desarrolla a través del Real Decreto 817/2009, de 8 de mayo, de desarrollo parcial de la Ley 30/2007 que deroga determinados apartados específicos del Real Decreto 1098/2001¹⁵.

¹² La disposición final primera de la LCSP distingue los diferentes títulos competenciales en virtud de los cuales se dicta cada uno de los preceptos de la Ley y su carácter exclusivo, básico, no básico y mínimo o máximo, en cuanto susceptible de modificación al alza o a la baja.

Así pueden verse en las siguientes determinaciones de la citada disposición final primera:

“El artículo 27 se dicta al amparo de la regla 6.ª del artículo 149.1 de la Constitución, que atribuye al Estado la competencia sobre «legislación procesal, sin perjuicio de las necesarias especialidades que en este orden se deriven de las particularidades del derecho sustantivo de las Comunidades Autónomas».

2. Los artículos que se indican a continuación se dictan al amparo de las competencias exclusivas que corresponden al Estado para dictar la legislación civil y mercantil en virtud de lo dispuesto en el artículo 149.1.6.ª y 8.ª de la Constitución, artículo 271.1, artículo 272.1 y 2, artículo 273.1, artículo 274, artículo 275 y artículo 276.

3. El apartado 3 del artículo 347 constituye legislación básica y se dicta al amparo del artículo 149.1.18 de la Constitución en materia de «bases del régimen jurídico de las Administraciones Públicas». Por su parte, los restantes artículos de la presente Ley constituyen legislación básica dictada al amparo del artículo 149.1.18.ª de la Constitución en materia de legislación básica sobre contratos y concesiones administrativas y, en consecuencia, son de aplicación general a todas las Administraciones Públicas y organismos y entidades dependientes de ellas.

No obstante, no tendrán carácter básico los siguientes artículos o partes de los mismos:...

¹³ Algunas Comunidades Autónomas han aprobado Leyes específicas como es el caso de Extremadura con la Ley 12/2018, de 26 de diciembre, de contratación pública socialmente responsable de Extremadura; o de Aragón con la Ley 3/2011, de 24 de febrero, de medidas en materia de contratos del sector público; o de Navarra con la Ley Foral 6/2006, de 9 de junio. Otras Comunidades han integrado normas sobre contratación en sus Leyes de Gobierno y Administración o en Leyes de acompañamiento a las Leyes de presupuestos.

¹⁴ La última por Real Decreto 256/2018, de 4 de mayo.

¹⁵ Dicho Real Decreto 817/2009 regula determinados aspectos de la clasificación de las empresas contratistas, el Registro Oficial de Licitadores y Empresas Clasificadas, la valoración de los criterios de apreciación subjetiva, especialmente cuando deba hacerse a través del comité de expertos u organismo independiente a que se refiere el artículo 134.2 de la Ley de Contratos del Sector Público, las Mesas de

§ 7. A lo largo de la regulación española de los contratos de la Administración ha habido varios **debates, polémicas o preocupaciones** que pueden ser expresivos del significado de la regulación hoy existente. Básicamente son tres.

- a) Sobre la necesidad de una regulación especial de los contratos de las Administraciones Públicas cuando ya existen normas civiles y mercantiles que regulan los contratos.
- b) Sobre la justificación de crear la figura del “contrato administrativo” como algo diferente del contrato como categoría general del Derecho regulada ya en los Códigos civil y mercantil. En definitiva, por qué distinguir dentro de los contratos que celebran las Administraciones Públicas entre contratos administrativos y contratos privados.
- c) Sobre los objetivos de la Unión Europea, que más que atender a los problemas clásicos del Derecho en el ámbito contractual se ciñen a establecer los mecanismos que aseguren una real igualdad de oportunidades a todos los ciudadanos y empresas de la UE ante los contratos en otros países¹⁶, sin que la nacionalidad pueda erigirse en una fuente de discriminación que implique una violación de la libertad comunitaria consistente en la libre prestación de servicios o suministro de bienes.

§ 8. En lo que se refiere a la primera cuestión todo se ciñe a determinar por qué tiene que haber una **regulación especial de los contratos de la Administración**, ya sean administrativos o privados, cuando ésta no actúa con el *imperium* propio de sus actos administrativos unilaterales, sino bajando de su pedestal y contratando, teóricamente en pie de igualdad, con quien libremente quiere pactar con ella¹⁷. En esas condiciones algunos han puesto en duda que sea necesaria una regulación especial para los contratos de la Administración (sean administrativos o privados), pues bastaría con las normas generales que se aplican a todos los ciudadanos que admiten la inclusión de

Contratación a constituir en el ámbito de las Administraciones Públicas y las comunicaciones al Registro Oficial de Contratos.

¹⁶ Esa preocupación se extiende por mor de la Intervención de la Organización Mundial del Comercio (OMC) y los acuerdos de Marrakech a todos los países que sean signatarios de los acuerdos.

¹⁷ Debe notarse que en este debate no está en cuestión la naturaleza de los contratos de la Administración, sino sólo la necesidad de que se haga una regulación especial además de la de los Códigos Civil y Mercantil.

cláusulas y pactos en cada contrato que podrían modular las peculiaridades que considere necesarias la Administración.

En realidad, esa posición crítica no va a prosperar por dos razones: la primera porque, aunque el contrato se pudiera regir por el Derecho Privado, la cuestión de quién es el órgano que contrata, qué poderes tiene, cómo se controla el ejercicio de la potestad contractual para comprobar el ajuste a las previsiones presupuestarias, o cómo se garantiza la calidad de lo contratado o su necesidad, exigen regulaciones que escapan a las normas civiles y mercantiles. Éstas dejan esos aspectos al propio sujeto persona física o a las reglas de formación de la voluntad de los órganos de las sociedades. En el caso de las Administraciones Públicas éstas no contratan con quien quieren y lo que quieren, sino sólo con quién deben contratar (igualdad de todos ante la contratación) y lo que deben contratar (cuando haya una necesidad a satisfacer, no un capricho de la Administración o del titular del órgano)¹⁸.

Pero en el ámbito de la Administración ello no basta. Es preciso determinar unas reglas vinculantes de procedimiento que aseguren que la decisión de contratar no es una “ocurrencia” del órgano con capacidad para tomarla. En ese sentido el “expediente de contratación” que precede a cada contrato pretende comprobar la existencia de una necesidad a la que trata de atender el contrato, a través de un procedimiento que asegura la existencia de la misma y que asegura también la existencia de fondos o que el contrato que se pretende celebrar es el mejor medio de conseguir el fin pretendido; e incluso que el clausulado del contrato asegura la buena ejecución del contrato, etc.

Además, hay que determinar quién es el órgano capacitado para contratar (¿el Ministro, el Secretario de Estado, un Director General, etc.?). Hay que limitar la potestad de contratar a la existencia de partida presupuestaria que lo permita o hay que establecer si, en contratos de cuantía muy elevada, el contrato lo tiene que hacer directamente o aprobar al menos el Gobierno mismo. Finalmente, aunque sin pretender agotar la materia, hay que establecer cuál es el mejor sistema de selección del contratista para evitar abusos y corrupciones a través de la contratación.

¹⁸ Así se desprende del artículo 1º del LCSP:

“Artículo 1. *Objeto y finalidad.*

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

Todos estos objetivos y finalidades justifican ya una regulación específica de la actividad contractual de las Administraciones de puertas adentro¹⁹ que comprende, desde luego, el momento mismo de la adjudicación del contrato. Una regulación que no puede dejarse en manos del titular de la potestad para que en cada caso determine cómo proteger los intereses públicos que están detrás de todas esas preocupaciones, sino que tiene que imponerse con carácter general para todos y con la consecuencia de la invalidez de los contratos que se adjudiquen y ejecuten sin ajustarse a tales reglas vinculantes.

Sin embargo, adjudicado ya el contrato, podría pensarse que no es necesario establecer ninguna normativa específica para los contratos de la Administración. La ejecución del contrato, su desenvolvimiento –normal o anormal– una vez preparado y adjudicado podría pensarse que debía regirse por las normas generales del Derecho Civil y Mercantil en cuanto a la resolución por incumplimiento, las consecuencias de incumplimientos parciales, los riesgos de, por ejemplo, la obra durante el periodo de construcción, etc.

Pues bien, en relación con estos aspectos también surgen razones que sostienen la conveniencia de una regulación propia para algunos contratos de la Administración, precisamente los considerados como contratos administrativos.

§ 9. La conveniencia o **necesidad de la figura del contrato administrativo** como una de las especies de contratos que puede celebrar la Administración (contratos privados y contratos administrativos) ha sido así puesta en duda sobre la base de su necesidad: ¿Para qué crear una categoría nueva de contrato – el contrato administrativo– si con las normas de fondo de Derecho privado o con las cláusulas que se quieran introducir en el propio contrato bastaría, con independencia de las reglas internas de preparación del contrato?

Debe observarse que la idea del contrato administrativo pretende identificar en determinados contratos una naturaleza distinta a la de los demás contratos de la Administración; naturaleza distinta que se identifica en las reglas de fondo del contrato y en la jurisdicción competente.

Pero el debate sobre la pertinencia de la figura del contrato administrativo ha sido un debate académico pero es ya, en la actualidad, un debate inútil, puesto que la

¹⁹ Pero esa regulación que afecta al interior de la actividad administrativa de preparación del contrato, tiene relevancia frente a todos pues podría dar lugar a la anulación del procedimiento de contratación o del contrato adjudicado por vicio de los actos previos al contrato mismo.

aceptación por el legislador de la categoría del contrato administrativo —con una naturaleza distinta de los demás contratos que puede hacer la Administración—, le ha dado carta de naturaleza en nuestro Derecho, al menos desde la Ley de Contratos del Estado de 1965 y, desde luego, ha sido ratificada en las sucesivas Leyes hasta la actual, que también distingue entre los contratos administrativos y los demás contratos.

Lo que caracteriza a los contratos administrativos frente a los demás son tres cosas básicamente —íntimamente unidas entre sí—:

- a) De una parte, la vinculación del contrato administrativo con una obra o servicio público o, en general, con una necesidad de carácter público.
- b) De otra parte, y como consecuencia de esa vinculación, la posición de la Administración queda reforzada con la existencia de determinados privilegios o prerrogativas (potestad de modificar el contrato —*ius variandi*—²⁰, potestad de interpretación de los contratos, potestad sancionadora, potestad de dirección en la ejecución del contrato, potestad de resolverlos y determinar los efectos de tal resolución). Tales privilegios o prerrogativas se recogen sustancialmente en el artículo 190 y siguientes de la LCSP en la Subsección 2ª de la Sección 3ª Capítulo I, del Título I del Libro Segundo bajo la rúbrica de «Prerrogativas de la Administración pública en los contratos administrativos». El debate no tiene ya, por tanto, mayor sentido, pues es el legislador el que, no sólo ahora, sino en la legislación anterior, había reconocido dichas prerrogativas como tales²¹, aunque algunas de ellas, no todas (la de interpretación del contrato, por ejemplo) hayan perdido virtualidad.

