



FACULTAD DE DERECHO

EL ÁMBITO SUBJETIVO DE LA NUEVA LEY DE CONTRATOS DEL SECTOR PÚBLICO

Resistencia del legislador nacional a la incorporación del
concepto europeo único de poder adjudicador

Autor: Isabel García Gómez-Biedma
Cuarto E1, Derecho y Business Law
Derecho administrativo

Tutor: Alfonso Arévalo Gutiérrez

Madrid
Abril de 2018

RESUMEN

El presente trabajo aborda el estudio del ámbito subjetivo de aplicación de la nueva Ley de Contratos del Sector Público de 2017, teniendo en cuenta la evolución de su regulación a lo largo de las tres últimas décadas hasta el día de hoy, marcada por el fenómeno de la “huida del Derecho administrativo”, al aparecer en el ámbito de la contratación entidades de naturaleza privada que ha generado un amplio debate en lo concerniente a la cuestión general sobre a qué entidades ha de aplicarse la legislación y que la jurisprudencia comunitaria ha tratado de esclarecer mediante la interpretación subjetivo-funcional del concepto europeo único de poder adjudicador, que permite a entes, públicos o privados, celebrar este tipo de contratos si reúnen los requisitos para ello. Merece por tanto realizar un análisis sobre las novedades más significativas introducidas en esta reforma y su incidencia a efectos prácticos, para finalmente reflexionar si a través de ella las advertencias sobre la falta de transparencia y concurrencia e incremento de la inseguridad jurídica en nuestra legislación contractual se disipan, para dar paso a una regulación más acorde al Derecho comunitario y a los objetivos que se pretenden alcanzar mediante la transposición de las Directivas, que se concretan en la mejora de la eficiencia del gasto público y el cumplimiento de los principios de transparencia, concurrencia, e igualdad de trato y no discriminación.

Palabras clave: contratación pública, ámbito subjetivo de aplicación, poder adjudicador, administración pública, poderes adjudicadores que no tiene la consideración de administración pública, huida del derecho administrativo, entidades de derecho público.

ABSTRACT

The present work deals with the study of the subjective scope of application of the new Public Sector Contracts Law of 2017, considering the evolution of its regulation in the last three decades until today, marked by the phenomenon of "flight of the administrative law", when private entities appear in the field of public procurement and that has generated a broad debate regarding the question of which entities are subject to the legislation, that European jurisprudence has tried to clarify through the subjective-functional criteria of the unique European concept of contracting authority, which allows public or private entities to conclude this type of contracts if the requirements are met. Therefore, it deserves to analyze the most significant legal novelties introduced in this reform, in order to know the legal nature of the entities to which it applies and its impact for practical purposes, to finally contemplate if through it the warnings about the lack

of transparency and competence and the increase of legal insecurity in our legislation are dissipated, to give way to a regulation in accordance with European law and the objectives that are to be achieved through the transposition of the Directives, which are specified in the improvement of the efficiency of public spending and compliance with the principles of transparency, concurrence, and equality of treatment and non-discrimination.

Keywords: public procurement, subjective scope of application, contracting authority, public administration, contracting authorities that do not have the consideration of public administration, flight from administrative law, public law entities.

ÍNDICE

1. LISTADO DE ABREVIATURAS	6
2. INTRODUCCIÓN	7
3. EVOLUCIÓN LEGISLATIVA DE LA CONTRATACIÓN PÚBLICA EN ESPAÑA HASTAS NUESTROS DÍAS: EL ÁMBITO SUBJETIVO DE APLICACIÓN	9
3.1 Consideraciones Generales.....	9
3.2 El nuevo marco legislativo tras la entrada de España en la Comunidad Económica Europea.....	11
3.2.1 <i>La Administración pública como única contratante</i>	11
3.3 Ampliación y consolidación del ámbito subjetivo de aplicación.....	14
3.3.1 <i>La ley 30/2007 y el Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público de 2011</i>	14
4. NOVEDADES EN EL ÁMBITO SUBJETIVO DE APLICACIÓN DE LA NUEVA LEY 9/2017 DE CONTRATOS DEL SECTOR PÚBLICO	18
4.1 El Sector Público	18
4.2 El nuevo concepto de Administración Pública.....	19
4.3 Poderes Adjudicadores que no tienen la consideración de Administración Pública	21
4.3.1 <i>Los partidos políticos y sindicatos y organizaciones empresariales</i>	22
4.3.2 <i>Las Corporaciones de derecho público</i>	24
5. RESISTENCIA DEL LEGISLADOR NACIONAL A LA INCORPORACIÓN DEL CONCEPTO EUROPEO ÚNICO DE PODER ADJUDICADOR	28
5.1 Construcción española del ámbito subjetivo de aplicación.....	28
5.2 Concepto europeo único de poder adjudicador	30
5.3 La incidencia a efectos prácticos del nuevo ámbito subjetivo.....	33
5.3.1 <i>Desvinculación del régimen aplicable a los entes de derecho público de su naturaleza jurídica. “El fin” de la huida del derecho administrativo</i>	33
5.3.2 <i>Homogeneización del régimen jurídico aplicable a los poderes adjudicadores que no tienen la consideración de Administración Pública</i>	34
6. CONCLUSIONES	40

7. BIBLIOGRAFÍA	43
7.1 Legislación.....	43
7.2 Jurisprudencia	44
7.3 Obras doctrinales	45

1. LISTADO DE ABREVIATURAS

UE	Unión Europea
LCSP/2017	Ley 9/2017 de Contratos del Sector Público
LCSP/2007	Ley 30/2007 de Contratos del Sector Público
TRLCSP	Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público
LCAP	Ley de Contratos de las Administraciones Públicas
DA	Disposición Adicional
TRLCAP	Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas
RD	Real Decreto
LGP	Ley General Presupuestaria
TJUE	Tribunal de Justicia de la Unión Europea
PANAPs	Poderes Adjudicadores que no tienen la consideración de Administración Pública
TJCE	Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas
STJCE	Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas

2. INTRODUCCIÓN

A raíz de la promulgación de la nueva Ley de Contratos del Sector Público el pasado mes de noviembre, que tenía por objeto la transposición de las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE de 26 de febrero de 2014, se introducen reformas que persiguen la renovación y modernización de las normas que rigen la legislación en materia de contratación pública, en aras de mejorar la eficiencia del gasto público, dotar de mayor transparencia los procedimientos de adjudicación, implementar las políticas sociales de cada Estado y también garantizar seguridad jurídica incorporando conceptos tratados por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (en adelante TJUE), en muchos aspectos decisiva.

Así, surge la necesidad de poner el foco de atención en uno de los apartados de la ley de carácter decisivo y trascendental, en tanto determina el conjunto de entidades a las que será de aplicación la legislación, y en qué grado de intensidad, lo cual nos permite conocer, no sólo la naturaleza de los entes que celebran contratos del sector público, sino el régimen jurídico que le será de aplicación.

El ámbito subjetivo de aplicación es una parte clave de la legislación contractual si tenemos en cuenta la finalidad de la contratación pública en nuestra sociedad, que no es otra que satisfacer los intereses generales en un Estado social y democrático de derecho como el nuestro. Estos objetivos plurales de los que partimos no son ni mucho menos alcanzados si la contratación pública no se erige a través de unos principios básicos de libertad de acceso a las licitaciones, publicidad y transparencia en los procedimientos contractuales y por supuesto, no discriminación e igualdad de trato entre los licitadores.

Es por ello que el presente trabajo tiene por objeto el análisis del ámbito subjetivo a través de un estudio de la evolución del mismo desde la entrada de España a la Comunidad Económica Europea, siendo el TJUE decisivo en este sentido al haber ido marcando las pautas que nos permitirían discernir entre entidades sujetas o no a la legislación y los requisitos que éstas deben reunir para ser poderes adjudicadores.

Veremos que a medida que incorporábamos la jurisprudencia comunitaria en nuestro ordenamiento jurídico nuestro ámbito subjetivo de aplicación ha ido ampliándose hasta la consolidación de la vigente regulación y analizaremos cuáles han sido las novedades más significativas introducidas en ella.

Finalmente, reflexionaremos desde un punto de vista funcional, si la actual redacción del artículo 3, que difiere del concepto europeo único de poder adjudicador, garantiza seguridad jurídica a efectos prácticos y si efectivamente, se cumplen los principios de contratación pública.

3. EVOLUCIÓN LEGISLATIVA DE LA CONTRATACIÓN PÚBLICA EN ESPAÑA HASTAS NUESTROS DÍAS: EL ÁMBITO SUBJETIVO DE APLICACIÓN

3.1 Consideraciones generales

España, al igual que el conjunto de estados miembros de la Unión Europea, se encuadra dentro de un proceso iniciado en el seno de la Comisión que tiene como punto de partida la <Estrategia Europa 2020> del año 2010, en el que la contratación pública es una de las materias tratadas y considerada pieza clave, no sólo para la lucha contra las crisis que entonces y aún azotan las economías europeas, sino también para el desarrollo de una “*estrategia para un crecimiento inteligente, sostenible e integrador*”, como define la propia Comisión en dicho documento¹.

En su Comunicación COM (2015) 614 final, de 2 de diciembre de 2015, la Comisión Europea señaló: «*La contratación pública representa una gran proporción del consumo europeo (casi el 20% del PIB de la UE)*»². Este manifiesto pone en evidencia la consideración de la contratación pública no sólo como un instrumento de abastecimiento de bienes y servicios para las administraciones públicas y demás entes contratantes, sino como un pilar fundamental para el desarrollo de las políticas públicas de los estados miembros de la UE³.

Teniendo como referencia este panorama legislativo, Europa culmina su proceso mediante la aprobación de las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014, que da lugar a la aprobación de la vigente Ley 9/2017, de 8 de Noviembre, de Contratos del Sector Público (en adelante LCSP/2017). Estas directivas sustituyen a la Directiva 2004/18/CE y la Directiva 2004/17/CE, transpuestas a nuestro ordenamiento jurídico a través de la Ley 30/2007 (en adelante LCSP/2007), y posteriormente derogada y sustituida por el Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público del año

¹ COMISIÓN EUROPEA. Comunicación de la Comisión de 3 de marzo de 2010 «Europa 2020, una estrategia para un crecimiento inteligente, sostenible e integrador» [COM (2010) 2020 final]. (Disponible en: [http://www.aragon.es/estaticos/GobiernoAragon/Departamentos/HaciendaAdministracionPublica/Documentos/docs2/Areas/Fondos%20Estruct%20UE/2014-2020/COM\(2010\)2020-Europa2020-Unaestrategiaparauncrecimiento.pdf](http://www.aragon.es/estaticos/GobiernoAragon/Departamentos/HaciendaAdministracionPublica/Documentos/docs2/Areas/Fondos%20Estruct%20UE/2014-2020/COM(2010)2020-Europa2020-Unaestrategiaparauncrecimiento.pdf); última consulta 12/04/2018).

² COMISIÓN EUROPEA. Comunicación de la Comisión de 2 de diciembre de 2015 «Cerrar el círculo: un plan de acción de la UE para la economía circular» [COM (2015) 614 final]. (Disponible en: http://eur-lex.europa.eu/resource.html?uri=cellar:8a8ef5e8-99a0-11e5-b3b7-01aa75ed71a1.0011.02/DOC_1&format=PDF; última consulta 12/04/2018)

³ Gimeno Feliú, J.M “Hacia una nueva ley de contratos del sector público. ¿Una nueva oportunidad perdida?” *Revista Española de Derecho Administrativo*, nº 182, 2017, p. 181-221.

2011 (en adelante TRLCSP), aprobado por el Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre.

El objetivo de estas directivas era la consecución de una normativa de contratación pública uniforme que permitieran mejorar la eficiencia del gasto público, una mayor inclusión de las pequeñas y medianas empresas (PYMES) en la contratación y apostar por la incorporación y consecución de políticas estratégicas de carácter social, medioambiental y de fomento de la innovación⁴.

Señala Rodríguez López. P.⁵, que el propio Tribunal Constitucional ya estableció en la sentencia de 22 de abril de 1993⁶ que la legislación contractual de las administraciones tiene como finalidad garantizar los principios de publicidad, igualdad, libre concurrencia y seguridad jurídica.

La propia Comisión establece en su Comunicación Interpretativa, de 1 de agosto de 2006⁷, con objeto de garantizar la libertad de competencia:

<Según el TEJC, los principios de igualdad de trato y de no discriminación implican una obligación de transparencia que consiste en garantizar, en beneficio de todo licitador potencial, una publicidad adecuada que permita abrir a la competencia el mercado>

Sin embargo, en los últimos años el cumplimiento de estos principios se ha visto mermado, por la ausencia de libertad de acceso a las licitaciones, publicidad y transparencia, lo que ha puesto en riesgo las garantías de seguridad jurídica y cumplimiento de dichos principios, convirtiendo al fenómeno de la contratación pública en un medio de fácil acceso para el desarrollo de prácticas corruptas, como hemos observado esta última década.

Parte de este desventurado panorama de una contratación sin garantías tiene su origen en la proliferación de entes instrumentales de naturaleza privada que han ido aproximándose al ámbito de la contratación, (lo que da lugar al fenómeno conocido como “huida del derecho administrativo”) y a las que el propio Derecho comunitario otorgó la capacidad para contratar. Fue entonces cuando, no en vano, la ambigüedad regulatoria en nuestro ordenamiento jurídico con respecto a estas entidades acarrió sucesivas condenas al Reino de España por el Tribunal

⁴ 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 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014 (BOE 9 de noviembre de 2017).

⁵ Rodríguez López, P., *Los contratos del Sector Público (comentario)*, Edisofer S.L. Libros jurídicos, Madrid, 2006.

⁶ Sentencia del Tribunal Constitucional de 22 de abril, Pleno Sentencia 141/1993. (BOE de 28 de mayo de 1993)

⁷ Comunicación Interpretativa de la Comisión (2006/ C 179/ 02) (Disponible en: [https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:52006XC0801\(01\)&from=ES](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:52006XC0801(01)&from=ES), última consulta: 9/03/2018).

de Justicia de las Comunidades Europeas ante el incumplimiento de las Directivas, lo que obligó al legislador a ampliar sucesivamente su regulación con respecto a los ámbitos subjetivo y objetivo⁸, con el objeto de aclarar las normativas precedentes y dar mayor seguridad jurídica al sistema. Esto permitió el acceso a la contratación de entidades privadas, siempre bajo el prisma de control y vigilancia del Derecho comunitario, el cual, a medida que el fenómeno avanzaba, fue asentando la jurisprudencia que marcaría las pautas para la consideración de estos entes como poderes adjudicadores.

Siendo el ámbito subjetivo de aplicación nuestro objeto de estudio, en el presente capítulo se analizará una evolución de su regulación a lo largo de las diferentes legislaciones en la materia, partiendo de la **Ley de Contratos del Estado, de 8 de abril de 1965**, y la posterior promulgación de su Reglamento de aplicación en 1967, de 25 de Noviembre, que únicamente incluía en su ámbito subjetivo de aplicación al Estado. El cuerpo normativo se modificó parcialmente con la Ley 5/1973, lo que obligó a la modificación del Reglamento, y dio lugar a la aprobación de una nueva versión del Reglamento en 1975, ante la necesidad de incorporar y actualizar preceptos derivados de la experiencia práctica adquirida⁹.

3.2 Nuevo marco legislativo de contratación pública tras la entrada de España en la Comunidad Económica Europea

3.2.1 La Administración pública como única contratante

La promulgación de nuestra Constitución en 1978 y, especialmente relevante, la entrada de España a la entonces denominada Comunidad Económica Europea en 1986, despertaron la conciencia del legislador, ante la exigencia de adaptar nuestro ordenamiento jurídico al Derecho comunitario. No fue hasta la promulgación de la **Ley 13/1995, de 18 de mayo, de Contratos de las Administraciones Públicas** (en adelante, LCAP), cuando se produjeron los primeros cambios, que sin embargo, seguían siendo insuficiente, prueba de ello las múltiples condenas al Reino de España por el TJCE desde entonces.

⁸ Vega Labella, J.I., *Ámbito de aplicación de la Ley 9/2017, de 8 de Noviembre, de Contratos del Sector Público* Alonso Timón, A.J. (coord.), Dykinson, S.L., Madrid, 2018, p. 19-56.

⁹ De la Morena López, J., “Evolución Histórica de la contratación pública en España”, *Observatorio de contratación pública* (Disponible en: [http://www.obcp.es/index.php/mod.opiniones/mem.detalle/id.57/reلمenu.3/chk.e2db6ab74524409a96997ab947dc3075](http://www.obcp.es/index.php/mod.opiniones/mem.detalle/id.57/recategoria.121/reلمenu.3/chk.e2db6ab74524409a96997ab947dc3075) ; última consulta 9/03/2018).

Cabe comentar que esta Ley, no sólo sería de aplicación a la Administración General del Estado, sino a las Administraciones de las Comunidades Autónomas y a las entidades que integran la Administración Local. Además, aparece por primera vez una definición de organismo autónomo y restantes entidades de derecho público. (Directiva 92/50/CEE, Directiva 93/36/CEE, Directiva 93/37/CEE).

Asimismo, la sujeción a la LCAP de las Administraciones territoriales, organismos autónomos y entidades de derecho público siempre que cumplieran los requisitos, se extendió, con carácter supletorio, a los actos contractuales que llevaran a cabo los órganos constitucionales¹⁰.

Con respecto a las entidades de derecho público que no estuvieran comprendidas en las anteriores, el apartado primero del artículo 2 de la Ley correspondiente con la adjudicación de determinados contratos privados, los sometía a “*a las prescripciones de esta Ley relativas a la capacidad de las empresas, publicidad, procedimientos de licitación y formas de adjudicación, respecto de los contratos en los que concurran los siguientes requisitos (...)*”¹¹ relativos a los contratos de obra, consultoría, servicios y trabajos específicos y concretos en relación con los citados, siempre y cuando superasen los umbrales establecidos en el precepto.

Si bien es cierto que frente a la anterior regulación, el nuevo ámbito subjetivo pretende reducir la evidente “huida de la contratación pública” que mencionábamos en el apartado anterior, este nuevo enfoque del ámbito subjetivo seguía planteando problemas de interpretación en lo que respecta a la creación de entes públicos (en sus distintas variedades) y formas societarias de naturaleza privada¹², que no recoge la legislación nacional. La propia ley somete la actividad contractual de las sociedades estatales con forma mercantil a los principios de publicidad y concurrencia (Disposición Adicional Sexta, en adelante DA 6ª).

En este momento es cuando surge la dificultad a la hora de determinar cuáles de esos entes pueden ser definidos como poder adjudicador, y derivado de ello, verificar el cumplimiento de los principios de publicidad y concurrencia, a los que se alude directamente en la DA 6ª.

Fenómeno parecido y de similar preocupación surgía en torno a la tendente creación de fundaciones privadas con iniciativa pública y dedicada a competencias públicas, que sin embargo están sometidas al régimen privado de la Ley de Fundaciones.¹³

¹⁰ Gimeno Feliú, J.M., “La necesaria interpretación subjetivo-funcional del concepto de poder adjudicador en la Contratación pública” *Revista de Administración Pública*, Nº 151, 2000, p. 425-440.

¹¹ Ley 13/1995, de 18 de mayo, de Contratos de las Administraciones Públicas (BOE 19 de mayo de 1995).

¹² Gimeno Feliú, J.M., “La necesaria interpretación subjetivo-funcional (...)” *op.cit.*

¹³ *Ídem.*

Lo que se deriva de estas manifestaciones es que lo dispuesto en esta ley, que en un primer momento parecía adaptar la legislación al marco legislativo europeo, se tornó en una mera declaración de principios y produce efectos contrarios a la homogeneización del régimen aplicable a estos entes con respecto al de las Administraciones públicas¹⁴. Además, veremos cómo a lo largo de las posteriores legislaciones hasta el día de hoy, aún existen vestigios que dificultan la interpretación del ámbito subjetivo de aplicación, cuestión que analizaremos en el último punto del trabajo.

Cuatro años más tarde a la ley de 1995, se modifica parcialmente mediante la promulgación de la Ley 53/1999, de 28 de diciembre, cuya exposición de motivos señala la obligada incorporación de ciertas modificaciones y la *“introducción de una mayor objetividad, transparencia y concurrencia en la contratación administrativa”*¹⁵, que continúa siendo el principal objetivo del legislador nacional en la materia.

La Ley de 1995 fue refundida mediante el **Real Decreto legislativo 2/2000, de 16 de Junio, por el que se aprobaba el texto refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas** (en adelante TRLCAP), cuyo ámbito subjetivo no sufrió variaciones hasta la aprobación del **Real decreto Ley 5/2005** (en adelante RD), de reformas urgentes para el impulso a la productividad y para la mejora de la contratación pública.

El RD dedica a la mejora de la contratación pública el Título IV, que modifica el TRLCAP, dando un paso hacia delante al contemplar la cobertura de ciertos rasgos de las fundaciones del sector público en las que concurren los requisitos para su consideración como ente contratante en el apartado primero del artículo 2 y a las sociedades mercantiles *“a que se refieren los párrafos c) y d) del apartado 1 del artículo 166 de la Ley 33/2003, de 3 de noviembre, del Patrimonio de las Administraciones Públicas y otras sociedades mercantiles equivalentes de las demás Administraciones públicas creadas para satisfacer específicamente necesidades de interés general que no tengan carácter industrial o mercantil”*¹⁶. Por tanto se modifica la DA sexta en tanto se incluye a las fundaciones del sector público, con el objeto de corregir *la ausencia de aplicación por estas de las normas contenidas en las Directivas comunitarias sobre procedimiento de adjudicación de los contratos cuando tales fundaciones gestionan proyectos*

¹⁴ Gimeno Feliú, J.M., “La necesaria interpretación subjetivo-funcional (...)” *op.cit.* p. 12.

¹⁵ Ley 53/1999, de 28 de diciembre, por la que se modifica la Ley 13/1995, de 18 de mayo, de Contratos de las Administraciones Públicas (BOE 29 de diciembre de 1999).

¹⁶ Real Decreto-Ley 5/2005, de 11 de marzo, de reformas urgentes para el impulso a la productividad y para la mejora de la contratación pública. (BOE 14 de marzo de 2005).

*financiados con fondos europeos, sin alterar su régimen contractual sujeto al derecho privado*¹⁷, como indica el preámbulo del RD.

3.3 Ampliación y consolidación del ámbito subjetivo de aplicación

3.3.1 La Ley 30/2007 y el Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público de 2011.

No fue hasta el año 2007 cuando el legislador no amplió de forma significativa el ámbito de aplicación, y estableció una construcción del artículo, que sin duda, se ha convertido en el precepto más importante a la hora de aplicar la legislación, además de la dificultad que presenta a la hora de proceder a su interpretación, como ya hemos adelantado anteriormente.

El propósito era la transposición de la Directiva 2004/18/CE. El empecinamiento del legislador por no adaptar el ámbito subjetivo de aplicación establecido por el derecho comunitario tenía una consecuencia rotunda basada, ya comentado, en la “huída del Derecho Administrativo”. En este sentido, se intenta optar por una nueva fórmula, que pretende poner fin, en palabras de Silvia del Saz, catedrática de Derecho administrativo “*a la tradición tan anclada en nuestro derecho interno de que la legislación aplicable a los contratos públicos era exclusivamente aplicable a las Administraciones públicas*”¹⁸, que excluía de la aplicación del Derecho comunitario a los entes de derecho privado que cumplen funciones públicas, lo que supone ir en contra de la competencia y la libre circulación de servicios¹⁹.

La LCSP/2007 cambia radicalmente respecto a la legislación anterior, y sustituye la denominación de Contratos de las Administraciones Públicas por Contratos del Sector Público. En efecto, el propósito del legislador era superar el recortado ámbito de aplicación y crear un nuevo enfoque, que aún queriendo evitar la fuga de las entidades de derecho privado que debían estar sujetas a la regulación de contratos según el Derecho comunitario, no se ajusta de forma estricta a la definición europea y a la interpretación autónoma y funcional que la reiterada

¹⁷ Real Decreto-Ley 5/2005, de 11 de marzo, *op.cit.*, p. 13.

¹⁸ Del Saz, S., “La nueva legislación de contratos públicos a debate” Congreso anual del Observatorio de Contratación Pública, Universidad Complutense de Madrid, diciembre de 2017. (Disponible en: <https://www.youtube.com/watch?v=SZ6iRGi8H9Y>; última consulta 13/04/2018).

¹⁹ Rodríguez López, P., *Los contratos del Sector Público (comentario)*, *op.cit.*, p.10

jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (en adelante TJUE) ha establecido necesaria a la hora de determinar que entes se encuadran dentro del ámbito subjetivo de la legislación contractual, basada en una serie de criterios uniformes para su consideración como entes que satisfacen necesidades de interés general y que junto, con los otros dos requisitos, lo encuadrarían en la definición de “organismo de derecho público”²⁰.

Al contrario, la construcción española dista de la establecida en el artículo 1.9 de la Directiva 2004/18, y realiza una división en tres niveles (Sector Público, Administraciones públicas y poderes adjudicadores), cuya superposición plantea una intensidad de aplicación distinta a cada grupo, de manera que la sujeción al contenido y mandatos de la LCSP/2007 varía en función de la categoría a la que pertenezca el ente. Parece que el legislador cumplía el objetivo de definir qué es poder adjudicador mediante la redacción del apartado tercero del artículo 3, pero su voluntad se torcía ante la construcción tripartita que establecía la LCSP/2017.

Lo lógico y más sencillo, como hemos señalado, hubiera sido la reproducción en nuestra legislación de la redacción acorde a la Directiva, por la que el concepto de poder adjudicador habría reunido al “Estado, entes territoriales, los organismos de derecho público y las asociaciones constituidas por uno o más de dichos entes o de dichos “organismos de derecho público”²¹, para luego enunciar los requisitos que debe reunir aquel.

Ello hubiera supuesto la no distinción entre Administraciones públicas que son poder adjudicador y poderes adjudicadores que no tienen la consideración de Administraciones públicas (en adelante PANAPs), siendo el régimen de aplicación más homogéneo. No obstante, parece que el legislador aún considera a las Administraciones Públicas como la parte troncal de la legislación en materia contractual, lo que tiene consecuencias directas en el régimen de aplicación y dista de aquel al que se encuentran sujetos los PANAPs, aunque veremos matizaciones en torno a esta afirmación.

Hay autores que discuten el margen discrecional de los estados miembros respecto a la libertad de actuación a la hora de llevar a cabo la transposición de las Directivas. No en vano, se apoyan en la jurisprudencia consolidada del propio TJCE (Sentencia de Marshall de 1988 y Costa/Enell de 1964), que aluden directamente a los principios que rigen las normas de la CEE.