²⁰ Hoy día muy limitada por el Derecho de la UE, incorporado al LCSP, puesto que contra las modificaciones del contrato prevalece la idea de que tales modificaciones pueden ser una forma de eludir la competencia entre empresas. Piénsese en un contrato administrativo de obra que por razón de su cuantía (contrato menor) no tiene que someterse a determinadas reglas de adjudicación más rígidas y puede ser objeto de adjudicación directa y, sin embargo, posteriormente en virtud sucesivas modificaciones acaba costando el triple o cuádruple de lo inicialmente previsto. ¿No está justificado presumir que deliberadamente se ha tratado de evitar la publicidad y la competencia para dar el contrato a alguien predeterminado?.

²¹ El debate se planteaba en un nivel doctrinal como era el de saber hasta qué punto esas prerrogativas eran manifestación de una naturaleza distinta del contrato o eran el resultado de cláusulas introducidas en el contrato y que podían lícitamente pactarse en un contrato privado. Se ponía el ejemplo de la potestad sancionadora (ahora no mencionada en el artículo 190 del LCSP pero sí en la normativa anterior) y se decía que los particulares también podían pactar cláusulas de penalización por retrasos en la entrega de una obra, sin que el contrato dejara de ser privado. Lo peculiar del contrato administrativo es que esas prerrogativas (la interpretación del contrato, por ejemplo) podrían ejercitarse sin que fuera necesario siempre que se hubieran recogido en el contrato como cláusulas del mismo. En algún caso —la interpretación del contrato— es un privilegio pues no se ve cómo podría pactarse en un contrato privado una cláusula que no tropezara con la prohibición en el Código Civil, en el artículo 1254, de dejar al arbitrio de una de las partes la validez y el cumplimiento del contrato.

- c) La última consecuencia del carácter administrativo de un contrato es la jurisdiccional, pues serán los órganos de la jurisdicción contencioso-administrativa los que conozcan de las controversias que se susciten en relación con la preparación, adjudicación, efectos, cumplimiento y extinción de los contratos administrativos a diferencia de lo que ocurre con los demás contratos salvo, respecto de estos, en lo relativo a los llamados actos separables²².

§ 10. El último aspecto a considerar es el de los **objetivos y fines de las Directivas de la Unión Europea** respecto de los contratos de las Administraciones Públicas, o del sector público en general, que afectan muy profundamente, desde luego, como no podía ser de otro modo, al LCSP, y que tienen una incidencia muy especial en la estructura y configuración de la Ley vigente.

A la Unión Europea le preocupa fundamentalmente una cosa: que exista un auténtico mercado interior en la contratación pública –que es una manifestación de la libertad de circulación servicios– y que las empresas y ciudadanos de la UE tengan acceso a los contratos que liciten los órganos del sector público de los demás países. El énfasis en los contratos públicos obedece a que, de acuerdo con los estudios de la UE, la contratación pública representa el 20 % del PIB de los países de la misma. Eso hace que sea una piedra de toque de la real existencia y funcionamiento de las libertades de la UE.

Por otra parte, la Unión Europea se percataba de que la contratación pública era el ámbito donde la discriminación por razón de la nacionalidad se daba con mayor frecuencia. Cada país trataba de que fueran las empresas de su propio país las que se llevarán sus contratos. Esa tendencia era tanto mayor cuanto más próximo estaba el nivel de la Administración de que se tratase a las empresas beneficiarias. En un Ayuntamiento la tendencia a dar la obra a la empresa constructora con sede en el propio municipio y que da empleo a muchos de sus habitantes (también votantes) era muy clara. En la Comunidad Autónoma lo era menos al igual que en el Estado, pero también había una tendencia al “patriotismo” en la adjudicación.

En los contratos celebrados por los particulares no hacía falta en cambio –ni el Tratado lo exigía– imponer el principio de libertad de prestación de servicios e igualdad

²² Y, salvo, también el supuesto previsto en el artículo 21.2 en relación con algunos contratos privados en que la jurisdicción civil podrá conocer también 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 trato. Si una empresa, por su peculiar entendimiento del patriotismo, sólo contrataba bienes, mercaderías, servicios u obras con empresas de su propio país, aunque fueran peores o más caras, acabaría siendo desplazada por el mercado. El mercado era la mejor garantía de la igualdad de todos en función de su calidad y sus precios.

En cambio en el caso de los poderes públicos eran otras las consideraciones que podían llevar a sus responsables a dar sus contratos a empresas del propio país –aunque fueran más caras o inexpertas–; consideraciones como los efectos que el desempleo consiguiente a no dar contratos a tales empresas podía acarrear para las mismas, con sus consecuencias sobre las cifras de paro, incremento de gastos de desempleo y efecto en la opinión pública y en el voto de los afectados y en sus familias, entre otros. Dichas consideraciones en el caso de los poderes públicos podían llevar a preferir la adjudicación a nacionales y no a extranjeros de la UE²³. Era por tanto ahí donde había que establecer regulaciones que hicieran realidad las libertades de la UE; y no solo regulaciones sino también prevenir y prohibir “prácticas” que, superando las regulaciones, acabaran por adjudicar siempre a los “nacionales”.

Así, aunque en los Tratados originarios no se hacía referencia expresa a la contratación pública, se entendía que dentro de la libertad de prestación de servicios se podía entender comprendido el Derecho a tener el mismo trato que cualquier nacional en el acceso a las licitaciones a contratos de cualquier naturaleza²⁴.

Para ello tiene que asegurarse que ningún ciudadano de la UE va a quedar excluido de un contrato público por el hecho de ser ciudadano originario de un país distinto de aquel que convoca el concurso.

La Unión Europea da por buenos los objetivos de las normas de contratación nacionales que tratan de asegurar concurrencia y transparencia – así como controles de las obras y contratos en general para evitar corrupción y el despilfarro– así como las normas sobre los derechos de las partes en la ejecución del contrato. Pero esos objetivos que tratan de asegurar las normas internas de los Estados no garantizan suficientemente, en cambio, que el sector público de cada país no practique en su aplicación real lo que se ha llamado más arriba un cierto patriotismo contractual que, tratando de garantizar la

²³ Debe observarse que no se trata de adjudicaciones derivadas de prácticas corruptas en el sentido de que los adjudicadores obtengan directa o indirectamente un beneficio personal, sino de la tendencia a favorecer lo nacional, aunque sea más caro, debido a una especie de “patriotismo contractual”.

²⁴ En el “Programa general para la supresión de las restricciones a la libre prestación de servicios” aprobado en fecha tan temprana como el 18 de diciembre de 1961 los contratos públicos estaban ya considerados como uno de los aspectos atinentes a la libertad de servicios.

transparencia y corrección en la contratación, se despreocupe de la tendencia a dar los contratos a los propios nacionales, para evitar lo que se pueden considerar efectos negativos sobre el paro interno, la actividad de “nuestras” empresas, etc.

Por perfecta que sea una legislación puede ser difícil evitar una práctica que beneficie al nacional porque “es de los nuestros”, sin que tenga por qué haber corrupción en la preferencia por lo nacional, pero de hecho con ello se rompe el mercado interior y el derecho de cualquier ciudadano de la UE a ejercer sus libertades de la Unión y su derecho a ser tratado de forma igual y con las mismas oportunidades que los nacionales de los demás Estados en sus propios países.

Contra esas dificultades ha luchado siempre la Comunidad, hoy Unión Europea, con técnicas distintas que tratan de evitar en un principio la existencia de normas internas discriminatorias pero, sobre todo, las prácticas discriminatorias; pues más que evitar que se discrimine en la propia norma (Ley que reserve los contratos públicos a los nacionales o anuncios que hagan lo mismo, lo que, por otra parte, sería directamente contrario al Tratado) lo importante son las prácticas estatales o públicas en general; lo que interesa es cuál es la aplicación real de las normas a la hora de adjudicar los contratos.

Son varias las técnicas que a ese efecto ha empleado la Unión.

Por supuesto, las más evidentes consisten en la prohibición desde los mismos Tratados de normas o licitaciones abiertamente discriminatorias o que excluyesen a los no nacionales. Pero esa era una discriminación muy burda y evidente.

Menos evidente podía ser incluir en los concursos unas especificaciones técnicas que predeterminaban el resultado del concurso (especificaciones técnicas para coches de bomberos, por ejemplo, que coincidiesen con el modelo de coche que se estaba fabricando en el país). Frente a ello lo que se exige es que las especificaciones se hagan de forma neutral, de manera que no se condicione el resultado, y con arreglo a normas internacionales de normalización que eviten el empleo sectorial de las especificaciones técnicas.

Otras prácticas a evitar consisten en pretender desde el principio otorgar el contrato a una empresa y para ello colocarla en situación de ventaja. Para ello se prohíbe, por ejemplo, que participe en un concurso una empresa que ha estado asesorando durante la fase de preparación del contrato y que tiene así la ventaja de conocer lo que quiere la Administración y la ventaja del tiempo que habría tenido para preparar su oferta.

Otra técnica para garantizar la igualdad de acceso de todos los comunitarios a los contratos de cualquier país está en romper el acantonamiento de la información de las licitaciones. Si sólo se publicasen en los Boletines o Diarios oficiales o en los tablones de anuncios de los Ayuntamientos sería inútil hablar de igualdad práctica y real de acceso a la contratación, pues nunca una empresa sueca va a poder conocer los concursos de una Comunidad Autónoma en España que publicase sus concursos en su Boletín oficial.

Pues bien, contra ese cierre de la información se lucha obligando a la convocatoria en el Diario Oficial de la Unión y, además, otorgando un tiempo suficiente para preparar su oferta a todos, teniendo en cuenta el tiempo que necesitan los comunitarios de país distinto al que convoca. Ello exige fijar los días –con tiempo suficiente para que la empresa de otro país miembro pueda preparar su oferta y enviar a alguien a verificar sobre el terreno la realidad o pedir aclaraciones si las necesita aparte de que pueda hacerlo empleando medios electrónicos– y los procedimientos y formas de contratación como enseguida veremos.

Con todo ello no se habría adelantado nada si, después, cada país pudiera adjudicar el contrato a su libre arbitrio. Contra ello se lucha estableciendo los procedimientos y los criterios con arreglo a los cuales han de ser adjudicados los contratos. También estableciendo un recurso especial en materia de contratación que puede referirse incluso al acto mismo de adjudicación (con suspensión del expediente de contratación) y que permita al licitador –antes de que, con la adjudicación y con la formalización del contrato, sea prácticamente irremediable modificar el resultado del concurso– disponer de un recurso rápido y eficaz cuyos efectos suspensivos del expediente de contratación permita un último análisis y decisión (arts. 44 a 60 LCSP). Recurso cuya relevancia más notable consiste en que ha de ser resuelto por un órgano –el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales en el ámbito de la Administración General del Estado– que ha de actuar con plena independencia funcional. La denominación de “Tribunal” subraya su independencia por más en realidad, sea un órgano administrativo. Pero se trata de un órgano administrativo que no está en la línea de mando de cada órgano de adjudicación. Se trata por otra parte de un “Tribunal”, aunque sea un órgano administrativo, para el que el Tribunal de Justicia de la UE ha admitido que puede plantear cuestiones prejudiciales, lo que implica reconocerles el carácter de órganos jurisdiccionales²⁵.

²⁵ Es el caso del asunto C-203/14 en que se planteaba una cuestión prejudicial por el Tribunal Catalán de Contratos del Sector Público resuelto el 23 de julio de 2014, dado el origen legal y permanente

En fin, no se trata ahora de repasar todos los mecanismos a los que ha echado mano el Derecho de la Unión para doblegar las prácticas de los poderes públicos nacionales, sino de poner de manifiesto los objetivos de la Unión Europea y destacar cómo prácticamente todos ellos tienen que ver con la fase de selección del contratista y la adjudicación del contrato. Al Derecho de la Unión no le importa prácticamente nada si el contrato es administrativo o privado; o cuáles son las normas que regulan la ejecución y cumplimiento del contrato o la revisión de precios o los pagos de las certificaciones. Las normas de la UE se concentran así, básicamente, en la fase de selección del contratista, en las condiciones para serlo y en la determinación de cuáles son los Entes públicos que han de quedar sujetos a las previsiones de la UE que van a incidir sobre todo en esa fase o en relación con dicha fase.

Esta concentración de las preocupaciones y, consiguientemente, de la regulación de la Unión en determinados aspectos de la contratación va a propiciar la geometría variable que la LCSP presenta. En este sentido, la UE lleva a cabo un seguimiento periódico de tres factores fundamentales en la contratación pública, como son igualdad de trato, no discriminación y transparencia, y en el que España no sale especialmente bien parada²⁶. Todo ello sin olvidar que al Estado y a los poderes públicos les interesan además otros aspectos que, aunque no contemplados en las Directivas europeas, son de importancia para la regulación integral de los contratos de la Administración.

1.2. RÉGIMEN JURÍDICO DE LOS CONTRATOS DEL SECTOR PÚBLICO. NEGOCIOS Y FIGURAS EXCLUIDOS

§ 11. Antes de entrar en el tema del objeto y ámbito de la aplicación de la LCSP resulta conveniente realizar **algunas puntualizaciones** que tienen que ver con el régimen jurídico de los contratos del sector público y que pretenden dejar claro desde el principio lo siguiente:

así como el hecho de resolver en Derecho con independencia y aplicando procedimientos contradictorios (criterios todos ellos tenidos en cuenta en la Sentencia de 17 de septiembre de 1997, asunto C- 54/96).

²⁶ Así se puede comprobar en el siguiente enlace: http://ec.europa.eu/internal_market/scoreboard/performance_per_policy_area/public_procurement/index_en.htm

- a) El régimen jurídico no es uniforme, sino que hay una gran variedad en los supuestos de contratos sujetos a la LCSP.
- b) No toda la actividad de las entidades del sector público que tienen apariencia contractual cae bajo la órbita de la LCSP.
- c) La contratación en los sectores del agua, de la energía y los transportes y los servicios postales, así como en cuestiones relacionadas con la defensa nacional se rigen por sendas Leyes especiales.

§ 12. Antes de entrar en el aspecto relativo al objeto y ámbito de la Ley conviene hacer de antemano una precisión acerca de la rúbrica del presente apartado de la Lección: **no hay una unidad en el régimen jurídico de los contratos del sector público** que quedan sujetos a la LCSP. Como vamos a ver enseguida un mismo contrato, sujeto a la LCSP, puede tener una regulación distinta según quien sea el sujeto del sector público que lo realice —no es lo mismo que sea una Administración pública o una sociedad mercantil en mano pública—.

Lo que si podemos decir es que hay prácticamente **un único texto** —la LCSP— en el que se recoge la regulación de los contratos, por más que pueda ser diferente tal regulación según el sujeto que lo haga, también según el tipo de contrato de que se trate. Y señalamos que prácticamente es un único texto porque no podemos olvidar que, aparte de regulaciones para los contratos administrativos especiales a que alude el artículo 25.2 LCSP, existen otros dos textos legales que regulan la contratación en ámbitos muy concretos: el Real Decreto-ley 3/2020, de 4 de febrero, de medidas urgentes por el que se incorporan al ordenamiento jurídico español diversas directivas de la Unión Europea en el ámbito de la contratación pública en determinados sectores (los denominados sectores excluidos -agua, gas y calefacción y electricidad, transporte y servicios postales-); y la Ley 24/2011, de 1 de agosto, de contratos del sector público en los ámbitos de la defensa y de la seguridad que completan el marco jurídico de la contratación pública.

Conviene pues retener que el régimen jurídico de los contratos del sector público no es completamente uniforme —con las diferencias naturales que se derivarían del distinto tipo de contrato de que se tratase (obras, servicios, suministros, arrendamiento, etc.)— sino que, además del tipo de contrato, influyen otras cosas como el sujeto que contrata, la fase de la contratación de que se hable o si el contrato está o no sujeto a una regulación armonizada.

§ 13. La segunda advertencia tiene que ver con el hecho de que hay toda una serie de **actuaciones bilaterales, convencionales o contractuales que no se rigen por la LCSP**, aunque las hagan entidades del sector público. En efecto, la Sección 2ª del Capítulo I del Título Preliminar de la LCSP se preocupa por señalar toda una serie de supuestos que no se rigen por la LCSP, sino por otras normas y por eso quedan excluidos de la Ley.

La mera lectura de esos artículos 4 a 11 de la LCSP pone de relieve la lógica de esas exclusiones que en la mayor parte de los casos resulta evidente.

Así quedan excluidas del ámbito del LCSP determinados negocios jurídicos y contratos en el ámbito de la Defensa y de la Seguridad (artículo 5), en el ámbito internacional (artículo 8), ciertas relaciones jurídicas, negocios y contratos excluidos en el ámbito del dominio público y en el ámbito patrimonial (artículo 9), determinados negocios y contratos en el ámbito financiero (artículo 10) y otros supuestos (artículo 11) como la relación de servicios de los funcionarios públicos o los servicios de arbitraje.

Cada exclusión tiene su propia lógica en cuanto a las razones de su exclusión y no es el momento de detenernos en ellas. Baste con tomar conciencia de la necesidad de comprobar en cada caso si una relación de las Administraciones públicas con terceros que parecen tener la apariencia de un contrato está excluida del LCSP en cuanto comprendida en esta Sección 2ª del Capítulo I del Título Preliminar.

Alguna atención merece la exclusión de los convenios interadministrativos y con sujetos privados a los que se refieren por extenso el artículo 6 LCSP. Se trata de supuestos cuya exclusión no queda siempre clara y que, a veces, son utilizados de forma abusiva para eludir la normativa sobre contratación, por lo que han sido objeto de una regulación pormenorizada que se completa con un novedoso régimen de los convenios que se contiene en el capítulo VI de la LRJSP.

Se trata, por una parte, de convenios de colaboración entre las distintas Administraciones territoriales o con entidades con personalidad pública e, incluso, con personalidad privada siempre que tengan la condición de poder adjudicador. En estos casos, la exclusión se condiciona al cumplimiento de una serie de requisitos: que las entidades no tengan vocación de mercado, que el convenio se suscriba para garantizar la prestación de servicios públicos y que se guíen por el interés general. La exclusión implica que estas relaciones de colaboración se sometan, o bien al régimen de los convenios previsto que se establece en el Capítulo VI de la LRJSP o bien al régimen de las encomiendas de gestión dispuesto en el artículo 11 de la LRJSP.

Por otra parte, quedan igualmente excluidos los convenios con los que son estrictamente sujetos privados que se someten a su normativa específica siempre que no estén sometidas a las normas sobre contratación (convenios de expropiación o urbanísticos) o cuando su contenido no esté comprendido en el de los contratos regulados en la LCSP, en cuyo caso se someten al régimen común de los convenios que se contiene en el Capítulo VI de la LRJSP.

También merece una mención el régimen de los denominados contratos “*in house*” o encargos a medios propios que ahora se regulan de forma muy detallada en los artículos 32 y 33 LCSP. En este caso, los contratos que en el sector público se hagan con entidades que dependan o sean instrumento del comitente no quedan sujetas a la LCSP, pues en realidad es tanto como si contrataran consigo mismo al hacerlo con una entidad que es un puro medio instrumental (contratos “*in house*”); lo que sucede en realidad, es que en el fondo no hay contrato, sino encargo de una actividad a alguien que es una especie de servicio interno o dependencia de uno mismo, aunque esté dotado de personalidad. Como contrapartida, los contratos que estas Entidades, que son medios propios de otra, hagan con terceros –para la realización de los encargos recibidos de la Entidad matriz o comitente del encargo o, en su caso, al margen de ellos– sí se sujetan a la LCSP. Los contratos “*in house*” han motivado una abundante jurisprudencia del TJUE²⁷ ya que ha sido uno de los medios recurrentes utilizados por los Estados Miembros para eludir la aplicación del Derecho de la Unión en materias de contratos y ahora se les exigen distintos requisitos para considerar cuando concurren cuando se trata de un medio propio: Control directo o indirecto por parte del poder adjudicador; que más del 80 por ciento se lleven a cabo en cumplimiento de encargos; que tenga participación plenamente pública; y que tenga reconocida la condición de medio propio (art. 32 LCSP).

§ 14. Finalmente ha de tenerse en cuenta que la LCSP deja fuera de su ámbito de aplicación los contratos que se celebren en el ámbito de los sectores excluidos, a que se refiere el Real Decreto-ley 3/2020, de 4 de febrero, de medidas urgentes por el que se incorporan al ordenamiento jurídico español diversas directivas de la Unión Europea en el ámbito de la contratación pública en determinados sectores (que viene a sustituir a la

²⁷ Estos artículos recogen los conocidos como “criterios Teckal”, STJCE de 18 de noviembre de 1999, asunto C-107/98):

- a) La Entidad adjudicadora debe ejercer sobre su medio propio un control análogo al que puede ejercer sobre sus propios servicios.
- b) El medio propio debe, a su vez, realizar la parte esencial de su actividad con la Entidad adjudicadora.

Ley 31/2007) que establece un régimen público de contratación específico en lo que anteriormente se denominaban “sectores excluidos” (sectores del agua, la energía, los transportes y servicios postales) que venían regulados en la Ley 31/2007²⁸.