²⁰ Rodríguez López, P., *Los Contratos del Sector Público (comentario)*, op.cit., p. 10.

²¹ Directiva 2004/18/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 31 de marzo de 2004, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, de suministro y de servicios. (BOE 30 de abril de 2004).

En este sentido, Trayter, J.M, reitera que los principios de primacía, aplicabilidad directa y uniformidad no permiten que los Estados miembros limiten el alcance de las disposiciones legislativas y nociones que el derecho comunitario establece²².

Gimeno Feliú J.M., Catedrático de Derecho administrativo de la Universidad de Zaragoza, trata de explicar que los preceptos definidores de lo que entendemos como poder adjudicador, prevalecen sobre las decisiones de los estados miembros²³, ya que sólo es admisible la interpretación uniforme de dichos conceptos, y por tanto el legislador nacional habrá de elegir la forma y medios adecuados para asegurar la efectividad de las directivas²⁴.

Este debate, ya presente en la regulación de la Administración como única contratante, aún se mantiene. Siguiendo esta línea, la posterior promulgación del **Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público en el año 2011** (aprobado por el Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre), consolida la construcción española del ámbito subjetivo, y aún con algunas diferencias y novedades con respecto a la anterior, demuestra la fidelidad del legislador a esta redacción.

La vigente ley de 2017, perpetúa la calificación, y no es ni mucho menos diligente en tiempo y forma con respecto a la transposición de las Directivas (2014/23/UE y 2014/24/UE). Si bien es cierto que introduce novedades significativas y amplía el ámbito subjetivo de aplicación.

Es imprescindible mencionar el cambio en el concepto de Administración pública, así como la ampliación del concepto de poder adjudicador incluyendo a fundaciones públicas y a las Mutuas colaboradoras de la Seguridad Social²⁵.

También es muy significativa la inclusión de entidades contratantes que no pertenecen al sector público pero su actividad contractual debe someterse a las normas de contratación del sector público. Es el caso de partidos políticos, sindicatos, organizaciones empresariales y asociaciones profesionales, además de fundaciones y asociaciones vinculadas, así como las Entidades

²² Trayter, J.M., “El efecto directo de las directivas comunitarias: el papel de la Administración y los jueces en su aplicación”, *Revista de Administración pública*, n. 125, 1991, p. 227-280.

²³ Gimeno Feliú, J.M., “El efecto directo de las nuevas Directivas comunitarias sobre la contratación pública” (disponible en: http://www.obcp.es/index.php/mod.documentos/mem.descargar/fichero.documentos_consecuencias-practicas-directivas-ue_39b35c51%232E%23pdf/chk.105830fd7886865c46ec0bb0012e2748; última consulta 10/04/2018).

²⁴ Alonso García, R. “La ejecución normativa del Derecho comunitario europeo en el ordenamiento español”, *Revista de Administración pública*, n. 121, 1991, p. 213-246.

²⁵ Gómez-Acebo & Pombo. Grupo de Contratos del Sector Público n.91, “Novedades en los ámbitos subjetivo y objetivo de la nueva Ley de Contratos del Sector Público” (disponible en: <http://www.cositsevilla.org/wp/wp-content/uploads/2017/11/2017-11-28-Grupo-de-Contratos-del-Sector-P%C3%BAblico-91.pdf>; última consulta 19/03/2018)

privadas subvencionadas (art.23), mientras desaparece el supuesto de contratos celebraos por los concesionarios de obras públicas (artículo 274.2 del TRLCSP)²⁶.

La anticipación de estas innovaciones en la legislación tienen su razón de ser en la repercusión a efectos prácticos que conlleva, por lo que merecen ser analizadas más detenidamente en el siguiente capítulo.

²⁶ Vega Labella, J.I., *Ámbito de aplicación de la Ley 9/2017 (...)*, *op.cit.*, p. 11.

4. NOVEDADES EN EL ÁMBITO SUBJETIVO DE APLICACIÓN DE LA NUEVA LEY 9/2017 DE CONTRATOS DEL SECTOR PÚBLICO

4.1 El Sector Público

El primer punto de complejidad de la nueva LCSP/2017 reside en su ámbito de aplicación. Durante la tramitación parlamentaria del proyecto de ley hubo un intento por parte de los grupos parlamentarios de establecer un ámbito subjetivo homogéneo a través de las emmiendas 82 y 84 presentadas al Senado, que sin embargo, no tuvieron mayor trascendencia²⁷.

De esta forma, lo que sí nos permite conocer con certeza la sucesión de círculos concéntricos del ámbito subjetivo es qué parte de la ley se aplica a cada una de las entidades y cuál será la naturaleza del contrato, administrativo o privado. Ello también conlleva un cambio en la actividad de control por parte del Tribunal de Cuentas y la jurisdicción contenciosa-administrativa y jurisdicción civil²⁸.

Explicamos anteriormente en el capítulo sobre la evolución legislativa, que el precepto se divide en tres niveles distintos. En primer lugar, el Sector Público (apartado 3.1), para proceder a enunciar qué entes de esta categoría tienen la consideración de Administración Pública a efectos de esta ley (apartado 3.2) y finalmente las entidades que si reúnen los requisitos tendrán la consideración de poder adjudicador (apartado 3.3).

La reproducción de los textos legales de 2007 y 2011 merece ser comentada por las particularidades que introduce en cuanto a la nueva Ley. En este sentido, el apartado primero que engloba los entes del Sector Público hace referencia expresa en el apartado a) a las Ciudades Autónomas de Ceuta y Melilla que en el texto refundido de 2011 no mencionaba.

El siguiente apartado precisa a las autoridades administrativas independientes, que eran calificadas como entidades de Derecho Público que tienen atribuidas funciones de regulación o supervisión de carácter externo sobre sectores económicos o actividades determinadas de interés público, y que requieren independencia funcional y especial autonomía respecto de la

²⁷ González, J., “Entidades sometidas a la nueva Ley de Contratos del Sector Público”, *Global Politics and Law*, 2017. (Disponible en: <https://www.globalpoliticsandlaw.com/2017/12/03/ambito-subjetivo-ley-contratos-sector-publico/>; última consulta 23/03/2018).

²⁸ *Ídem*.

Administración General Del Estado²⁹ (por ejemplo: Comisión Nacional del Mercado de Valores, Agencia de Protección de Datos, Banco de España).

Se establece un apartado expreso para las fundaciones públicas, cuya referencia en el texto refundido de 2011 sólo aludía a su consideración como Sector Público cuando las aportaciones realizadas en el momento de su constitución fueran mayoritariamente de una o varias entidades que integren el Sector Público o bien aquellas cuyo patrimonio estaba integrado en más de un 50 por ciento por bienes o derechos aportados o cedidos por sujetos integrantes del sector público con carácter permanente. Actualmente, incluye la posibilidad (ya admitida jurisprudencialmente) de que la fundación recibiere la aportación mayoritariamente pública con posterioridad a la constitución de la misma³⁰, en concordancia con el artículo 128 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, que también precisa el requisito de correspondencia de la mayoría de derechos de voto en su patronato a representantes del sector público institucional estatal.

Así mismo, se introduce en la redacción correspondiente a las sociedades públicas, además del dato de participación de entidades del sector público, directa o indirecta, en el capital social del 50 por 100, aquellas sociedades que aún sin superar dicho porcentaje, se encuadren dentro de las referidas entidades en el supuesto previsto en el artículo 5 del texto refundido de la Ley del Mercado de Valores, aprobado por Real Decreto Legislativo 4/2015, de 23 de octubre³¹.

Para concluir con el apartado referente al Sector Público, se incluye a los fondos sin personalidad jurídica dentro del concepto y se entiende que también forman parte del mismo las Diputaciones Forales y las Juntas Generales de los Territorios Históricos del País Vasco en lo que respecta a su actividad de contratación³².

4.2 El nuevo concepto de Administración Pública

El apartado segundo del artículo modifica sustancialmente el concepto de Administraciones Públicas, en tanto desaparece la figura de las entidades de derecho público vinculadas o dependientes de una o varias Administraciones Públicas calificadas por su actividad y régimen

²⁹ 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” (BOE 16 de noviembre de 2011).

³⁰ Vega Labella, J.I., *Ámbito de aplicación de la Ley 9/2017*, op.cit., p. 11.

³¹ Ley 9/2017, de 8 de Noviembre, de Contratos del Sector Público (BOE 9 de noviembre de 2017), op.cit., p. 10.

³² *Ídem*.

de financiación y se incluyen los consorcios y otras entidades de derecho público con las características y requisitos del apartado 2.b del artículo 3³³.

No cabe duda que las Administraciones públicas son poder adjudicador, y esto incluye las letras a), b), c), y l) del artículo 3.1, pero ¿qué entidades de derecho público, conforme a la nueva redacción del apartado b) de dicho precepto son Administraciones Públicas y cuáles no?

Es evidente la ampliación del ámbito subjetivo con respecto a la TRLCSP, que excluía del concepto a las entidades públicas empresariales y sociedades mercantiles. Pues bien, ahora, conforme a la nueva redacción, si cumplen los requisitos que dicho apartado 3.2.b) y que no se financien mayoritariamente con ingresos de mercado, ¿Tendrían las entidades públicas empresariales la consideración de Administración pública?, ¿Cumplen dichos requisitos?, y si no lo hiciera, ¿estaríamos ante un supuesto de poder adjudicador no administración pública si cumple los requisitos para ser poder adjudicador?

En opinión de García B., de la norma se desprende que todos aquellos entes que se financien mayoritariamente de los poderes públicos, aún considerados desde el punto de vista formal como “poderes adjudicadores” serán considerados como Administraciones Públicas³⁴.

De esta reflexión se traduce que los contratos que celebren tendrán naturaleza administrativa, y se regirán por la LCSP/2017, con independencia de si se trata de contratos sujetos a regulación armonizada o no. A este respecto, para considerar que una entidad pública empresarial no es Administración pública a efectos de esta legislación, será necesaria la verificación de que el origen de su financiación no son ingresos de mercado, en base a lo cual se podrá determinar su consideración como Administración Pública³⁵.

Por el contrario esta afirmación se ve diluida si atendemos a la definición de entidad pública empresarial conforme al artículo 103 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público “1. Las entidades públicas empresariales son entidades de Derecho público, con personalidad jurídica propia, patrimonio propio y autonomía en su gestión, que se financian mayoritariamente con ingresos de mercado y que junto con el ejercicio de potestades

³³ Vega Labella, J.I., “Ámbito de aplicación de la Ley 9/2017 (...)” *op.cit.*, p. 11. Las características que deben cumplir conforme a la LCSP son, en virtud al apartado b) del artículo 3.2: cumplir con los requisitos para ser considerado como poder adjudicador y estando vinculados a una o varias Administraciones Públicas o dependientes de las mismas, que no se financien mayoritariamente con ingresos de mercado. Se entiende que se financian mayoritariamente con ingresos de mercado cuando tengan la consideración de productor conforme al Sistema Europeo de cuentas.

³⁴ García, B. “¿El fin de la huida del Derecho Administrativo?” *El Economista*, 10 de marzo de 2017 (disponible en: [file:///C:/Users/usuario/Downloads/170313%20EL%20ECONOMISTA%20E1%20fin%20de%20la%20huida%20del%20Derecho%20Administrativo%20BGA%20\(3\).pdf](file:///C:/Users/usuario/Downloads/170313%20EL%20ECONOMISTA%20E1%20fin%20de%20la%20huida%20del%20Derecho%20Administrativo%20BGA%20(3).pdf) ; última consulta 23/03/2018)

³⁵ *Ídem.*

*administrativas desarrollan actividades prestacionales, de gestión de servicios o de producción de bienes de interés público, susceptibles de contraprestación”*³⁶. Se condiciona la consideración como entidades públicas empresariales a su financiación mayoritaria por ingresos de mercado. Por tanto, la respuesta respecto a su consideración como Administración Pública parece ser negativa. De lo contrario, estaríamos ante una auténtica ficción legal impuesta por el legislador.

Si bien ello no es óbice para no entender la voluntad del legislador de acercar el régimen de las Administraciones Públicas a otras entidades de derecho público que, a pesar de su naturaleza privada, no se financian mayoritariamente por ingresos de mercado y por tanto quedan sujetas a la LCSP/2017.

Siendo esto así, cuando las entidades de derecho público -distintas de las entidades públicas empresariales si tenemos en cuenta la definición dada por la Ley 40/2015- *“actúen en régimen de mercado y se financien mayoritariamente con los ingresos que obtengan de su actividad económica serán considerados poderes adjudicadores a todos los efectos”*³⁷, sus contratos serán de naturaleza privada y la sujeción a la ley será parcial únicamente con respecto a los contratos sujetos a regulación armonizada.

De igual modo, desaparece la mención de los órganos constitucionales del Estado como Administración Pública y se establece una disposición adicional 44ª que los supedita al régimen de contratación de las Administraciones Públicas a efectos de la LCSP.

4.3 Poderes adjudicadores que no tienen la consideración de Administración Pública

Especialmente relevante es la referencia al último apartado, concerniente a los poderes adjudicadores a efectos de la ley y que no tienen la consideración de Administración pública. El conjunto de entes se amplía significativamente, pues se hace mención expresa a entidades que en el texto refundido no tenían cabida: las fundaciones públicas, las Mutuas colaboradoras con la Seguridad Social y Corporaciones de derecho público que cumplan los requisitos para ser poder adjudicador conforme al apartado d).