La razón para esa regulación específica tiene que ver con un largo debate que en el ámbito europeo existió en relación con determinadas actividades (en su momento las señaladas más las telecomunicaciones) en las que cada Estado tenían un régimen distinto. En unos Estados las actividades (aguas o transportes, por ejemplo) las realizaba directamente la propia Administración; en tanto que en otras las realizaba una empresa pública en forma de sociedad mercantil y en un tercero una empresa privada cien por cien a la que se le había adjudicado por concesión, en un concurso, el servicio de aguas de un municipio o de una región.

Esa diversidad de regímenes suponía que unos Estados tenían que abrir su contratación a empresas extranjeras de la UE porque la Entidad titular era la Administración o un ente público, en tanto que en otros, con el argumento, por ejemplo, de que la actividad estaba otorgada en concesión a una empresa privada, los contratos que tal empresa privada hiciera para el desarrollo de su actividad eran libres; y, por tanto, contrataba con quien quisiera y sin someterse a sistema alguno de contratación, sino con los modos y formas cómo contrata una empresa privada.

Ante esa disparidad de regímenes –que eximía las mismas actividades realizadas en algunos Estados de las normas de la UE de contratación, en tanto que en otros se tenían que abrir a la competencia con contratistas de otros países–, se optó por no sujetar ninguna de esas actividades a las normas de la UE; tampoco en los Estados en que eran prestadas por las propias Administraciones públicas, Organismos autónomos u otras Entidades públicas.

Eso determinó que esos sectores quedarán inicialmente excluidos de las normas europeas de contratación, llegándose a conocer tales sectores como “sectores excluidos”, hasta que se encontrara una solución.

La solución vino con la Directiva 90/531/CEE y con las que le sucedieron hasta la actual Directiva 2014/25/UE, que es la traspuesta por el Real Decreto-ley 3/2020. En efecto, a tenor de la UE (y de la sus predecesoras empezando por la 90/531/CEE que

²⁸ Si el contrato en dichos sectores lo celebra una Administración pública entonces queda sujeto básicamente al LCSP de acuerdo con el artículo 5 del Real Decreto-ley 3/2020. Si el contrato lo celebra una entidad que no tiene el carácter de Administración Pública entonces está sujeto al Real Decreto-ley 3/2020. Ahora bien, si, en este último caso, se trata de contratos excluidos del Real Decreto-ley 3/2020 entonces se rigen tales contratos por el LCSP.

sacó a estos sectores del limbo de la exclusión) quedan sometidas a sus previsiones también las empresas privadas (totalmente privadas, es decir, tanto por su forma jurídica como por la propiedad de sus acciones) con tal de que actúen en estos sectores y ostenten algún tipo de derechos especiales o exclusivos.

La Unión se da cuenta de que lo importante no es si son empresas completamente privadas (o privadas en mano pública) o Entidades de derecho público; lo importante, aunque sean empresas completamente privadas, es si gozan de algún derecho especial o exclusivo, pues en tal caso no se comportarán como un empresario privado que vigila por su propio interés y contrata lo que más le conviene, sino que por su proximidad a la Administración y por los lazos de dependencia con ella (porque la renovación de su concesión depende de la Administración o las tarifas de sus servicios a particulares son revisadas por la Administraciones o las obligaciones o mejoras se las puede imponer la Administración, etc.) no actúan con la libertad de un empresario privado a la hora de contratar y, por tanto, puede ser receptiva a una presión administrativa para contratar nacional con tal de obtener la prórroga que espera o la revisión de las tarifas solicitadas.

Ese es el quid del Real Decreto-ley 3/2020: que sujeta a un régimen público de contratación incluso a empresas de capital privado, con tal de que desarrollen una actividad con derechos exclusivos o especiales. Ahora bien, ese régimen público de contratación (que les obliga a anunciar sus contratos y seguir procedimientos formalizados de selección del contratista) es más flexible, en términos generales, que el que se aplica en el ámbito del sector público que no opera en dichos sectores del agua, transportes, energía, transportes o servicios postales.

La consecuencia de esa mayor flexibilidad va ser que la misma se aplique no sólo a las empresas completamente privadas que gozan de derechos especiales o exclusivos en esos sectores, sino también a las Entidades públicas que operan en los mismos sectores²⁹. La razón no es otra sino evitar que en unos países tengan un régimen más flexible las empresas que actúan en esos sectores porque han concedido derechos especiales o exclusivos a empresas privadas y en otros el régimen sea más rígido porque la actividad la desarrollan organismos de Derecho público.

Si la solución inicial y transitoria fue dejar a estos sectores fuera de la normativa de contratación, fuera quien fuere el que desarrollase la actividad, la solución final consiste en que todos los que actúan en estos sectores estén sometidos al mismo régimen

²⁹ No obstante, si el contratante es una Administración Pública se rige por la LCSP.

de contratación pública –incluidas las sociedades mercantiles privadas– aunque todos ellos tengan un régimen más flexible respecto del general de la LCSP.

Contratación en
el ámbito de la
defensa

§ 15. Existe también una normativa específica por lo que respecta a la contratación en **los ámbitos de la defensa y de la seguridad**. La Ley 24/2011, de 1 de agosto, de contratos del sector público en los ámbitos de la defensa y de la seguridad, traspone la Directiva 2009/81/CE aprobada para dotar de una regulación específica a los contratos cuando fuesen celebrados en los ámbitos de la defensa y la seguridad.

La finalidad de esta normativa específica es, por una parte, garantizar la seguridad en la información que se transmite a los licitadores y la garantía en la continuidad del suministro y, de otra, la necesidad de establecer ciertas normas que faciliten la flexibilidad en los procedimientos de contratación.

El ámbito de aplicación se determina no tanto por su alcance subjetivo sino objetivo que se centra en el suministro de equipos militares, armas y municiones, equipos sensibles, y obras, suministros y servicios directamente relacionados con los equipos, armas y municiones mencionados, independientemente de su cuantía.

En cuanto al régimen jurídico aplicable a estos contratos se rigen por las especialidades dispuesta en la mencionada Ley 24/2011 y, en lo no dispuesto por ella, por la LCSP.

Objeto de el
LCSP

§ 16. De vuelta a la LCSP, el **objeto de la Ley** se describe en su artículo 1 que señala cuatro objetos o fines de la Ley:

- regular la contratación del sector público
- garantizar que la misma se ajusta a los principios de libertad de acceso a las licitaciones, publicidad y transparencia de los procedimientos, y no discriminación e igualdad de trato entre los candidatos
- asegurar, en conexión con el objetivo de estabilidad presupuestaria y control del gasto, y el principio de integridad,
 - o una eficiente utilización de los fondos destinados a la realización de obras, la adquisición de bienes y la contratación de servicios
 - o lo que se logrará mediante la exigencia de la definición previa de las necesidades a satisfacer, la salvaguarda de la libre competencia y la selección de la oferta económicamente más ventajosa.
- La regulación del régimen jurídico aplicable a los efectos, cumplimiento y

extinción de los contratos administrativos, en atención a los fines institucionales de carácter público que a través de los mismos se tratan de realizar

Al margen del primer objetivo –la regulación de la contratación del sector público– se menciona en primer lugar la libertad de acceso, no discriminación e igualdad que pone de manifiesto la influencia del Derecho de la Unión al poner por delante de toda su preocupación por lograr un mercado interior de la contratación.

Tiene importancia que, en segundo lugar, se cite el principio de eficiencia en la utilización de los fondos públicos que se satisface con la garantía de que se contrata aquello que realmente es necesario y se hace a través de técnicas que garantizan que se paga por ello el precio –o se obtiene la prestación– más ventajoso. El artículo 28 de la LCSP concreta ese principio en términos que, si se cumplen, obligarían a un examen cuidadoso de la necesidad de las prestaciones que se contratan.

Finalmente se hace mención como tercer objetivo específico la regulación de los efectos cumplimiento y extinción de los contratos “administrativos” que se sustentan así desde el artículo 1 LCSP a diferencia del cumplimiento y extinción de los contratos privados de la Administración que no son objeto de regulación.

§ 17. **El ámbito de la LCSP** se define con criterios objetivos y subjetivos complementado con unas exclusiones en los artículos 2, 3 y 4-11. Los primeros nos indican, en su artículo 2, cuáles son los contratos que están sujetos a la Ley por razón de su contenido; los segundos qué sujetos se entiende que integran el sector público y cuáles son, dentro de él, los distintos subsectores, niveles o círculos que pueden identificarse.

El ámbito objetivo de la Ley queda a su vez complementado por una serie de supuestos que quedan fuera de la Ley y que son los que se recogen en los artículos 4-11 de la misma.

El elemento más importante es el referido al ámbito subjetivo de la Ley al que se refiere el artículo 3 y puede decirse que el mismo constituye la parte esencial de la presente lección.

No obstante, empezaremos por hacer una referencia al ámbito objetivo de la Ley.

§ 18. En el artículo 2 se ofrece una determinación del **ámbito objetivo**³⁰ por referencia al tipo de contrato que cae bajo la órbita del LCSP no en relación al contenido de sus prestaciones, sino a la naturaleza más abstracta del mismo: sólo quedan comprendidos los contratos onerosos³¹.

La clave, a tal efecto, es la idea de onerosidad del contrato, lo que significa que quedan fuera de la LCSP todos aquellos contratos que no revistan esa cualidad. Así los convenios entre Administraciones o con otras entidades que no tengan el carácter oneroso o en que no se pretende que exista una prestación y una contraprestación, sino otras cosas (una coordinación de actuaciones, por ejemplo) quedan fuera de su ámbito. En ese sentido algunos de los supuestos de los artículos 4-11 tienen que ver con esa idea de contratos no onerosos y por eso quedan al margen de la LCSP.

La LCSP incluye en ese ámbito objetivo –en forma que puede ser discutible³²– los contratos subvencionados por entes organismos y entidades del sector público que celebren otras personas físicas o jurídicas o por entidades del sector público que no tengan el carácter de poder adjudicador en los términos del artículo 23. En definitiva, un contrato celebrado por una persona física o jurídica –incluso no perteneciente al sector público– queda sujeta a la LCSP cuando ese contrato está subvencionado³³ por entes, organismos y entidades del Sector público que tengan la consideración de poderes adjudicadores.

§ 19. La determinación del **ámbito subjetivo** constituye la clave para entender todo el sistema que pone en pie la Ley y constituye también la clave de la presente lección.

Es el artículo 3 del LCSP el que determina el ámbito subjetivo de la misma en sus tres números que parecerían establecer tres niveles, círculos o esferas de entidades del sector público que van a ser relevantes en el funcionamiento y sistemática de la Ley.

³⁰ Aunque la determinación del ámbito trata de ser objetiva (el tipo de contrato) no deja de hacerse referencia a los sujetos del artículo 3.

³¹ Ese ámbito objetivo queda a su vez circunscrito al sujeto que contrata: el sector público.

³² Discutible porque, en realidad, más que con el ámbito objetivo tiene que ver con el sujeto que lo celebra que no es una entidad del sector público. El carácter subvencionado –ahí puede estar la apariencia de no onerosidad– es lo que puede explicar que se trate en el artículo 2 LCSP.

³³ Tal vez en la idea de subvención se quiere ver algo que afecta a la no onerosidad y, por tanto, se incluyen expresamente los contratos subvencionados que tienen su origen en una transferencia de fondos aparentemente no onerosa.

No puede dejar de señalarse que, en realidad, el artículo es descriptivo y que hay que ponerlo en conexión con los distintos Libros y Títulos de que consta la Ley para comprobar que, en realidad, hay más de tres niveles relevantes.

En todo caso, como si se tratase de una muñeca rusa, la LCSP en su artículo 3 número 1º describe, por el sistema de lista, lo que se considera sector público. En su número 3º describe lo que se consideran poderes adjudicadores y en su número 2º lo que se consideran Administraciones públicas.

Se habrá observado que hemos alterado el orden de la enumeración. La razón es porque, siguiendo con el símil de la muñeca rusa, la muñeca más grande y omnicomprendiva es la del número 1º –que describe todos los entes organismos y entidades que forman el sector público “a los efectos de esta Ley” (lo que quiere significar que otras leyes pueden hacer una consideración distinta, pero a efectos de la contratación son sector público las entidades que recoge el número 1º)– pero la siguiente muñeca más grande no es la que describe el número 2 (las Administraciones públicas), sino la del número tres (los “poderes adjudicadores”) porque en el concepto de poderes adjudicadores se comprende en primer lugar las Administraciones públicas del número 2 y además otros entes, organismos y entidades que enseguida veremos.

Ello quiere decir que el concepto de poder adjudicador es más amplio que el de Administraciones públicas puesto que comprende a estas últimas y, además, a otros entes u organismos, pero a su vez el concepto de poder adjudicador es más limitado que el de “sector público”.

Si ordenamos los tres ámbitos del artículo 3 del LCSP en orden inverso –es decir empezando por el ámbito más reducido– el más reducido es el ámbito de las Administraciones públicas (apartado 2 del artículo 3); el que le sigue un poco más amplio es el de los poderes adjudicadores –es un poco más amplio porque comprende las Administraciones públicas y otros entes organismos y entidades (apartado 3 del artículo 3)–. Finalmente el ámbito o círculo siguiente más amplio es el del artículo 3 en su apartado 1.

En este último –el más grande– puede verse que se comprenden las Administraciones Públicas y los poderes adjudicadores y, además, otras entidades que no encajan ni en Administraciones ni en poderes adjudicadores; puede ser el caso de algunas sociedades mercantiles en cuyo capital social la participación directa o indirecta de

determinadas entidades del sector público sea superior al 50%³⁴; o el caso de las entidades públicas que se hayan creado para satisfacer necesidades de carácter industrial o mercantil y que no sean poder adjudicador.

Se trata, pues, de tres círculos en los que el más amplio (sector público) contiene a los más reducidos (poderes adjudicadores y Administraciones Públicas).

Antes de examinar cuáles son las entidades que se describen como integrando cada uno de esos círculos –lo que en algunos casos reviste una cierta imprecisión– conviene saber la función que tiene esa clasificación en tres círculos concéntricos. Para qué sirve; pues ello explica por qué se ha hecho así en el LCSP.

Y antes incluso de analizar la función –para qué sirven en la práctica esas distinciones en círculos– conviene destacar que, al margen de lo que dice el artículo 3, en realidad a lo largo del LCSP los términos que se emplean parecen no corresponder con tres, sino cinco e, incluso, seis círculos a tomar en consideración.

En efecto en el cuadro nº 1 se pueden ver los círculos del artículo 3 y en filas coloreadas nuevos términos que se emplean a lo largo de la Ley –en distintos artículos– y que sugieren nuevos círculos o ámbitos (aunque puede considerarse que están ya implícitos en dicho artículo 3).

A	Sector público (artículo 3.1)
B	Sector público que no comprende ni poderes adjudicadores ni Administraciones públicas.
C	Poderes Adjudicadores (artículo 3.3)
D	Poderes adjudicadores que no son Administraciones públicas
E	Administraciones públicas (artículo 3.2)
F	Contratos subvencionados de personas físicas o jurídicas o entidades del sector público que no son poderes adjudicadores (artículo 2.2 y 17)

³⁴ Si la participación es inferior al 50% no forman parte del sector público. En todo caso se dice “puede ser” en el texto porque es posible que una sociedad mercantil se considere poder adjudicador por haber sido creada para satisfacer una necesidad de interés general que no sea industrial o mercantil.

Cuadro 1.

Como se ve en el cuadro en las filas B, D, y F aparecen entidades o sujetos no mencionados en tal forma en el artículo 3, pero cuya mención aparece en otros artículos de la LCSP.

En realidad los nuevos términos que aparecen sombreados son los realmente operativos como veremos a los largo de las lecciones dedicadas a la contratación del sector público, en tanto que los que aparecen en el artículo 3 cumplen generalmente una función de agrupar sintéticamente determinados ámbitos para delimitar el alcance de concretos preceptos señalando las entidades sujetas y las no sujetas a determinadas reglas³⁵. Así se habla en ocasiones de “*Entidades del sector público que no son poderes adjudicadores*” (en el Título II del Libro Tercero de la LCSP). Con esa denominación se describen abreviadamente las entidades del artículo 3.1 que no están comprendidas en el 3.3 ni en consecuencia en el 3.2 (en consecuencia en el 3.2, puesto que el 3.3 ya se incluyen las del 3.2) para aplicarles determinados preceptos de la Ley.

Lo mismo ocurre con la expresión “*poderes adjudicadores que no son Administración pública*” (Título I del Libro Tercero) –que no aparece en el artículo 3 LCSP– y que, sin embargo, es la que se emplea de modo operativo para aplicarles a esas entidades determinados preceptos de la Ley.

§ 20. Los distintos círculos del artículo 3 de la LCSP sirven, en la economía de la Ley, para determinar las reglas que, dentro de cada Libro, Título, Capítulo, Sección, Subsección y aún artículo de la Ley se aplican a cada categoría de entes del Sector público.

Para la comprensión del sistema del texto refundido de la Ley conviene recordar que ésta se divide en Libros, Títulos, Capítulos, Secciones, Subsecciones y artículos. Esa distribución está hecha con intención de distinguir los Libros en los que las previsiones de la Unión Europea son más intensas (las que tienen que ver, por ejemplo, con la selección del contratista especialmente –Libro Primero–) de aquellas otras en las que las previsiones de la Unión son menores, escasas o nulas (Libro Cuarto sobre Organización administrativa para la gestión de la contratación). Con ello se establecen diferencias entre

³⁵ En el caso de los contratos sujetos a regulación armonizada su delimitación aparte de cuantitativa es también subjetiva pues sólo quedan comprendidos en el concepto los contratos adjudicados por poderes adjudicadores (art. 7 del el LCSP).

el régimen aplicable a las distintas entidades de los distintos círculos y a su vez, esas diferencias tienen una intensidad diferente según el Libro, Título o capítulo de que se trate.

Los Libros en que se divide el LCSP pueden verse en el siguiente cuadro:

Título Preliminar no inserto en ningún Libro	Regula el objeto y ámbito de la Ley, los tipos contractuales, los contratos sujetos a regulación armonizada y los contratos administrativos y los privados	En él se contienen algunas previsiones que tienen que ver con la regulación de la Unión y otras que no.
Libro Primero	Configuración general de la contratación del sector público y elementos estructurales de los contratos	Contiene previsiones que tienen que ver con la regulación de la Directivas de 2014 y otras que no.
Libro II	De los contratos de las Administraciones Públicas	Contiene una parte relativa a la adjudicación que es transposición de la Directiva pero otra sobre efectos, cumplimiento y extinción de los contratos no interesa al Derecho de la Unión.
Libro III	De los contratos de otros entes del sector público	Es el Libro que, en mayor grado, es trasposición de las previsiones de las Directivas de 2014

Libro IV	Organización Administrativa para la gestión de la contratación	Se trata de normas internas no prevista por las Directivas de 2014, si bien tal organización tiene en cuenta las previsiones de la Directiva 2004/18/CE.
Disposiciones adicionales, transitorias, derogatoria y finales	Son un cajón de sastre en que se tratan distintos aspectos.	Hay diversas disposiciones que tienen que ver con las exigencias de las Directivas de 2014.

Cuadro 2.

La sistemática de la LCSP se ha visto modificada con respecto a la estructura precedente, ya que en el TRLCSP de 2011 los Libros se estructuraban en función de las fases de la contratación (Libro II Preparación de Contratos; Libro III Selección del contratista y adjudicación de los contratos; y Libros III Contratos administrativos (efectos, cumplimiento y extinción). Por el contrario, ahora, como se puede comprobar, se fija en los distintos tipos de contratos del tipo sujeto que suscribe el contrato (Administración Pública, u otros entes del sector público).

§ 21. Vemos pues cómo hay una **asimetría en la regulación** en función del tipo de sujeto que contrata. En el caso de las Administraciones Públicas se encuentran sometidas a una densa normativa contenida en el Libro Primero; en el caso de los poderes adjudicadores que no son Administraciones Públicas se someten a una normativa mucho menos numerosa y con menores exigencias en el Título I del Libro Tercero; y, por último, las entidades del sector público que no tengan el carácter de poderes adjudicadores quedan sometidas a un régimen absolutamente elemental contenida en el Título II del Libro Tercero.

§ 22. En los tres números del artículo 3 del LCSP se enumeran los distintos **sujetos que integran cada uno de los círculos o niveles**. La enumeración se repite en ocasiones, pues a veces se enumeran entidades o sujetos que se contienen en otros círculos o niveles, si bien en los números 2 y 3 se añaden precisiones.

Geometría
variable

Sujetos que
integran cada
círculo

Una primera observación que debe tenerse en cuenta es que la enumeración se hace, como dice cada uno de los tres números en su comienzo, “a los efectos de esta Ley”, por lo que no tiene que coincidir esta clasificación con la dispuesta en otras normas como la LRJSP que lleva a cabo una clasificación del sector público.

En segundo lugar debe advertirse que en todos los números se emplean unos términos parecidos para referirse a *«entidades con personalidad jurídica propia, que hayan sido creadas específicamente para satisfacer necesidades de interés general que no tengan carácter industrial o mercantil, siempre que uno o varios sujetos pertenecientes al sector público financien mayoritariamente su actividad, controlen su gestión, o nombren a más de la mitad de los miembros de su órgano de administración, dirección o vigilancia.»* (artículo 3.1 j) y artículo 3.3. d); en el artículo 3.2 b) los términos son diferentes).