³⁶ Ley 40/2015, de 1 de octubre, del Régimen Jurídico del Sector Público (BOE 2 de octubre de 2015).

³⁷ García, B. “¿El fin de la huida del Derecho Administrativo?”, *op.cit.*, p.20.

La inclusión de los partidos políticos, sindicatos, organizaciones empresariales y asociaciones profesionales, y demás asociaciones y fundaciones vinculadas a cualquiera de ellos es una de las novedades más atractivas del ámbito subjetivo. Si bien se trata de entidades que no pertenecen al sector público, a efectos de esta ley, y respecto de los contratos sujetos a regulación armonizada, actuarán conforme a los principios de la contratación pública³⁸.

A diferencia del resto de PANAPs, que no tienen que redactar instrucciones de contratación, los partidos políticos y sindicatos podrán aprobar instrucciones internas. Lo concerniente a esta cuestión, será tratado en el último capítulo, pues merece un análisis más profundo que nos permita conocer qué fin se persigue mediante la supresión de las instrucciones de contratación, lo cual está estrechamente relacionado con la garantía de los principios de contratación y el incremento de la seguridad jurídica en nuestro ordenamiento.

A continuación, conviene ahondar más en la inclusión relativa a los apartados 4 y 5 de la nueva redacción del artículo 3.3, referentes, en primer lugar, a los partidos políticos y organizaciones sindicales y empresariales y en segundo lugar, a las Corporaciones de derecho público, por la trascendencia y el papel que juegan en el sistema democrático actual y por la naturaleza de auto-administración de estas entidades, respectivamente.

4.3.1 Los partidos políticos y organizaciones sindicales y empresariales

En lo que atañe al sometimiento de los partidos políticos y organizaciones sindicales y empresariales a la ley, adelanta Gimeno Feliú J.M., que los partidos políticos y sindicatos son *“instituciones fundamentales del Estado de Derecho, lo que explica que nuestra Constitución, en su Título Preliminar, les conceda una particular posición y relieve por la impotencia decisiva a desempeñar en las democracias pluralistas y por la trascendencia política de sus funciones,*

³⁸ Vega Labella, J.I., *“Ámbito de aplicación de la Ley 9/2017 (...)” op.cit.*, p. 11. El apartado 3.4 queda redactado del siguiente modo: *Los partidos políticos, en el sentido definido en el artículo 1 de la Ley Orgánica 8/2007, de Financiación de los Partidos Políticos; así como las organizaciones sindicales reguladas en la Ley Orgánica 11/1985, de 2 de agosto, de Libertad Sindical, y las organizaciones empresariales y asociaciones profesionales a las que se refiere la Ley 19/1977, de 1 de abril, sobre regulación del derecho de asociación sindical, además de las fundaciones y asociaciones vinculadas a cualquiera de ellos, cuando cumplan los requisitos para ser poder adjudicador de acuerdo con la letra d) del apartado 3 del presente artículo, y respecto de los contratos sujetos a regulación armonizada deberán actuar conforme a los principios de publicidad, concurrencia, transparencia, igualdad y no discriminación sin perjuicio del respeto a la autonomía de la voluntad y de la confidencialidad cuando sea procedente.*

sirviendo de cauce fundamental para la participación política”³⁹ y que a pesar de que se traten desde el punto de vista formal como asociaciones privadas, la “publicación” de su actividad contractual es necesaria para evitar las redes clientelares basadas en la concesión de comisiones ilegales para la financiación de sus actividades políticas.

En virtud de ello, la redacción originaria del proyecto de ley introduce a estas entidades en consonancia con las exigencias de las Directivas en materia de contratación. No obstante, esta primera aproximación a su inclusión como poderes adjudicadores durante la tramitación de aquel difiere respecto de la vigente redacción de dicho apartado.

En un principio, comenta López Benítez M., el estatus de poder adjudicador concedido a estas entidades de naturaleza privada en el proyecto de ley se supeditaba al cumplimiento de las exigencias del Derecho y Jurisprudencia Europeos y recordadas también por el artículo 3.3 d)⁴⁰. Además de tener personalidad jurídica propia y satisfacer necesidades de interés general, requerían de la financiación mayoritaria de su actividad por uno o varios poderes adjudicadores; que controlasen su gestión; o que nombren a más de la mitad de los miembros del órgano de administración, dirección o vigilancia⁴¹.

Es evidente que el cumplimiento de estos tres requisitos, en base a la naturaleza de los partidos políticos y sindicatos, es de gran dificultad y parece que únicamente resultaría factible el cumplimiento del requisito relativo a la financiación. No obstante, la aplicación de éste también es discutible y no está exenta de dificultades, señala López Benítez, M., habida cuenta de que la fuente de financiación de los partidos es de naturaleza privada⁴².

Por otro lado, la concurrencia de estas circunstancias permitiría la aplicación del régimen establecido en el Título I del Libro Tercero de la Ley, estando los contratos sujetos a regulación armonizada regidos por los preceptos 115-185. No obstante, la vigente redacción sugiere otro régimen de aplicación distinto al que se aplica a los contratos celebrados por poderes adjudicadores en sentido estricto que no son Administraciones Públicas, que según López Benítez M., “*resulta incluso más liviano que el régimen que el artículo 319 LCSP formula para*

³⁹ Gimeno Feliú, J.M., “Medidas de prevención de corrupción y refuerzo de la transparencia en la contratación pública”, *Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica*, nº 7, 2017, pp. 45-67.

⁴⁰ López Benítez, M., “Algunas consideraciones a propósito del ámbito subjetivo de la nueva Ley de Contratos del Sector Público de 2017. En particular, el caso de las Corporaciones de Derecho Público”, *Revista Documentación Administrativa*, nº 4, 2017, págs. 136-145.

⁴¹ Directiva 2014/24/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, sobre contratación pública y por la que se deroga la Directiva 2004/18/UE (DOUE 28 de Marzo de 2014).

⁴² López Benítez, M., “Algunas consideraciones a propósito del ámbito subjetivo (...)” *op.cit.*

los contratos celebrados por Entidades del Sector Público que no reúnan las condiciones para ser poderes adjudicadores”⁴³.

Conviene señalar que la propia Directiva, en su artículo 10, excluye de su aplicación a los “contratos celebrados en el marco de una campaña electoral”⁴⁴, y la LCSP reproduce dicha exclusión, de manera que, según Gimeno Feliú, J.M., la intención del legislador es hacer compatibles los plazos mínimos para presentar ofertas en el procedimiento de adjudicación con el tipo de contrato que se celebra, siendo los efectuados durante las campañas electorales de duración determinada legalmente y por tanto, inviables desde el punto de vista procedimental⁴⁵.

4.3.2 Las Corporaciones de derecho público

La Ley 9/2017, en su artículo 3.5 incluye a las Corporaciones de derecho público como poderes adjudicadores siempre que concurren los requisitos ya mencionados del apartado d) del susodicho artículo. De esta manera, cabe preguntarse si el legislador ha creado la ficción legal de que son poderes adjudicadores y por consiguiente les será de aplicación el régimen correspondiente a los PANAPS, aún sabiendo que el cumplimiento de los requisitos en estas entidades es de cierta dificultad, más concretamente, a los que se refiere el apartado c) de la Directiva 2014/24/UE al definir a los organismos de derecho público.

No obstante a la cuestión previa planteada, parte de un sector doctrinal, aunque minoritario, considera que las Corporaciones de derecho público son Administraciones públicas en sentido estricto, recibiendo el nombre de Administración Corporativa. El propio Tribunal Constitucional, así las considera en su sentencia 76/1983, de 5 de agosto, afirmando que a pesar de su orientación fundamental hacia la consecución de fines de carácter privado, propio de sus integrantes, participan de la naturaleza de las Administraciones públicas que les atribuye o delega funciones públicas⁴⁶.

⁴³ Gimeno Feliú, J.M., “Medidas de prevención de corrupción y (...)”, *op.cit.*, p. 23

⁴⁴ Directiva 2004/18/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 31 de marzo de 2004, *op.cit.*, p. 23.

⁴⁵ Gimeno Feliú, J.M., “Medidas de prevención de corrupción y (...)”, *op.cit.*

⁴⁶ Sentencia del Tribunal Constitucional de 5 de agosto, 76/1983. (<http://hj.tribunalconstitucional.es/eu/Resolucion/Show/204>). El fundamento jurídico 43 dispone: *Es cierto -manifiesta- que las Corporaciones de naturaleza jurídico-pública encajan en parte dentro del marco del precepto constitucional que atribuye al Estado una competencia básica sobre el régimen jurídico de todas las Administraciones públicas, pero esta calificación no identifica absolutamente a estas entidades. La generalidad de la doctrina reconoce en estas corporaciones una «base privada» de tipo asociativo tendente a la consecución, como objetivo primordial, de fines privados propios de los miembros que las integran. Es el poder público el que,*

Sin embargo, otra parte de la doctrina, y parece que también el legislador en materia contractual, no tiene dicha convicción, pues de ser así habría integrado a las Corporaciones de derecho público en el apartado 2 del artículo, y no habría discusión posible acerca de la intensidad de aplicación de la legislación contractual, pues sería idéntica a las de las Administraciones públicas.

Por el contrario, la incardinación en el último apartado responde, quizás, a la naturaleza de las Corporaciones, que se constituyen como *fenómenos organizativos*⁴⁷ que difieren del concepto de Administración pública, aún sabiendo que, constan de personalidad jurídica propia y son destinadas a satisfacer necesidades que no son de carácter mercantil o industrial.

Las Corporaciones son entidades autónomas que representan intereses de ciertos sectores, y se autorregulan para representar y defender los intereses de quienes participan en una misma profesión titulada, o comparten oficio, y así desempeñan funciones públicas de ordenación que la Administración puede atribuirles o delegarles. De este modo, quienes integran sus órganos de gobierno son nombrados por los propios integrantes de la corporación, lo cual determina que el requerimiento de que los poderes adjudicadores nombren a más de la mitad de los miembros de su órgano de administración, dirección o vigilancia no se cumple⁴⁸.

Respecto al requisito de la financiación, López Benítez M., establece que debe diferenciarse entre las distintas tipologías de Corporaciones de derecho público. Con respecto a los dos tipos más importantes en nuestro ordenamiento jurídico (Los Colegios profesionales y las Cámaras de Comercio, Industria, Servicios y Navegación), veremos que este requisito no se cumple.

Los Colegios profesionales se financian mayoritariamente con las cuotas de sus colegiados y/o productos y rentas obtenidos a través de las actividades que realizan, si bien es cierto que las funciones públicas que pueden tener atribuidas o delegadas por las Administraciones Públicas pueden ser financiadas por éstas. No obstante, estos ingresos no suponen una financiación mayoritaria por parte de la Administración. Asimismo, estas consideraciones también son extrapolables a las Cámaras de Comercio, Industria, Servicios y Navegación, que se nutren de las cuotas o derramas de sus miembros⁴⁹.

en lugar de crear un aparato propio, «aprovecha» estas organizaciones para la consecución de fines públicos, asumiendo para ello una decidida intervención en su constitución (que impone forzosamente), integrando coactivamente a sus miembros, imponiendo también un tipo determinado de organización e incluso otorgándoles competencias administrativas (de ejercicio naturalmente forzoso).

⁴⁷ López Benítez, M., “Algunas consideraciones a propósito del ámbito subjetivo (...)” *op.cit.*, p. 23.

⁴⁸ *Ídem.*

⁴⁹ *Ídem.*

Para concluir este examen acerca de la concurrencia de los requisitos, el autor habla del último de ellos, correspondiente al control que ejerce la Administración Pública sobre estas entidades. Dicha *tutela administrativa* se reduce a potestades administrativas de control del ejercicio de las funciones que les han sido atribuidas expresamente por ley. El ejercicio de esta tutela variará en función del tipo de Corporación, pero salvo ciertos supuestos, este control de legalidad únicamente corresponde a determinados actos y disposiciones que realicen⁵⁰. La cuestión ha sido tratada por la jurisprudencia comunitaria, de forma relevante conviene mencionar la Sentencia del TJUE de 13 de septiembre de 2013 (caso *IVD Ärztekammer Westfalen-Lippe*), que establece que “(...) *un control a posteriori no cumple dicho criterio cuando tal control no permite a los poderes públicos influir en las decisiones del organismo de que se trata en materia de contratos públicos (...)*”⁵¹.

No obstante a lo anterior, si hablamos de Corporaciones de derecho público tales como las Juntas de Compensación Urbanísticas, no existe acuerdo unánime acerca de su naturaleza y del régimen de contratación de estas entidades. En este sentido, comenta Tejedor Bielsa, J., que el sistema tradicional de compensación en nuestro país fue cuestionado por la Comisión Europea al considerarse distorsionador del régimen de competencia con respecto a otras empresas europeas consideradas urbanizadoras, de modo que la incógnita giraba alrededor de su consideración dentro del ámbito subjetivo de aplicación de las Directivas de contratación⁵².

Según López Benítez, M., se trata de entidades que tienen una vinculación con la Administración más estrecha que con otras Corporaciones de derecho público, en tanto aquella se reserva potestades sobre las Juntas de Compensación relativas a la aprobación de Estatutos y Bases de Actuación, Proyectos en el seno que se adopten y revocación en alzada de acuerdos adoptados⁵³.