Con esos términos se designan entidades –de forma genérica– que son sujetos del sector público o son Poderes Adjudicadores por el dato inicial de haber sido creadas para satisfacer necesidades de interés general “que no tengan carácter industrial o mercantil”. Con esa referencia al carácter no industrial ni mercantil de la necesidad que presidió su creación quiere subrayarse su distanciamiento de la actividad mercantil e industrial y su proximidad al ejercicio de funciones públicas.

Nadie puede dudar de que la necesidad que satisface la Agencia Estatal de Administración Tributaria no tiene que ver con necesidad alguna mercantil, sino que pertenece al núcleo duro de las funciones públicas. Lo mismo sucede con la Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado o con el Instituto de Evaluación que depende del Ministerio de Educación.

Ocurre que, si en los casos citados es claro que tales entes, organismos o entidades no han sido creados para satisfacer necesidad mercantiles o industriales, hay otros supuestos en los que la delimitación de lo que es necesidad mercantil o industrial no es tan clara, lo que exige una labor compleja para ver si son poderes adjudicadores o sector público que no son poderes adjudicadores o incluso si son o no Administraciones públicas cuando sean poderes públicos los que financien mayoritariamente su actividad; financien mayoritariamente su actividad; bien controlen su gestión; o bien nombren a más de la mitad de los miembros de su órgano de administración, dirección o vigilancia (art. 3.3 d) LCSP). Estar en uno u otro nivel o círculo entraña consecuencias diversas en cuanto al

régimen contractual, lo cual no es fácil de determinar ya que hace falta un análisis individualizado de cada caso³⁶.

§ 23. **Las Administraciones públicas** son las que se mencionan en el artículo 3.2:

- Las Administraciones territoriales (AGE, Administraciones de las CCAA y de los EELL).
- Entidades Gestoras y los Servicios Comunes de la Seguridad Social.
- Organismos Autónomos, las Universidades Públicas y las autoridades administrativas independientes.
- Los consorcios y entidades de Derecho público (quedando excluidas las sociedades y fundaciones, etc.) vinculadas con una o varias Administraciones que cumplan todas las características siguientes:
 - o Que hayan sido creadas específicamente para satisfacer necesidades de interés general que no tengan carácter industrial o mercantil, siempre que uno o varios sujetos que deban considerarse poder adjudicador, bien financien mayoritariamente su actividad; bien controlen su gestión; o bien nombren a más de la mitad de los miembros de su órgano de administración, dirección o vigilancia.
 - o Que se financien mayoritariamente con ingresos de mercado. Se entiende que se financian mayoritariamente con ingresos de mercado cuando tengan la consideración de productor de mercado de conformidad con el Sistema Europeo de Cuentas.

³⁶ Antes de continuar con la definición de cada uno de los sujetos que constituye el ámbito subjetivo del LCSP debe advertirse de la dificultad que presenta la calificación de determinados sujetos y la consiguiente determinación de su régimen jurídico a efectos de la contratación. Esta dificultad fue percibida desde un principio y así, la Abogacía del Estado emitió la Instrucción 1/2008 para fijar la interpretación que debía seguirse de la LCSP con respecto a las fundaciones, las sociedades y las entidades públicas empresariales de la AGE que puede ser útil como orientación – http://www.mjusticia.gob.es/cs/Satellite/es/1215197982545/Estructura_P/1215198020438/Detalle.html-. Otro elemento que aporta datos relevantes a efectos de la clasificación de los sujetos contratantes es la calificación que estos mismos declaran en su respectivo perfil del contratante que deben poner a disposición a través de medios electrónicos (puede encontrarse un acceso al perfil del contratante a través de la Plataforma de Contratación del Estado (<http://contrataciondelestado.es/>)).

§ 24. El término **poderes adjudicadores** está tomado directamente de la Directivas europeas que se traspone. En el concepto están comprendidos de acuerdo con el apartado 3 del artículo 3:

- las Administraciones públicas que acabamos de ver.
- Las fundaciones públicas, o mejor, fundaciones (privadas) en mano pública. Se consideran como tales las fundaciones que:
 - o Que se constituyan de forma inicial, con una aportación mayoritaria, directa o indirecta, de una o varias entidades integradas en el sector público, o bien reciban dicha aportación con posterioridad a su constitución.
 - o Que el patrimonio de la fundación esté integrado en más de un 50 por ciento por bienes o derechos aportados o cedidos por sujetos integrantes del sector público con carácter permanente.
 - o Que la mayoría de derechos de voto en su patronato corresponda a representantes del sector público.
- Las Mutuas colaboradoras con la Seguridad Social.
- Todas las demás entidades con personalidad jurídica propia que hayan sido creadas específicamente para satisfacer necesidades de interés general que no tengan carácter industrial o mercantil, siempre que uno o varios sujetos que deban considerarse poder adjudicador, bien financien mayoritariamente su actividad; bien controlen su gestión; o bien nombren a más de la mitad de los miembros de su órgano de administración, dirección o vigilancia.
- Las asociaciones constituidas por estas.

Como ya se ha visto los poderes adjudicadores —que no sean Administración Pública— tienen un régimen distinto y algo más ligero que el de las Administraciones Públicas.

La cuestión a dilucidar consiste en saber cuándo una entidad ha sido creada para satisfacer necesidades que no tenga carácter industrial o mercantil, así como en el carácter público o no de la entidad.

En cuanto al ultimo extremo —sobre el carácter público o no de la entidad— en el artículo 3.3 b) encajan tanto las entidades públicas no comprendidas en el artículo 3.2 en el concepto de Administraciones públicas, como las sociedades mercantiles cuando, al margen del carácter privado de la personalidad de éstas últimas —sociedades anónima, por ejemplo —, concurren los supuestos de la letra d) del artículo 3.3.

En cuanto al primer extremo (cuando ha sido creada para satisfacer necesidades que no tenga carácter industrial o mercantil) son varios los supuestos que podemos considerar.

Es el caso de multitud de entidades públicas empresariales de cuyo nombre pudiera desprenderse que han sido creadas para desarrollar actividades de carácter mercantil o industrial y, por tanto, no podrían ser incluidas ni en la categoría de Administración Pública (por expresa previsión del artículo 3.2 último párrafo) ni en la de poder adjudicador (en la medida en que no hayan sido creadas para satisfacer necesidades de interés general que no tengan carácter industrial o mercantil). Sin embargo, la referencia al carácter no industrial o mercantil puede no ser clara. Una cosa es el carácter industrial o mercantil del fin que motivo de forma específica su creación y otra cosa el carácter industrial o mercantil de la actividad misma que desarrollan³⁷. Así, por ejemplo, la Fábrica Nacional de Moneda y Timbre-Real Casa de la Moneda (en adelante FNMT-RCM) es una entidad pública empresarial, y no cabe duda que en su funcionamiento desarrolla materialmente actividades que podría realizar una empresa privada (imprensa, monedas conmemorativas –aparte de la función pública de acuñación de moneda de curso legal–, etc.), pero es evidente que la razón de su creación no es el desarrollo de una actividad de interés privado, sino de interés general. Por tanto, aunque no es una Administración pública, tampoco puede considerarse, en cambio, que haya sido creada para satisfacer necesidades de carácter industrial o mercantil, sino más bien necesidades que no tienen ese carácter.

Lo mismo ocurre con SEPES cuyo objeto social es la adquisición, promoción y preparación de suelo; se trata de una actividad que podría confundirse con la de un promotor inmobiliario o una empresa urbanizadora privada. Sin embargo, su actividad material no puede ser confundida con las razones que motivaron su creación que obedecen a la satisfacción de necesidades públicas en la promoción de suelo. Por tanto, aunque sea una entidad pública empresarial se considera poder adjudicador, pues fue creada para satisfacer necesidades que no tienen carácter mercantil o industrial.

³⁷ El nº 2 e) del artículo 3 habla de que la actividad no consista en la producción de bienes o servicios en régimen de mercado, en tanto que la letra b) del nº 3 del artículo 3 habla de que hayan sido creadas para satisfacer necesidades de interés general que no tengan carácter industrial o mercantil. Parecería que la “producción en régimen de mercado de bienes o servicios”, se correspondería con la satisfacción de necesidades que no tengan “carácter industrial o mercantil de la actividad”, si bien no sólo hay que fijarse en la actividad en este segundo caso sino también en el motivo de su creación. No obstante hay matices entre producir bienes y servicios en régimen de mercado y “satisfacer necesidades que no tengan carácter industrial o mercantil”. Ahí radica la dificultad en algunos supuestos de determinar el grupo al que pueden pertenecer algunas de dichas Entidades.

En el caso de Renfe-Operadora se considera que en la medida en que ha de desarrollar su actividad en un contexto de competencia, la misma tiene carácter industrial o mercantil³⁸ a diferencia de lo que ocurría cuando prestaba un servicio en monopolio.

Finalmente estarían las sociedades mercantiles en las que la participación de Administraciones y los demás entes sea superior al 50% (art. 3.1 h) LCSP). Una cosa es que al ser sociedades mercantiles pueda pensarse que su objeto es mercantil desde el punto de vista de la legislación mercantil y otra es que hayan sido creadas para satisfacer necesidades de carácter mercantil sólo y no necesidades de carácter o interés general. Aunque es posible que una buena parte de estas sociedades no puedan considerarse poderes adjudicadores, otras sí pueden serlo. Tal es el caso, por ejemplo, de la Sociedad Estatal de equipamientos e infraestructuras penitenciarias pues la razón de su constitución obedece a la satisfacción de una necesidad pública: la construcción de centros penitenciarios.

En cambio, la Sociedad Estatal para la Gestión de la Innovación y las Tecnologías Turísticas, S. A. (SEGITTUR), que es una sociedad mercantil estatal participada en su totalidad por la Administración General del Estado, cuya tutela está atribuida al Ministerio de Industria, Comercio y Turismo, no ha sido considerada como poder adjudicador³⁹; sería así una entidad del sector público (art. 3.1) que ni es poder adjudicador ni es Administración Pública como veremos a continuación.