Sin embargo, el famoso Informe 44/09, de 26 de Febrero de 2010 sobre “aplicación de la Ley de contratos del sector público a las Juntas de Compensación urbanísticas” la Junta Consultiva

⁵⁰ López Benítez, M., “Algunas consideraciones a propósito del ámbito subjetivo (...)” *op.cit.*, p. 23.

⁵¹ Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea del 13 de septiembre de 2013, C-526/11 (FJ 29). (Disponible en: <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?jsessionid=9ea7d0f130dedb29d3fdea5a4d72a579c5b2f8873461.e34KaxiLc3eQc40LaxqMbN4Pb34Qe0?text=&docid=140948&pageIndex=0&doclang=ES&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=608835>). En este sentido, véase también la sentencia del TJUE de 27 de febrero de 2003, C-373/00, *Adolf Truley*.

⁵² Tejedor Bielsa, J. “Juntas de compensación y obra de urbanización” *Observatorio de Contratación Pública*, 2011 (Disponible en: [http://www.obcp.es/index.php/mod.opiniones/mem.detalle/id.31/reلمenu.3/chk.4a8602dcab78d8edca3e10021b68c3ce](http://www.obcp.es/index.php/mod.opiniones/mem.detalle/id.31/recategoria.121/reلمenu.3/chk.4a8602dcab78d8edca3e10021b68c3ce); última consulta 29/03/2018).

⁵³ López Benítez, M., “Algunas consideraciones a propósito del ámbito subjetivo (...)” *op.cit.*, p. 23.

del Estado negaba su consideración como parte del Sector Público⁵⁴. Frente a la interpretación de nuestros expertos, el TJUE difiere y planteó dudas confirmando que las Juntas de Compensación quedaban sometidas a la legislación contractual y así lo confirma en Sentencias tales como STJCE de 12 de julio de 2001 y 21 de febrero de 2008 (asunto *Scala*).

Por tanto, parece que hasta ahora nuestro legislador no había optado por su consideración como poderes adjudicadores conforme a los criterios subjetivos funcionales planteados por el TJUE. La nueva redacción del artículo 3.5 de la LCSP/2017 implica un grado de sujeción de estas entidades y un régimen concreto en tanto PANAPS cuando cumplan, dificultad que hemos verificada en el análisis, los requisitos como tal. No obstante, esta dificultad no supone ningún inconveniente a la hora de cumplir las garantías mínimas de publicidad, concurrencia, transparencia y no discriminación propias de la contratación.

⁵⁴ Informe 44/09, de 26 de Febrero de 2010 “Aplicación de la Ley de contratos del sector público a las Juntas de Compensación Urbanísticas”, que establece de forma explícita: *es claro que las Juntas de Compensación, tal como aparecen reguladas en la legislación urbanística catalana no tienen la consideración de entidades del sector público lo que evidentemente lleva consigo que no les sea de aplicación en la contratación de sus obras, suministros o servicios la legislación de Contratos del Sector Público.* (disponible en: <http://www.minhafp.gob.es/Documentacion/Publico/D.G.%20PATRIMONIO/Junta%20Consultiva/informes/Informes2010/Informe%2044-09.pdf>; última consulta 30/03/2018).

5. RESISTENCIA DEL LEGISLADOR NACIONAL A LA INCORPORACIÓN DEL CONCEPTO EUROPEO ÚNICO DE PODER ADJUDICADOR

5.1 La construcción española del ámbito subjetivo

La razón de ser de la nueva Ley 9/2017, de 8 de Noviembre, de Contratos del Sector público reside en la urgente e imperativa obligación de transponer al ordenamiento jurídico español las Directivas. Si bien lo hace de forma tardía, esta nueva regulación incorpora numerosas novedades en el ámbito de la contratación pública por exigencia del Derecho comunitario, de cara a la efectiva implantación, no solo en España, sino en todos los Estados miembros, de un marco jurídico uniforme, en concordancia con la consecución de una política comunitaria en materia de contratación pública.

La contratación pública en nuestro país ha sido calificada, argumentado certeramente, carente de transparencia y de concurrencia. Como ya señalábamos al principio de este trabajo, la existencia de previsiones opacas han dado lugar a prácticas clientelares que se alejan de los principios que rigen la contratación pública⁵⁵. La creación de entes públicos instrumentales regidos por el Derecho privado y su acceso a la contratación, junto con el afán del legislador de dar cabida a los mismos en nuestra legislación a lo largo de las diferentes leyes en la materia, ha provocado una ampliación destacable en el ámbito subjetivo y con ello, una patente inseguridad jurídica al no determinar firmemente la concepción europea única de poder adjudicador y por consiguiente, de establecer un ámbito de aplicación a entes que, con independencia de la naturaleza, pública o privada, del mismo, queden sometidos al régimen de derecho público.

Reiteramos por tanto que el cuerpo legislativo español mantiene fielmente la construcción tripartita consolidada en nuestro ordenamiento tras la aprobación de la LCSP/2007, y mantenida posteriormente por el TRLCSP de 2011, que deroga las legislaciones anteriores, hasta finalmente llegar al día de hoy, con la aprobación del nuevo cuerpo legislativo.

Ya adelantábamos en el primer capítulo la redacción del precepto en base a un escabroso sistema que actúa a modo de círculos concéntricos por el que en cada uno de los niveles la intensidad de

⁵⁵ Gimeno Feliú, J.M., “*Hacia una nueva Ley de Contratos del Sector Público (...)*” *op.cit.*, p. 9.

aplicación de la ley es distinta⁵⁶. Partimos de una noción amplia del Sector Público, a la que se aplica con mayor laxitud y a nivel de principios la legislación en materia de contratación.

El texto legal parece adherirse al concepto amplio de Sector Público, disponiendo una lista en consonancia con la redacción del artículo 2 de la Ley General Presupuestaria (en adelante LGP)⁵⁷, que distingue entre sector público administrativo, empresarial y fundacional y por otro lado, con las Leyes 39 y 40/2015, que determinan los entes que forman parte del Sector público estatal. Qué duda cabe que la redacción de la normativa de contratación experimenta cambios con respecto a estas legislaciones para adaptar el ámbito subjetivo de aplicación a la realidad administrativa que nos concierne.

En un segundo apartado aparecen enumerados los entes y organismos considerados Administraciones públicas y que quedan sometidos íntegramente a la ley. En última instancia, y acorde a la definición comunitaria, se regula a los poderes adjudicadores, que integra así mismo el concepto de <organismo de Derecho público> para amparar a todas las entidades de naturaleza pública o privada a las que se le aplica la ley, en tanto cumplan los requisitos cumulativos que la propia Directiva 2014/24/UE introduce en el apartado 4) del artículo 2.1⁵⁸.

La estructura del precepto es, en sí misma, de interpretación laboriosa, no quedando de forma manifiesta y clara quien tiene la consideración de poder adjudicador, que es la pieza sobre la que pivota este sistema, como señala el preámbulo de la LCSP/2017⁵⁹, y que debería ser la piedra angular a partir de la cual, una vez definida en primera instancia conforme a los criterios jurisprudenciales del TJCE, se pueda llevar a cabo una interpretación sobre qué sujetos y en qué supuestos están sometidos a la ley.

Si bien el nuevo articulado sigue la estructura original con matices y novedades significativas, y sugiere, desde un punto de vista formal, introducir de forma sistemática y con seguridad el conjunto de entes y organismos sometidos al régimen de contratación, su lectura nos obliga a leer en primer lugar el último apartado con el fin de poder determinar si un ente reúne los

⁵⁶ Burzaco Samper, M., “*Contratos del Sector Público*”, Alonso Timón, A.J. (coord.), Dykinson S.L., Madrid, 2016, p. 41-86.

⁵⁷ Ley 47/2003, de 26 de noviembre, General Presupuestaria (BOE 27 de noviembre de 2003)

⁵⁸ Directiva 2014/24/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, *op.cit.*, p. 23. Los requisitos dispuestos en el apartado 4 del artículo 2.1: a) *que se haya creado específicamente para satisfacer necesidades de interés general que no tengan carácter industrial o mercantil; b) que esté dotado de personalidad jurídica propia, y c) que esté financiado mayoritariamente por el Estado, las autoridades regionales o locales, u otros organismos de Derecho público, o cuya gestión esté sujeta a la supervisión de dichas autoridades u organismos, o que tenga un órgano de administración, de dirección o de supervisión, en el que más de la mitad de los miembros sean nombrados por el Estado, las autoridades regionales o locales, u otros organismos de Derecho público».*

⁵⁹ Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, *op.cit.*, p. 10.

requisitos para su consideración como poder adjudicador y a partir de ahí precisar si es Administración pública o pertenece al grupo de sujetos pertenecientes al Sector Público en sentido amplio.

En virtud de ello me remito a la Exposición de motivos del texto legal que introduce la nueva construcción hoy consolidada, que plasma de manera muy explícita, la intención que parece poseer el legislador con la redacción que viene manteniendo a lo largo de las tres legislaciones en materia de contratación pública desde el año 2007⁶⁰.

5.2 El concepto europeo único de poder adjudicador

Partiendo de la premisa de que el concepto de poder adjudicador es el elemento clave de la legislación de contratos públicos, debemos sacar en contexto la jurisprudencia del TJCE y TJUE desde 2009, que establece unos criterios subjetivos-funcionales para la interpretación de la naturaleza de una entidad con el objeto de determinar la concurrencia o no de los requisitos que lo conforman como organismo de derecho público y en consecuencia, poder adjudicador.

El propio TJCE ha condenado en diversas ocasiones al Reino de España por incumplimiento de las Directivas comunitarias, en concreto, la STJCE de 15 de mayo de 2003, que declara el incumplimiento de las obligaciones que nos competen en virtud de la Directiva 89/665/CEE del Consejo⁶¹, al afirmar que “*no cabe interpretar el concepto de <organismo de Derecho Público>*

⁶⁰ Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público (BOE 31 de octubre de 2007), en cuyo preámbulo se establece: *A fin de ajustar el ámbito de aplicación de la Ley al de las directivas comunitarias, así como para no dejar entidades del sector público exentas de regulación, la delimitación de los entes sujetos se realiza en términos muy amplios. A estos efectos, el artículo 3.1 enumera en sus letras a) a g) las entidades que, de acuerdo con una determinación de política legislativa interna y autónoma, se considera conveniente que, en todo caso, se sujeten a la legislación de contratos públicos; esta lista, inspirada en la definición de sector público de la Ley General Presupuestaria con las pertinentes correcciones terminológicas para permitir la extrapolación de sus categorías a los sectores autonómico y local y la adición de menciones expresas a las Universidades Públicas y a los denominados «reguladores independientes», está formulada en términos extremadamente amplios. Para asegurar el cierre del sistema, la letra h) de este apartado –que funciona como cláusula residual y reproduce literalmente la definición de «organismo público» de la Directiva 2004/18/CE, en cuanto poder adjudicador sujeto a la misma–, garantiza que, en cualquier caso, el ámbito de aplicación de la Ley se extienda a cualquier organismo o entidad que, con arreglo a la norma comunitaria, deba estar sometido a sus prescripciones. Dentro de las entidades del sector público, la Ley distingue tres categorías de sujetos que presentan un diferente nivel de sometimiento a sus prescripciones: Administraciones Públicas; entes del sector público que, no teniendo el carácter de Administración Pública, están sujetos a la Directiva 2004/18; y entes del sector público que no son Administraciones Públicas ni están sometidos a esta Directiva;*

⁶¹ Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 15 de mayo de 2003, C-214/00 FJ 57. (disponible en:<http://curia.europa.eu/juris/showPdf.jsf?jsessionid=9ea7d2dc30d685512bdc1898480881c3a54f245a13df.e3>)

utilizado en el artículo 1, letra b), párrafo segundo, de las Directivas 92/50, 93/36 y 93/37 en el sentido de que los Estados miembros puedan excluir de antemano a las sociedades mercantiles bajo control público del ámbito de aplicación personal de estas Directivas y, en consecuencia, del de la Directiva 89/665”.

La definición de *organismo de derecho público* vendrá determinada por la naturaleza de la actividad, y por ende, que ésta consista en la satisfacción de necesidades de interés general que no tengan carácter mercantil o industrial. Para llevar a cabo una interpretación adecuada de este requisito, atenderemos a la STJCE de 15 de enero de 1998 (Asunto C-44/96. *Mannesmann*), en virtud de la cual la satisfacción de necesidades de interés general no excluye, sin embargo, que desarrolle actividades mercantiles y/o industriales⁶². Por tanto, será poder adjudicador cualquier ente instrumental que desarrolle funciones de interés general, con independencia de que la actividad que desarrolle sea en régimen de competencia.

Del mismo modo, la Circular 1/2008, de 3 de marzo, de la Junta Consultiva de Contratación de Aragón, analiza esta jurisprudencia e incide en la cuestión tratada por el propio TJCE, en el asunto C-283/00, *SIEPSA*, que alude al criterio de ausencia del riesgo empresarial, ante el que “una empresa pública o cualquier otro ente controlado por el poder público se comporta como poder adjudicador y estará sometido a las reglas y principios de la contratación pública”⁶³.

Además, ésta misma sentencia incorpora otros criterios interpretativos, que permiten discernir entre entidades que satisfacen fines de interés general no mercantiles o industriales de aquellos que se ordenan a la satisfacción de necesidades de interés general que sí tienen carácter mercantil o industrial. A este respecto es especialmente destacada la Instrucción 1/2008, de la Abogacía General del Estado, de 5 de febrero en la cual se pone de manifiesto las pautas de orientación que la doctrina europea utiliza.

[4KaxiLc3qMb40Rch0SaxyMc3r0?text=&docid=48283&pageIndex=0&doclang=ES&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=15610](http://curia.europa.eu/juris/showPdf.jsf?jsessionid=9ea7d2dc30db8fd863cfd8f344fc9f88c683bcb4a694.e34KaxiLc3qMb40Rch0SaxyMc3r0?text=&docid=48283&pageIndex=0&doclang=ES&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=15610); última consulta 28/02/2018).

⁶² Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 15 de enero de 1998, C-44/96 FJ 26 y 31. (disponible en: <http://curia.europa.eu/juris/showPdf.jsf?jsessionid=9ea7d2dc30db8fd863cfd8f344fc9f88c683bcb4a694.e34KaxiLc3qMb40Rch0SaxuKbx10?text=&docid=43583&pageIndex=0&doclang=ES&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=173775>; última consulta 1/03/2018)

⁶³ Circular 1/2008, de 3 de marzo, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón, sobre “alcance del ámbito subjetivo de aplicación de la LCSP y régimen de contratación aplicable”(disponible en: <http://www.aragon.es/estaticos/GobiernoAragon/OrganosConsultivos/JuntaConsultivaContratacionAdministrativa/Documentos/18.pdf>; última consulta 1/03/2018).

Habr  de tenerse en consideraci3n otros factores o pautas en relaci3n a las circunstancias que rodean la creaci3n del organismo, teniendo en consideraci3n el objeto de la entidad y su vinculaci3n a las potestades públicas, así como las razones y circunstancias que el poder público apreci3 para la creaci3n de dicha entidad; La falta de competencia en el mercado, lo cual es un índice de que la actividad de la entidad no tiene carácter mercantil o industrial; La ausencia de ánimo de lucro en dichas actividades; La no asunci3n de riesgos derivados de dicha actividad, como consecuencia de la existencia de mecanismos de compensaci3n de pérdidas econ3micas por las Administraciones Públicas; y el sistema de fijaci3n de precios de los bienes y servicios por los poderes públicos, en contraposici3n con las leyes de la oferta y la demanda, que orientaría la calificaci3n de la entidad hacia el carácter mercantil o industrial⁶⁴ .

El segundo de los requisitos para ser considerado poder adjudicador, también es interpretado por el propio TJCE. Tener personalidad jurídica propia, conforme al Derecho comunitario, prima frente a la naturaleza pública o privada del ente en cuesti3n. La STJCE de 10 de noviembre de 1998⁶⁵ (*BFI Holding BV*), dispone que resulta indiferente la forma jurídica de la entidad y que por tanto, su estatuto de creaci3n sea de Derecho privado, mientras resida en él la funci3n de interés general. Por tanto, de la jurisprudencia se desprende que las entidades con personalidad jurídica propia, ya sea pública o privada, que desarrollan actividades calificadas de interés general, serían poderes adjudicadores. Siempre y cuando, se cumpla el tercero de los requisitos. Éste último alude al control del ente por la Administraci3n pública. En términos utilizados por Gimeno Feliú J.M., estaríamos ante la “influencia dominante” del poder público sobre el organismo adjudicador⁶⁶. La STJCE de 3 de octubre de 2000 (Asunto *Universidad de Cambridge*), aclara el primer extremo y la propia Directiva 2014/24⁶⁷ reitera dicha jurisprudencia.

⁶⁴ Instrucci3n n  1/2008, de 5 de febrero, sobre contrataci3n de las fundaciones del sector público estatal, sociedades mercantiles del estado y entidades públicas empresariales dependientes de la administraci3n general del estado (Disponible en: http://www.fundaciones.org/EPORTAL_DOCS/GENERAL/AEF/DOC-cw4c7397549c8e0/Guias-practicas-1 - instruccion 1-2008 lcsp.pdf; última consulta 28/02/2018)

⁶⁵ Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 10 de noviembre de 1998. C-360/96. Concluye en el párrafo 63: “*Por consiguiente, procede responder a la sexta cuesti3n que el párrafo segundo de la letra b) del artículo 1 de la Directiva 92/50 debe interpretarse en el sentido de que la existencia o inexistencia de necesidades de interés general que no tengan carácter mercantil o industrial ha de apreciarse objetivamente, siendo indiferente para ello la forma jurídica de las disposiciones en las que se especifiquen dichas necesidades*”.

⁶⁶ Gimeno Feliú, J.M., “El nuevo ámbito subjetivo de aplicaci3n de la Ley de Contratos del Sector Público: Luces y Sobras”, *Revista de Administraci3n Pública*, núm. 176, 2008, págs. 9-54.

⁶⁷ Directiva 2014/24/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, *op.cit.*, p. 23, cuyo considerando 10 afirma: “(...) la financiaci3n “en su mayor parte” significa “en más de la mitad” y que dicha financiaci3n puede incluir pagos procedentes de usuarios que son impuestos, calculados y recaudados conforme a las normas de Derecho Público”.

Sobre el control de la gestión y nombramiento de más de la mitad de los miembros de los órganos de administración, dirección o vigilancia la STJCE de 27 de febrero de 2003 (*Adolf Truley*), asienta la idea de control de la gestión no sólo con respecto a las cuentas anuales de la entidad sino también la autorización que poseen los poderes públicos de visitar los locales e instalaciones del ente en cuestión⁶⁸.

Derivado de este análisis, lo lógico es que el legislador hubiera establecido el ámbito subjetivo de aplicación de nuestra ley partiendo de los criterios objetivo-funcionales que a la luz de la jurisprudencia del TJCE, se requieren para considerar la concurrencia de los requisitos que nos permiten afirmar que estamos en presencia de un organismo de derecho público. De ese modo, nos encontraríamos ante un ente encuadrado en la definición comunitaria de poder adjudicador.

Si bien es cierto que el apartado tercero del artículo amplía el conjunto de entidades que merecen dicha calificación, dando tal condición a las fundaciones públicas, a las Mutuas colaboradoras de la Seguridad Social, y dedicando exclusivamente un apartado a los partidos políticos, organizaciones sindicales, organizaciones empresariales y asociaciones profesionales, así como a las fundaciones y asociaciones vinculadas a cualquiera de ellos, y finalmente a las Corporaciones de derecho público siempre que cumplan los requisitos, cabe preguntarse si el actual ámbito subjetivo otorga seguridad jurídica a efectos prácticos y si garantiza, en todo caso, que todas las entidades sujetas a la ley actúan conforme a los principios de publicidad, concurrencia, transparencia, igualdad y no discriminación, que rigen la contratación pública.

5.3 La incidencia a efectos prácticos del nuevo ámbito subjetivo

5.3.1 Desvinculación del régimen aplicable a los entes de derecho público de su naturaleza jurídica. “El fin” de la huida del derecho administrativo.

Adelantábamos en el estudio de las novedades que atañen al ámbito subjetivo de la nueva LCSP el cambio de concepción de Administración Pública, estableciendo como tales, además de a las

⁶⁸ Sentencia del Tribunal Europeo de las Comunidades Europeas de 27 de febrero de 2003, C-373/00 párrafo 74. (Disponible en: <http://curia.europa.eu/juris/showPdf.jsf?jsessionid=9ea7d2dc30d6a9bc81b101724ad9abad8d7f093744a4.e34Kaxilc3gMb40Rch0SaxyLb3r0?text=&docid=48086&pageIndex=0&doclang=ES&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=4713>; última consulta 11/04/2018).

Administraciones públicas en sentido estricto, a entidades de derecho público que cumplan una serie de requisitos en cuanto a financiación mayoritaria por ingresos de mercado.

En este sentido, indicábamos que de la nueva redacción se desprende un régimen de aplicación de estas entidades desvinculado de su naturaleza jurídica, de forma que se definen por las relaciones económicas en que intervengan y la procedencia de su financiación mayoritaria (ingresos de mercado o financiación mayoritariamente pública).

Beatriz García señala “*Con esta nueva configuración de los entes públicos pierde importancia la forma jurídica con la que éstos hubieran sido creados, y se pone el acento en la manera en la que dichos entes operen y se financien*”. Sin duda alguna esto limita la metodología de privatización empleada por estos entes y el favorecimiento del fenómeno conocido como “huida del derecho administrativo”.⁶⁹

5.3.2 Homogeneización del régimen jurídico aplicable a los PANAPs.

La firmeza de la idea de que todos los poderes adjudicadores son Sector Público, es una afirmación, a priori, errónea. En este sentido, Gimeno Feliú, J.M.⁷⁰, reflexiona sobre la idea de que existen entidades que no pertenecen al Sector Público y sí son poderes adjudicadores a efectos de esta Ley, como pueden ser los órganos competentes del Congreso de los Diputados, del Senado, del Consejo General del Poder Judicial, del Tribunal Constitucional, del Tribunal de Cuentas, del Defensor del Pueblo, así como las Asambleas Legislativas de las Comunidades Autónomas, y de las instituciones autonómicas análogas al Tribunal de Cuentas y al Defensor del Pueblo⁷¹, en lo que respecta a su actividad de contratación. Esta reproducción, análoga a la recogida en el antiguo apartado f) del artículo 3.2 del TRLCSP de 2011, desaparece del nuevo cuerpo legislativo y de su ámbito subjetivo, dejando de tener la consideración de Administración Pública. No obstante, la disposición adicional cuadragésima cuarta establece que el régimen aplicable se ajustará a las normas establecidas en la ley para las Administraciones Públicas.

⁶⁹ García, B., “¿El fin de la huida del Derecho Administrativo?”, *op.cit.*, p. 20.

⁷⁰ Gimeno Feliú, J.M., “*La regulación de la contratación de los entes públicos y su interpretación*” (Disponible en: <https://www.youtube.com/watch?v=4ahLEFEP51Q>; última consulta: 3/03/2018)

⁷¹ Real Decreto Legislativo 3/3011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público” (BOE 16 de noviembre de 2011). *Op.cit.*, p. 19.

El legislador parece turbarse al definir la naturaleza que poseen los órganos constitucionales del Estado. Con mucho acierto, no los considera Administración Pública y por tanto poder adjudicador, conforme al ámbito subjetivo de aplicación, pero tampoco lo incluye como poder adjudicador no Administración pública, teniendo en todo caso, dicha consideración, pues cumple los requisitos como tal.

Señala López Benítez, M., que ante esta disyuntiva, el legislador tenía dos posibilidades “o bien romper con esa sistemática aparentemente omnicomprendiva que él mismo había creado, o bien mantenerse fiel a ella, aunque para ello tenga que recurrir a la ficción legal de investir como Administraciones Públicas a entidades que no lo son”⁷².

Finalmente, opta por un viaducto al determinar que a efectos de esta ley y en lo que respecta a su actividad de contratación estarán sujetos al régimen de las Administraciones Públicas, lo que demuestra que nuestro ordenamiento jurídico aún no ha asumido la concepción único de poder adjudicador y se vale de instrumentos jurídicos que solapan la resistencia del legislador de establecer criterios únicos y uniformes que permitan realizar una interpretación correcta de la naturaleza de cada ente, como en este caso.

Otras de las entidades que no pertenecen al Sector Público y sí pueden ser poderes adjudicadores cuando cumplan los requisitos para ello –recordemos que únicamente respecto de los contratos sujetos a regulación armonizada– son los partidos políticos, sindicatos y organizaciones empresariales. Estas entidades de naturaleza privada no están incluidos en el Sector Público del artículo 3.1 pero sí en el apartado 3 referente a las PANAPs, cuestión que analizamos en el capítulo referente a las novedades del ámbito subjetivo.

A este respecto, es necesario sacar a colación la referencia expresa que se realiza en el apartado 3.5 respecto de las instrucciones internas en materia de contratación que deberán aprobar las entidades susodichas. Las Instrucciones Internas, conforme a la legislación vigente, únicamente podrán ser aprobadas, no sólo por estas entidades si no por todos aquellos entes del Sector Público que no sean poder adjudicador.

De estas consideraciones se desprende una novedad, que si bien no concretamos anteriormente, tiene enormes repercusiones si tenemos presente en todo momento que el objetivo de la legislación en materia de contratos del Sector Público es que se cumplan los principios de transparencia, concurrencia, igualdad y no discriminación: la desaparición de las instrucciones

⁷² López Benítez, M., “Algunas consideraciones a propósito del ámbito subjetivo (...). *Op.cit.*, p. 23.

en los contratos celebrados por las PANAPs en los contratos de importe no armonizado. Sin embargo, hay interpretaciones contradictorias que veremos a continuación.

En palabras de Gimeno Feliú, “*se pone fin a una deslegalización procedimental que, como se ha venido advirtiendo desde hace tiempo, ha resultado claramente distorsionadora pues ha permitido la proliferación de distintos y variados procedimientos (distintos plazos, distinta documentación, etc.) que se han convertido en una barrera de entrada para los operadores económicos, a la vez que introducía innecesarias dosis de inseguridad jurídica que favorecían una fragmentación del mercado, la cual, a su vez, favorecía la aparición de prácticas de naturaleza clientelar, que impedían el efectivo funcionamiento –por inadecuada concurrencia– de las economías de escala.*”⁷³.

La importancia de esta advertencia reside en la idea de que esta dispersión normativa y existencia de numerosos y diversos procedimientos de licitación son contrarias a la efectividad del principio de transparencia y concurrencia.