§ 25. En el artículo 3.1 se limita a enumerar los **sujetos que forman parte del sector público** y en esa descripción enumera las Administraciones Públicas, los poderes adjudicadores que no son Administración pública y otras Entidades. Estas últimas –éstas otras entidades– son las que forman una categoría a la que se aplican las normas

³⁸ *La actividad de transporte ferroviario se configura, en definitiva, como una actividad eminentemente mercantil, que se desarrolla en un mercado que en parte es de competencia efectiva (transporte de mercancías y transporte internacional de viajeros) y en parte se encuentra en proceso de liberalización (transporte nacional de viajeros) por exigencias del Derecho comunitario.*

RENFE-Operadora desarrolla su actividad de transporte ferroviario previa obtención de la correspondiente licencia y previa asignación por el Administrador de Infraestructuras Ferroviarias de la capacidad de red necesaria para la prestación de servicios. En este contexto cobra sentido la configuración de RENFE-Operadora como una entidad «dotada de plena autonomía de gestión en el ejercicio de sus funciones» (artículo 2 del Real Decreto 2396/2004, de 30 de diciembre, por el que se aprueba su Estatuto) que, en cumplimiento de su objeto, «podrá realizar toda clase de actos de administración y disposición previstos en la legislación civil y mercantil, así como realizar cuantas actividades comerciales o industriales estén relacionadas con aquél, incluso mediante la participación en negocios, sociedades o empresas, nacionales o extranjeras,...» (artículo 6 del citado Real Decreto).

³⁹ Su objeto social, consiste en «la realización de cuantas actividades sean precisas para el diseño, implantación, gestión, organización, administración, desarrollo y, en general, de todas aquellas que tengan como objetivo la promoción turística y el apoyo a la comercialización de los productos y servicios turísticos, mediante el uso de las nuevas tecnologías de la información, y, en especial, en el ámbito de Internet, de todas las relacionadas con el Portal de Promoción Turística de España».

de la LCSP de forma aún más ligera que a las Administraciones Públicas y a los poderes adjudicadores. Entre ellas pueden considerarse especialmente las sociedades mercantiles de la letra h) del artículo 3.1, pero siempre que no hayan sido creadas para satisfacer necesidades de interés general que no tengan carácter industrial o mercantil (en tal caso entraría en la letra d) del artículo 3.3). También podrían considerarse las entidades públicas sujetas al Derecho privado que se hayan creado para satisfacer necesidades de interés general que tengan carácter industrial o mercantil.

A éstas —a las entidades del sector público que ni son Administraciones Públicas ni poderes adjudicadores— se les aplica el LCSP pero de forma más flexible como pueden comprobarse en el Título II del Libro Tercero que no contempla reglas sobre la preparación del contrato y en cuanto al régimen de selección y adjudicación el mismo se hace de acuerdo con unas instrucciones que deben ser aprobadas y que deben ajustarse a los principios de publicidad, concurrencia, transparencia, confidencialidad, igualdad y no discriminación, recayendo el contrato en la oferta más ventajosa (artículo 321 LCSP).

Para concluir debe advertirse que no es tarea fácil determinar la naturaleza exacta de los sujetos contratantes. Por ello resulta interesante emplear medios indirectos para poder conocer su calificación a efectos del LCSP cuando surgen dudas como es, por ejemplo, la calificación que estos mismos hacen en su **perfil del contratante**. El perfil del contratante es una página web que contiene información sobre su actividad contractual (art. 53 LCSP) y en la que suele indicarse el tipo de sujeto de que se trata conforme al LCSP. En caso de que no se diga nada específicamente siempre se puede acceder a las licitaciones en curso que estén publicadas en dicho perfil y en las convocatorias se pueden encontrar los denominados pliegos de cláusulas administrativas particulares en los que se indicará el tipo de sujeto de que se trata. Para acceder los perfiles del contratante y a las licencias en curso se puede llevar a cabo a través de la **Plataforma de Contratación del Estado** (<http://contrataciondelestado.es>).

1.3. LOS DISTINTOS TIPOS DE CONTRATOS DE LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS

§ 26. Uno de los principios que inspiran la contratación del sector público es el de la **libertad de pactos** que se recoge en el artículo 34 de la LCSP y conforme al cual en dichos contratos podrán incluirse cualesquiera pactos, cláusulas y condiciones, siempre

que no sean contrarios al interés público, al ordenamiento jurídico⁴⁰ y a los principios de buena administración.

Esa libertad de pactos permite pues pactar lo que se quiera con los límites señalados y siempre que, cuando se incluyan prestaciones correspondientes a diferentes tipos de contratos, las prestaciones pactadas se encuentren directamente vinculadas entre sí y mantengan relaciones de complementariedad (art. 34.2 LCSP).

Ahora bien, esa libertad de pactos, con esas limitaciones, no quita que el legislador, en la Ley vigente y en las anteriores, haya establecido unos tipos contractuales determinados o típicos que es el objeto del presente apartado.

Al hablar de tipos contractuales debe señalarse el criterio conforme al cual se **califican o tipifican los contratos**.

El criterio más común –y el primero que emplea el LCSP en sus artículos 12 a 18– es el que atiende a las **prestaciones materiales** características del contrato; es el mismo criterio que emplea el Código Civil al calificar los contratos por razón del contenido material de las prestaciones (arrendamiento de obras, de servicios, compraventa, permuta, mandato, préstamo, depósito, etc.).

Otro criterio es el que atiende a la naturaleza del contrato por razón de la **naturaleza del Derecho aplicable** (público o privado), que da lugar a la clasificación de los contratos en contratos administrativos o contratos privados.

Adicionalmente hay un último criterio de raigambre comunitaria de gran importancia que tiene que ver con los supuestos de **sujeción a regulación armonizada** que, en muchos casos, se fija en función de un umbral cuantitativo a partir del cual se exige el cumplimiento de las normas de las Directivas 2014: contratos sujetos a regulación armonizada o no sujetos a regulación armonizada.

Estos tres criterios de clasificación pueden combinarse entre sí en el sentido de que un contrato de obra puede ser administrativo o no serlo (si no lo hace una Administración Pública) y puede estar sujeto a regulación armonizada o no estarlo como luego veremos.

Además de combinarse entre sí se pueden combinar también con los sujetos del sector público para establecer el régimen final de cada contrato. Así ocurre por ejemplo en el artículo 19 LCSP para definir el concepto de contratos sujetos a regulación

⁴⁰ El ordenamiento jurídico como límite supone que todas las previsiones del LCSP formuladas como imperativas restringen esa supuesta libertad de pactos.

armonizada por referencia a tipos de contratos y a un determinado tipo de entidades: los poderes adjudicadores.

§ 27. Primer criterio de clasificación por razón del contenido de sus prestaciones y por estar o no previstos en el LCSP: **Contratos nominados, innominados y mixtos.**

El artículo 12 del LCSP identifica hasta cinco tipos de contratos cuyas características y contenido desarrolla en los artículos siguientes del 13 al 18.

- 1) contratos de obras
- 2) contratos de concesión de obras públicas
- 3) contrato de concesión de servicios públicos
- 4) contrato de suministro
- 5) contrato de servicios

Esos son los seis tipos de contratos que considera el LCSP y a los que, a lo largo de la misma, en varios de sus Libros, va a dar el tratamiento oportuno en cuanto a su preparación, selección del contratista, efectos etc. A título meramente informativo, debe tenerse en cuenta que la mayoría de los contratos públicos que se suscriben anualmente son de servicios (algo menos de la mitad), y le siguen los contratos de suministro (una cuarta parte) y algo más lejos los de obras (una quinta parte) y los demás⁴¹.

Los rasgos característicos de cada uno se recogen y explican en los artículos 13 a 18, por lo que de su mera lectura puede deducirse el contenido de cada uno sin que sea necesario repetirlo aquí.

Solo se señalará la distinción entre el contrato de obras y el contrato de concesión de obras públicas. Ambos se refieren a obras, pero la diferencia radica en que en el segundo –concesión de obra pública– la contraprestación consiste en el derecho a explotar la obra (un peaje en una carretera) o en la explotación acompañada del derecho a percibir un precio. Como es lógico la explotación entraña un elemento de riesgo: ¿Qué pasa si la obra (carretera, puente, túnel, etc.) no es frecuentada tanto como se calculó?. El riesgo debe asumirlo el concesionario, por más que luego siempre acaben surgiendo

⁴¹ Los datos concretos son, de un total de 119.553 contratos suscritos en el 2019, servicios: 54.642; suministros: 32.473; obras: 25.235; vid. Informe Anual sobre la Contratación Pública 2019 preparado por la Oficina Independiente de Regulación y Supervisión de la Contratación (OIREscon).

discusiones al respecto; recuérdese el caso de las radiales de Madrid o la autovía a Toledo⁴².

En el contrato de obras la contraprestación es sólo el precio que se compromete a satisfacer la Administración, sin que, por tanto, haya riesgo alguno.

El contrato de concesión presenta otras complejidades que no es del caso ampliar en este momento.

Finalmente debe notarse la diferencia entre el contrato de concesión de servicios públicos y el contrato de servicios. Éstos últimos son contratos en que los contratistas prestan sus servicios en favor de las entidades del sector público, que son las que reciben el servicio, en tanto que el contrato de gestión de servicios públicos el destinatario y beneficiario directo de los servicios públicos –cuya gestión ha asumido una Administración pública, pero que concede al contratista– son los ciudadanos.

Una última puntualización debe hacerse y es que esos cinco contratos típicos (a veces se les llama contratos nominados –porque se les da un nombre que los identifica–) no impiden que puedan existir contratos mixtos que combinan prestaciones de unos y otros. En esos casos el régimen aplicable al contrato en cuanto a su adjudicación es el de la prestación dominante.

Por otra parte, la libertad de pactos permite celebrar contratos que no encajen exactamente en los cinco tipos de contratos nominados. Mientras tales contratos que pudiéramos llamar innominados no sean contrarios a las previsiones del LCSP –o de cualquier otra– tales contratos son lícitos.

§ 28. Segundo criterio de clasificación del **contrato por razón de la naturaleza del Derecho aplicable**: Contratos administrativos y privados. Según el derecho que se aplica al contrato hablamos de contratos administrativos o de contratos privados (art. 24 LCSP).

Los contratos administrativos son los que establece el artículo 25 LCSP, pero debe notarse que se exige siempre que los celebre una Administración Pública. Los contratos de obras son siempre administrativos si los celebra una Administración Pública, pero eso

⁴² En la Sentencia del 16 de mayo de 2011, el Tribunal Supremo (STS 3125/2011 (RJ 2011/4351), resolvió la reclamación del concesionario de una autopista de peaje entre Madrid y Toledo que alegaba que la Comunidad Autónoma de Madrid había transformado, con posterioridad a la adjudicación, la antigua carretera - de doble circulación con una sólo carril en cada sentido - en una autovía libre de pago con dos calzadas separadas y con dos carriles en cada sentido, lo que perjudicaba gravemente la viabilidad de la explotación de la autopista de peaje.

no quita que una entidad del sector público que no sea Administración pública no pueda celebrar un contrato de obra; significa sólo que ese contrato de obra no es un contrato administrativo, sino un contrato privado.

El artículo 25.1 a) establece que son contratos administrativos «*contratos de obra, concesión de obra, concesión de servicios, suministro y servicios*»⁴³, pero siempre que se celebren por una Administración.