Concretamente, la prohibición expresa de aprobar instrucciones aparece en el artículo 318 LCSP/2017. A este respecto, las posibles dudas interpretativas sobre esta cuestión se esclarecen de manera detallada en el Informe 2/2018, de 17 de enero, de la Abogacía General del Estado, relativa a la consulta formulada por el Instituto de Crédito Oficial (ICO) sobre este extremo a la Abogada del Estado coordinadora del Convenio de asistencia jurídica suscrito entre dicha entidad y el Ministerio de Justicia, que resumen la cuestión afirmando la clara voluntad del legislador de suprimir las Instrucciones Internas que preveía el artículo 191.b) del TRLCSP para la contratación de los PANAPs, en aras de la claridad y la seguridad jurídica, mermados por la diversidad de regímenes de contratación aplicables a los contratos no armonizados de los PANAPs⁷⁴.

De este modo, efectivamente, para los contratos armonizados se uniformiza el régimen pues se les aplica en relación a la preparación y adjudicación de los contratos el régimen de las Administraciones; y para los contratos no armonizados, su contratación queda sujeta al artículo 318.b), que somete los contratos –celebrados por estos entes con valor estimado superior al de

⁷³ Gimeno Feliú, J.M., “A propósito de la contratación de los poderes adjudicadores no Administración Pública en la ley 9/2017, de contratos del sector público” *Observatorio de Contratación Pública*, 7 de febrero de 2018 (disponible en: <http://www.obcp.es/index.php/mod.opiniones/mem.detalle/id.345/relicategoria.208/reلمenu.3/chk.e113ad2d337abdb1c2b860a0263b1b81>; última consulta 31/03/2018).

⁷⁴ ABOGACÍA DEL ESTADO. Informe ENTES PÚBLICOS 2/18 (R- 32/2018) de 17 de enero de 2018. (Disponible en: http://api.ning.com/files/jB0ZFWVMmVlcq-kcecBOPNOOrDpX8IkPcoQPpzt*1g-N56tCKfmm0q7dNq4HXMiLnJvouVs3ot2H0OpyV**ugNhhiEgZg8PGu/Informeabogacia.pdf; última consulta 31/03/2018).

contratos menores e inferior al de contratos armonizados– a los mismos procedimientos establecidos para las Administraciones Públicas (salvo el procedimiento negociado sin publicidad, aplicable únicamente en los supuestos previstos en el artículo 168 de la LCSP/2017)⁷⁵.

La finalidad de esta medida, en definitiva, es el acercamiento del régimen aplicable a la preparación y adjudicación de los contratos de las Administraciones Públicas a los poderes adjudicadores que no tengan dicha condición, lo que garantiza el cumplimiento de los principios transparencia y concurrencia, no escapando del prisma de actuación de la legislación y evitando las acciones fraudulentas y el clientelismo en la celebración de dichos contratos.

Sin embargo, en opinión de otros expertos, parece que la batalla por homogeneizar completamente el régimen de Administraciones públicas y PANAPs y contratos armonizados o no armonizados aún no se ha ganado. Subraya Silvia del Saz, que de la dicción literal de la ley se interpreta que, en la celebración de contratos no armonizados por los PANAPs no desaparecen estas instrucciones, y que la disposición transitoria quinta lo corrobora al establecer la necesidad de adaptación de las instrucciones internas de estas entidades⁷⁶.

Por otro lado, en opinión de Gimeno Feliú, a pesar de la literalidad de la DT 5ª, ciertamente desafortunada y descoordinada con el articulado de la Ley, al establecer “*Los entes a los que se refiere el Título Tercero deberán adaptar sus instrucciones internas de contratación a lo establecido en los artículos 318 y 321 en el plazo máximo de cuatro meses desde la entrada en vigor de la presente Ley*”⁷⁷, sin concretar a qué Libro de la LCSP alude, una interpretación sistemática de la misma parece querer aludir al “Título” (Libro) tercero, y siendo coherentes con la regulación del artículo 318, debe referirse exclusivamente a los poderes no adjudicadores, que mantienen las Instrucciones Internas de contratación. Además, advierte el autor que, toda norma transitoria no puede desvirtuar ni prevalecer sobre el mandato sustantivo del texto legal (artículos 318 y 321), que sujetan los contratos no armonizados celebrados por los PANAPs a los procedimientos de las Administraciones Públicas⁷⁸.

Desde mi punto de vista, la literalidad del artículo 318 es clara, e iguala el régimen de aplicación de los PANAPs al de los contratos de las Administraciones públicas y tiene argumentos a favor, como la extensión del recurso especial a contratos no armonizados.

⁷⁵ Ley 9/2017, de 8 de Noviembre, de Contratos del Sector Público (BOE 9 de noviembre de 2017), *op.cit.*, p. 10.

⁷⁶ Del Saz, S., “La nueva legislación de contratos públicos a debate”, *op.cit.*, p.14.

⁷⁷ Ley 9/2017, de 8 de Noviembre, de Contratos del Sector Público (BOE 9 de noviembre de 2017), *op.cit.*

⁷⁸ Gimeno Feliú, J.M., “A propósito de la contratación de los poderes adjudicadores (...)”, *op.cit.*, p. 36.

El citado informe de la Abogacía del Estado, como hemos mencionado antes, es claro y contundente en esta postura a favor de la prohibición y además valora *“la posibilidad de que, pese a no estar previstas ni contempladas en la nueva LCSP, los poderes adjudicadores aprueben voluntariamente instrucciones internas para aclarar el régimen de contratación no armonizada que les resulta aplicable sólo puede admitirse a efectos meramente internos, explicativos y, especialmente, organizativos, sin que tales instrucciones o documentos internos puedan sustituir el régimen jurídico que declara aplicable el artículo 318.b) de la LCSP (...)”*⁷⁹.

Esta puntualización que realiza la Abogada del Estado establece claramente la eficacia “ad intra” de estas instrucciones, no siendo oponible a terceros licitadores, ni publicados en el perfil del contratante, etc. Por tanto, desaparecen de los contratos no armonizados de los poderes adjudicadores y subsisten para los poderes no adjudicadores, que deberán adaptar el contenido de las instrucciones a la nueva Ley, conforme a la interpretación de a la disposición transitoria quinta de la LCSP.

Siguiendo el análisis del régimen aplicable a los PANAPs, despierta nuestro interés la referencia del artículo 318.a), respecto de los contratos de valor estimado inferior a 40.000 euros (en el caso de obra, concesión de obra y concesión de servicios) o a 15.000 euros (en el caso de servicios o suministros) *“se podrán adjudicar directamente a cualquier empresario con capacidad de obrar y que cuente con la habilitación profesional necesaria para realizar la prestación objeto de contrato”*⁸⁰, que también esclarece el informe de la Abogacía del Estado, al explicar que el umbral que establece este precepto, si bien no realiza una remisión al concepto de contratos menores, se viene a referir a ellos, y que por tanto, le es de aplicación el régimen establecido para estos últimos. Por tanto, el artículo 318.a) realiza una remisión expresa a los preceptos 118 y 131.3 de la Ley⁸¹.

En este sentido, es reseñable lo dispuesto en la Recomendación de la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado en la sesión de su Comisión Permanente de 28 de febrero de 2018, que *“considera que existe fundamento jurídico suficiente para concluir que la voluntad de la norma es asimilar ambos conceptos y regímenes jurídicos. (...) Ante esta circunstancia, (...) les será de aplicación el completo régimen jurídico previsto para los contratos menores en el artículo 118 de la misma norma, régimen que se resume del siguiente modo: (...)”*⁸².

⁷⁹ ABOGACÍA DEL ESTADO. Informe ENTES PÚBLICOS 2/18 (R- 32/2018), *op.cit.*, p. 36.

⁸⁰ Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, *op.cit.*, p. 10.

⁸¹ *Ídem.*

⁸² Recomendación de la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado a los Órganos de Contratación en relación con diversos aspectos relacionados con la entrada en vigor de la Ley de Contratos del Sector Público, de

Además, en este caso, la Junta de Contratación también hace alusión a la finalidad que se persigue mediante esta remisión, –la cual coincide con la finalidad que persigue la aproximación en el régimen de preparación y adjudicación de los contratos de las Administraciones públicas y poderes adjudicadores– que no es otra que incrementar la seguridad jurídica en la celebración de contratos menores al establecer un conjunto de condiciones de aptitud necesarias para ejecutarlo⁸³.

De la misma forma, el Informe 2/2018 concluye que *“El artículo 118 de la LCSP contiene, en aras de la seguridad jurídica, las reglas aplicables a la tramitación del expediente de contratación en los contratos menores, e incorpora ciertas cautelas tendentes a evitar su uso abusivo y fraudulento”* perfectamente aplicable a los PANAPs, *“habida cuenta del objetivo de la Ley es, como declara su Preámbulo “diseñar un sistema de contratación pública más eficiente, transparente e íntegro”, “persiguiéndose en todo momento la eficiencia en el gasto público y el respecto a los principios de igualdad de trato, no discriminación, transparencia, proporcionalidad e integridad”*⁸⁴.

Derivado de este análisis, se puede concluir que los artículos 317 y 318 de la LCSP/2017, tratan de homogeneizar el régimen aplicable a los PANAPs y aproximarlos al de las Administraciones públicas, a lo que debemos añadir la incidencia práctica del nuevo concepto de ésta, anteriormente analizado, que también permite reducir las dosis de inseguridad jurídica derivadas de los diversos procedimientos, al contar con infinidad de instrucciones distintas que se aplicaban a los poderes adjudicadores, las cuales sólo causaban la dispersión normativa y escasas garantías de cumplimiento de los principios de contratación pública. De esta suerte, estaríamos ante una regulación más acorde y funcional con la establecida por el Derecho comunitario.

28 de febrero de 2018 en Comisión Permanente. (Disponible en: <http://www.minhafp.gob.es/Documentacion/Publico/D.G.%20PATRIMONIO/Junta%20Consultiva/RECOMEN%20DACI%C3%93N%20marzo%202018.pdf>; última consulta 1/04/2018). Especialmente, las pp. 5 y 6, que resumen el régimen al que se sujetan las PANAPs en caso de contratos menores y la finalidad que persigue.

⁸³ Recomendación de la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado (...), *op.cit.*, 38.

⁸⁴ ABOGACÍA DEL ESTADO. Informe ENTES PÚBLICOS 2/18 (R- 32/2018), *op.cit.*, p.36.

6. CONCLUSIONES

A través del análisis expuesto a lo largo de los tres capítulos anteriores, he comprobado que el ámbito subjetivo de aplicación es la pieza angular de la que partimos para proceder al estudio del fenómeno de la contratación pública, del conjunto de entes que se someten a la legislación y cuáles son los principios a los que están sometidos.

El principal propósito, en definitiva, ha sido desmembrar el artículo 3 de la nueva LCSP/2017, mediante el estudio de los antecedentes legislativos, para conocer la voluntad de nuestro legislador al redactar el precepto y la inclusión del conjunto de entidades que hemos analizado, con el fin de conocer si el distanciamiento del concepto europeo único de poder adjudicador tiene su razón de ser en que la construcción de nuestro legislador, sí da seguridad jurídica y garantiza el cumplimiento de los principios que rigen la contratación pública.

Por consiguiente, es necesario enunciar las conclusiones a las que he llegado en la redacción de este trabajo respecto a las cuestiones planteadas:

1. Es evidente que nuestro pasado regulatorio en la materia ha sufrido una evolución significativa marcada por la entrada de España en la Comunidad Económica Europea, lo cual significó el sometimiento a las normas del Derecho comunitario en materia de contratación, que marcó las pautas y criterios que debíamos utilizar para la interpretación subjetivo-funcional de la naturaleza de las entidades sujetas a la legislación.

Aún consciente de que la transposición de los conceptos y criterios europeos ha sido una labor que el legislador nacional no ha llevado a cabo de manera uniforme y que ha derivado en diversas condenas al Reino de España por el TJUE, el ámbito subjetivo de aplicación ha sido ampliado progresivamente para dar cabida en nuestra regulación a entidades de naturaleza privada que pueden y tienen la capacidad para contratar según la definición europea de poder adjudicador.

2. Centrándome en la vigente regulación, que culmina el proceso europeo de innovación y mejora de la eficiencia en la contratación mediante la transposición de las Directivas 2014/23/UE y 2014/24/UE, partíamos de la evidente consolidación de la construcción española del precepto desde la LCSP/2007, y aun siendo conocedora de que su redacción no reproduce la dispuesta en las Directivas, puede tener su explicación en la pluralidad

de entes que conforman nuestro Derecho administrativo y la dificultad de solapar todas esas entidades con la definición europea. Es por ello que, quizás, la voluntad de nuestro legislador haya sido la de intentar integrar en la legislación de contratos del sector público a entidades, públicas y privadas, de forma que concuerde con las regulaciones administrativas que definen los tres niveles en los que se divide la legislación contractual: Sector Público, Administración Pública, Poder adjudicador.

No obstante, se advierte la dificultad de interpretación desde el primer momento, que parecía mitigada desde 2007, pero que aún podemos observar en su lectura. De esta forma, es necesario esclarecer el precepto estableciendo desde un principio los criterios del TJUE para considerar que un ente reúne los requisitos para ser poder adjudicador y posteriormente proceder enunciar quienes tienen tal condición.

Pero ello no es motivo por el que no mereciese analizar en este trabajo la vigente regulación por las novedades que introducía, que sin duda, permiten realizar una interpretación más uniforme del precepto respecto del Derecho comunitario y conocer así el régimen de aplicación a cada entidad.