La libertad de pactos a que antes se ha hecho referencia determina que aparte de los contratos mixtos pueda haber también contratos innominados que igualmente pueden ser administrativos como dice el artículo 25.1 b) LCSP: «*Los contratos declarados así expresamente por una Ley, y aquellos otros de objeto distinto a los expresados en la letra anterior, pero que tengan naturaleza administrativa especial por estar vinculados al giro o tráfico específico de la Administración contratante o por satisfacer de forma directa o inmediata una finalidad pública de la específica competencia de aquella*». En todo caso tales contratos administrativos innominados sólo pueden hacerse por las Administraciones Públicas.

El carácter administrativo de un contrato tiene consecuencias en cuanto a su régimen jurídico –el LCSP dedica todo el Libro II a los contratos administrativos– que se manifiesta en las prerrogativas o privilegios de la Administración y en su régimen jurisdiccional, pues de ellos –en todos sus aspectos– conoce siempre la jurisdicción contencioso-administrativa. El artículo 19.2 establece a ese respecto que «*los contratos administrativos se registrarán, en cuanto a su preparación, adjudicación, efectos y extinción, por esta Ley y sus disposiciones de desarrollo; supletoriamente se aplicarán las restantes normas de derecho administrativo y, en su defecto, las normas de derecho privado. No obstante, a los contratos administrativos especiales a que se refiere la letra b) del apartado anterior les serán de aplicación, en primer término, sus normas específicas*».

Por otra parte, en cuanto a los contratos privados, se definen por una parte negativamente en el artículo 26 como aquellos que celebran los entes, organismos o entidades del sector público que no reúnan la condición de Administración Pública y los que no reúnan la condición de poder adjudicador. Pero en el 26 párrafo 2 considera también privados los contratos que celebren las Administraciones Públicas cuyo objeto sea distinto de los contratos típicos (obra, concesión de obra, concesión de servicios, suministro y servicios) y de los especiales (naturaleza administrativa especial por estar vinculados al giro o tráfico específico).

⁴³ De esa relación excluyen los contratos de servicios que tengan por objeto servicios financieros y los que tengan por objeto la creación e interpretación artística y literaria y los de espectáculos, y aquellos cuyo objeto sea la suscripción a revistas, publicaciones periódicas y bases de datos.

El hecho de que sean privados no les excluye del LCSP pues, en cuando los celebren Administraciones Públicas, se les aplica por lo que respecta a su preparación y adjudicación, en defecto de normas específicas, por lo que dispone la LCSP y sus disposiciones de desarrollo, aplicándose supletoriamente las restantes normas de derecho administrativo o, en su caso, las normas de derecho privado, según corresponda por razón del sujeto o entidad contratante. Otro tanto ocurre cuando sean contratos privados celebrados por sujetos que no son Administraciones Públicas que se someten, en cuanto a su preparación y adjudicación a otras normas contenidas más ligeras contenidas en el Libro Tercero de la LCSP. Todos estos son los llamados “actos separables” que quedan sometidos el Derecho Administrativo. Ahora bien, eso no quita que, en cuanto a sus efectos y extinción, estos contratos se rijan por el Derecho privado.

Por último, en cuanto a la jurisdicción competente la regulación es algo más complicada. La jurisdicción contencioso-administrativa conoce de las siguientes cuestiones (art. 27.1 LCSP):

- a) Las relativas a la preparación, adjudicación, efectos, modificación y extinción de los contratos administrativos.
- b) Las que se susciten en relación con la preparación y adjudicación de los contratos privados de las Administraciones Públicas.
- c) Las referidas a la preparación, adjudicación y modificaciones contractuales (en este último caso, en determinadas ocasiones) de los contratos celebrados por los poderes adjudicadores que no tengan la consideración de Administración Pública.
- d) Las relativas a la preparación y adjudicación de los contratos de entidades del sector público que no tengan el carácter de poderes adjudicadores.
- e) Los recursos interpuestos contra las resoluciones que se dicten por los órganos administrativos de resolución de los recursos especiales de contratación

En cuanto al orden jurisdiccional civil es competente en los siguientes supuestos (art. 27.2 LCSP):

- a) Las controversias que se susciten entre las partes en relación con los efectos y extinción de los contratos privados de las entidades que tengan la consideración de poderes adjudicadores, sean o no Administraciones Públicas.
- b) De las cuestiones referidas a efectos y extinción de los contratos que celebren las entidades del sector público que no tengan el carácter de poderes adjudicadores.

- c) El conocimiento de las cuestiones litigiosas relativas a la financiación privada del contrato de concesión de obra pública o de concesión de servicios.
- d) Las cuestiones que se susciten en relación con la preparación, adjudicación y modificación de los contratos subvencionados.

Una de las justificaciones de la caracterización de algunos contratos como administrativos se centra en la necesidad de que las Administraciones cuenten con determinados poderes especiales o privilegios que les permitan defender adecuadamente los intereses generales en la ejecución de los contratos sin estar sujetas a las limitaciones que las partes tienen en los contratos privados por la inexistencia de intereses generales que defender.

Eso se traduce en las llamadas prerrogativas o privilegios de la Administración contratante que recoge el artículo 190 del LCSP: *«el órgano de contratación ostenta la prerrogativa de interpretar los contratos administrativos, resolver las dudas que ofrezca su cumplimiento, modificarlos por razones de interés público, acordar su resolución y determinar los efectos de ésta»*.

Son pues cuatro las prerrogativas, aunque pueden concretarse en otras como las potestades de dirección del contrato: 1) Interpretación de los contratos y resolución de dudas 2) “ius variandi” o privilegio de modificación por razones de interés público 3) resolución de los contratos y 4) acordar los efectos del incumplimiento.

Debe subrayarse que estos privilegios sólo existen en relación con los contratos administrativos por lo que, en los demás, la Administración no goza de esa ventaja posicional.

§ 29. Tercer criterio de clasificación de los **contratos en relación con los supuestos de sujeción o no a una regulación armonizada**.

La consideración de un contrato como sujeto a una regulación armonizada en muchos casos tiene que ver con el umbral a partir del cual se exige el cumplimiento de las normas de las Directivas de 2014: contratos sujetos a regulación armonizada o no sujetos a regulación armonizada. En todo caso, además del tipo de contrato y el umbral cuantitativo a partir del cual se considera contrato sujeto a regulación armonizada es preciso que dicho contrato sea de una entidad contratante que sea poder adjudicador (art. 19 LCSP) lo que comprende o que sea una Administración pública o que sea alguna de las otras entidades a que se refiere el artículo 3.3 y que se han estudiado más arriba.

El artículo 19 LCSP establece una distinción entre contratos sujetos o no a una regulación armonizada proveniente, en cualquier caso, de un poder adjudicador. Están sujetos a regulación armonizada:

- a) los contratos de obras, los de concesión de obras, los de concesión de servicios, los de suministro, y los de servicios, cuyo valor estimado, calculado conforme a determinadas reglas, sea igual o superior a las cuantías que se indican en los artículos siguientes.
- b) Tendrán también la consideración de contratos sujetos a una regulación armonizada los contratos subvencionados por estas entidades a los que se refiere el artículo 23.

Hace falta acudir a los artículos siguientes para ver los umbrales a partir de los cuales están sujetos a regulación armonizada⁴⁴. Así, por ejemplo, en el artículo 20 en relación con el contrato de obras o de concesión de obras públicas se sujetan a la regulación armonizada aquellos cuyo valor estimado sea igual o superior a 5.350.000 euros.

La fijación de esos umbrales supone una cierta aplicación del viejo aforismo romano “*de minimis non curat praetor*⁴⁵”. La Unión Europea quiere aplicar sus reglas en aquellos asuntos que tengan una cierta relevancia y que puedan mover a las empresas de la UE a desplazarse a otros países para prestar sus servicios, sin preocuparse tanto por los demás. Ahora bien, por debajo de esos umbrales los contratos siguen sujetos a las normas del LCSP, pero no en lo que se refiere a las concretas medidas de publicidad, adjudicación del contrato y los aspectos que tratan de facilitar el acceso de ciudadanos y empresas de otros países de la Unión.

En todo caso y al margen de ello, eso no quiere decir, en absoluto, que en esos contratos no sujetos a una regulación armonizada no rijan las reglas de no discriminación e igualdad de trato como ha sentado la jurisprudencia del Tribunal de Justicia; simplemente no son de aplicación las técnicas generales que se establecen para evitar la discriminación, pero sin que eso signifique que pueda discriminarse.

Dentro de este tercer criterio de clasificación debe hacerse una mención especial a los contratos subvencionados sujetos a regulación armonizada que otorguen personas

⁴⁴ Hay que tener en cuenta también los supuestos de exclusión de la regulación armonizada que se contienen en el artículo 19.2 LCSP.

⁴⁵ De las cosas insignificantes no se ocupa el magistrado.

físicas o jurídicas que no sean Sector público o que, formando parte de él, no son poderes adjudicadores.

No todos los contratos sujetos a regulación armonizada lo siguen siendo cuando son subvencionados. Para empezar el artículo 23 sólo considera sujetos a regulación armonizada los contratos subvencionados de obras y servicios; y dentro de ellos sólo algunos⁴⁶. Por otra parte, desde el punto de vista de la subvención por el poder adjudicador la misma debe serlo en forma directa y en más del 50% del importe del contrato para que éste se considere contrato subvencionado sujeto a regulación armonizada.

NORMATIVA DE REFERENCIA:

- Constitución Española.
- [Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público](#)

INFORMACIÓN ADICIONAL:

- Página sobre Contratación del Ministerio de Hacienda:
<https://www.hacienda.gob.es/es-ES/Areas%20Tematicas/Contratacion/Paginas/default.aspx>
- Informe Anual sobre la Contratación Pública preparado por la Oficina Independiente de Regulación y Supervisión de la Contratación (OIReScon).
<https://www.hacienda.gob.es/RSC/OIReScon/informe-anual-supervision-2024/ias2024-modulo1.pdf>

LECTURAS COMPLEMENTARIAS:

- PAREJO ALFONSO, Luciano: *Lecciones de Derecho Administrativo*, 13ª ed., Tirant lo Blanch, Madrid, 2024. (lección 15).
- SÁNCHEZ MORÓN, Miguel, *Derecho Administrativo. Parte General*, 20ª Ed., Tecnos, Madrid, 2024.

⁴⁶ En el artículo 23 de la LCSP sólo se incluyen los siguientes:

a) Contratos de obras que tengan por objeto actividades de ingeniería civil de la sección F, división 45, grupo 45.2 de la Nomenclatura General de Actividades Económicas de las Comunidades Europeas (NACE), o la construcción de hospitales, centros deportivos, recreativos o de ocio, edificios escolares o universitarios y edificios de uso administrativo, siempre que su valor estimado sea igual o superior a 5.548.000 euros.

b) Contratos de servicios vinculados a un contrato de obras de los definidos en la letra a), cuyo valor estimado sea igual o superior a 221.000 euros.