3. En este sentido, quizás la novedad más importante es el cambio en la concepción de Administración Pública, porque permite revestir (siempre que se cumplan los requisitos) como tales a entidades que antes, no tenían dicha consideración. El hecho de que el legislador haya optado por una redacción más funcional de Administración Pública, aun pudiéndose considerar como una ficción legal, tiene una consecuencia positiva respecto al régimen de aplicación –a mi parecer, acertado desde el punto de vista de los objetivos de la legislación contractual– y que no es otra que la de aproximar a estas entidades de derecho público de naturaleza privada el régimen aplicable a las Administraciones Públicas, siendo más concordante con el Derecho europeo. Se percibe, así, mayor uniformidad en la legislación, y otorga mayores garantías respecto a las distintas fases del procedimiento de adjudicación de contratos. Además, supone un cambio en el control por parte de la jurisdicción contencioso-administrativa, lo cual también permite afirmar mayor efectividad en el cumplimiento de los principios de transparencia y concurrencia, igualdad de trato y no discriminación.

4. La ampliación de entidades que tienen la consideración de PANAPs es significativa, teniendo en cuenta las directrices europeas y el panorama económico y social actual. Por ello, la inclusión de partidos políticos, sindicatos, asociaciones y organizaciones empresariales, así como Corporaciones de derecho público, supone un incremento de la seguridad jurídica en cuanto a su actividad contractual se refiere. Pues, ante el desafortunado devenir de la actividad contractual de estos entes, origen de prácticas corruptas y de enriquecimiento ilícito y escape de fondos públicos, permitirá mayor control de la legalidad y mayor eficiencia en el gasto público, así como de nuevo, el efectivo cumplimiento de los principios de contratación pública.

5. Esta reflexión anterior me lleva a recordar la cuestión acerca de la desaparición de las instrucciones internas de contratación, lo cual, no está estrictamente relacionado con la redacción del ámbito subjetivo, pero sí, con dar una mayor uniformidad a la regulación y acercarla más al Derecho comunitario. El objetivo es el de poner fin a los distintos procedimientos que se originaban por permitir aprobar instrucciones internas, dando margen discrecional a las entidades para establecer el procedimiento de adjudicación que más les era de su conveniencia, lo cual incrementaba lo comentado antes: las prácticas de naturaleza clientelar y hermanadas con los casos corrupción que estamos presenciando actualmente en nuestro país. Ahora nuestra legislación alude directamente a que los PANAPs, se regirán por los procedimientos previstos para las Administraciones públicas en contratos no armonizados, lo cual demuestra de nuevo un acercamiento entre ambos y mayor seguridad jurídica en tanto el régimen de aplicación será más homogéneo.

Estas observaciones permiten concluir afirmando que, si bien la nueva regulación del ámbito subjetivo de aplicación es heredera de nuestras anteriores regulaciones y que parece que la intención de nuestro legislador no es la de asimilarla a la europea, las reformas introducidas por la vigente LCSP/2017 permiten aclarar en muchos aspectos la interpretación de la naturaleza de algunas entidades y acerca su régimen de aplicación al de las Administraciones públicas, de forma que, es una redacción más funcional y acorde al derecho comunitario y en principio, hace efectiva en mayor medida el cumplimiento de los principios de transparencia, concurrencia, igualdad de trato y no discriminación.

7. BIBLIOGRAFÍA

7.1 Legislación

- 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 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014 (BOE 9 de noviembre de 2017).
- Ley 13/1995, de 18 de mayo, de Contratos de las Administraciones Públicas (BOE 19 de mayo de 1995).
- Ley 53/1999, de 28 de diciembre, por la que se modifica la Ley13/1995, de 18 de mayo, de Contratos de las Administraciones Públicas (BOE 29 de diciembre de 1999).
- Real Decreto-Ley 5/2005, de 11 de marzo, de reformas urgentes para el impulso a la productividad y para la mejora de la contratación pública. (BOE 14 de marzo de 2005).
- Directiva 2004/18/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 31 de marzo de 2004, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, de suministro y de servicios. (BOE 30 de abril de 2004).
- Real Decreto Legislativo 3/3011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público” (BOE 16 de noviembre de 2011).
- Ley 47/2003, de 26 de noviembre, General Presupuestaria (BOE 27 de noviembre de 2003).
- Ley 40/2015, de 1 de octubre, del Régimen Jurídico del Sector Público (BOE 2 de octubre de 2015).
- Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público (BOE 31 de octubre de 2007).

- Directiva 2014/24/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, sobre contratación pública y por la que se deroga la Directiva 2004/18/UE (DOUE 28 de Marzo de 2014).

7.2 Jurisprudencia

- o Tribunal Constitucional

- Sentencia del Tribunal Constitucional de 22 de abril, Pleno Sentencia 141/1993. (BOE de 28 de mayo de 1993).
- Sentencia del Tribunal Constitucional de 5 de agosto, 76/1983.

- o Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas

- Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 15 de mayo de 2003. C-214/00.
- Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 15 de enero de 1998. C-44/96.
- Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 10 de noviembre de 1998. C-360/96.
- Sentencia del Tribunal Europeo de las Comunidades Europeas de 27 de febrero de 2003. C-373/00.

- o Tribunal de Justicia de la Unión Europea

- Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea del 13 de septiembre de 2013, C-526/11.

7.3 Obras doctrinales.

- ABOGACÍA DEL ESTADO. Informe ENTES PÚBLICOS 2/18 (R- 32/2018) de 17 de enero de 2018. (Disponible en: http://api.ning.com/files/jB0ZFWVMmVlcq-kcecBOPNOrDpX8IkPcoQPpzt*1gN56tCKfmm0q7dNq4HXMIlnJvouVs3ot2H0OpyV**ugNhhiEgZg8PGu/Informeabogacia.pdf; última consulta 31/03/2018).
- Alonso García, R. “La ejecución normativa del Derecho comunitario europeo en el ordenamiento español”, *Revista de Administración pública*, n. 121, 1991, p. 213-246.
- Burzaco Samper, M., “*Contratos del Sector Público*”, Alonso Timón, A.J. (coord.), Dykinson S.L., Madrid, 2016, p. 41-86.
- Circular 1/2008, de 3 de marzo, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón, sobre “alcance del ámbito subjetivo de aplicación de la LCSP y régimen de contratación aplicable”(disponible en: <http://www.aragon.es/estaticos/GobiernoAragon/OrganosConsultivos/JuntaConsultivaContratacionAdministrativa/Documentos/18.pdf>; última consulta 1/03/2018).
- COMISIÓN EUROPEA. Comunicación de la Comisión de 3 de marzo de 2010 «Europa 2020, una estrategia para un crecimiento inteligente, sostenible e integrador» [COM (2010) 2020 final]. [http://www.aragon.es/estaticos/GobiernoAragon/Departamentos/HaciendaAdministracionPublica/Documentos/docs2/Areas/Fondos%20Estruct%20UE/2014-2020/COM\(2010\)2020-Europa2020-Unaestrategiaparauncrecimiento.pdf](http://www.aragon.es/estaticos/GobiernoAragon/Departamentos/HaciendaAdministracionPublica/Documentos/docs2/Areas/Fondos%20Estruct%20UE/2014-2020/COM(2010)2020-Europa2020-Unaestrategiaparauncrecimiento.pdf).
- Comunicación Interpretativa de la Comisión (2006/ C 179/ 02) (Disponible en: [https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:52006XC0801\(01\)&from=ES](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:52006XC0801(01)&from=ES), última consulta: 9/03/2018).
- Del Saz, S., “La nueva legislación de contratos públicos a debate” Congreso anual del Observatorio de Contratación Pública, Universidad Complutense de Madrid, diciembre de 2017. (Disponible en: <https://www.youtube.com/watch?v=SZ6iRGi8H9Y>; última consulta 13/04/2018).
- García, B. “¿El fin de la huida del Derecho Administrativo?” *El Economista*, 10 de marzo de 2017 (disponible en: <file:///C:/Users/usuario/Downloads/170313%20EL%20ECONOMISTA%20EI%20f>

[in%20de%20la%20huida%20del%20Derecho%20Administrativo%20BGA%20\(3\).pdf](#)

; última consulta 23/03/2018).

- Gimeno Feliú, J.M. “Hacia una nueva ley de contratos del sector público. ¿Una nueva oportunidad perdida?” *Revista Española de Derecho Administrativo*, nº 182, 2017, p. 181-221.
- Gimeno Feliú, J.M., “A propósito de la contratación de los poderes adjudicadores no Administración Pública en la ley 9/2017, de contratos del sector público” *Observatorio de Contratación Pública*, 7 de febrero de 2018 (disponible en: <http://www.obcp.es/index.php/mod.opiniones/mem.detalle/id.345/recategoria.208/remenu.3/chk.e113ad2d337abdb1c2b860a0263b1b81>; última consulta 31/03/2018).
- Gimeno Feliú, J.M., “El efecto directo de las nuevas Directivas comunitarias sobre la contratación pública” (disponible en: http://www.obcp.es/index.php/mod.documentos/mem.descargar/fichero.documentos_consecuencias-practicas-directivas-ue_39b35c51%232E%23pdf/chk.105830fd7886865c46ec0bb0012e2748; última consulta 10/04/2018).
- Gimeno Feliú, J.M., “El nuevo ámbito subjetivo de aplicación de la Ley de Contratos del Sector Público: Luces y Sobras”, *Revista de Administración Pública*, núm. 176, 2008, págs. 9-54.
- Gimeno Feliú, J.M., “*Hacia una nueva Ley de Contratos del Sector Público. ¿Una nueva oportunidad perdida?* *Revista Española de Derecho Administrativo*, Nº 182, 2017, pp. 181-221.
- Gimeno Feliú, J.M., “La necesaria interpretación subjetivo-funcional del concepto de poder adjudicador en la Contratación pública” *Revista de Administración Pública*, Nº 151, 2000.
- Gimeno Feliú, J.M., “*La regulación de la contratación de los entes públicos y su interpretación*” (Disponible en: <https://www.youtube.com/watch?v=4ahLEFEP51Q>; última consulta: 3/03/2018).
- Gimeno Feliú, J.M., “Medidas de prevención de corrupción y refuerzo de la transparencia en la contratación pública”, *Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica*, nº 7, 2017, pp. 45-67.
- Gómez-Acebo & Pombo. Grupo de Contratos del Sector Público n.91 , “Novedades en los ámbitos subjetivo y objetivo de la nueva Ley de Contratos del Sector Público” (disponible en: (<http://www.cositsevilla.org/wp/wp-content/uploads/2017/11/2017-11->

- [28-Grupo-de-Contratos-del-Sector-P%C3%BAblico-91.pdf](#) ; última consulta 19/03/2018).
- González, J., “Entidades sometidas a la nueva Ley de Contratos del Sector Público”, *Global Politics and Law*, 2017. (Disponible en: <https://www.globalpoliticsandlaw.com/2017/12/03/ambito-subjetivo-ley-contratos-sector-publico/> ; última consulta 23/03/2018).
 - Informe 44/09, de 26 de Febrero de 2010 “Aplicación de la Ley de contratos del sector público a las Juntas de Compensación Urbanísticas”. (disponible en: <http://www.minhafp.gob.es/Documentacion/Publico/D.G.%20PATRIMONIO/Junta%20Consultiva/informes/Informes2010/Informe%2044-09.pdf>; última consulta 30/03/2018).
 - Instrucción nº 1/2008, de 5 de febrero, sobre contratación de las fundaciones del sector público estatal, sociedades mercantiles del estado y entidades públicas empresariales dependientes de la administración general del estado (Disponible en: http://www.fundaciones.org/EPORTAL_DOCS/GENERAL/AEF/DOC-cw4c7397549c8e0/Guias-practicas-1_-_instruccion_1-2008_ljsp.pdf; última consulta 28/02/2018)
 - Julián de la Morena López “*Evolución Histórica de la contratación pública en España*”, Observatorio de contratación pública (Disponible en: <http://www.obcp.es/index.php/mod.opiniones/mem.detalle/id.57/recategoria.121/reلمenu.3/chk.e2db6ab74524409a96997ab947dc3075> ; última consulta 9/03/2018).
 - López Benítez, M., “Algunas consideraciones a propósito del ámbito subjetivo de la nueva Ley de Contratos del Sector Público de 2017. En particular, el caso de las Corporaciones de Derecho Público”, *Revista Documentación Administrativa*, nº 4, 2017, p. 136-145.
 - Recomendación de la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado a los Órganos de Contratación en relación con diversos aspectos relacionados con la entrada en vigor de la Ley de Contratos del Sector Público, de 28 de febrero de 2018 en Comisión Permanente. (Disponible en: <http://www.minhafp.gob.es/Documentacion/Publico/D.G.%20PATRIMONIO/Junta%20Consultiva/RECOMENDACION%20del%20marzo%202018.pdf>; última consulta 1/04/2018).
 - Rodríguez López, P., *Los contratos del Sector Público (comentario)*, Edisofer S.L. Libros jurídicos, Madrid, 2006.

- Tejedor Bielsa, J. “Juntas de compensación y obra de urbanización” *Observatorio de Contratación Pública*, 2011(Disponible en: <http://www.obcp.es/index.php/mod.opiniones/mem.detalle/id.31/relcategoria.121/relmenu.3/chk.4a8602dcab78d8edca3e10021b68c3ce>; última consulta 29/03/2018).
- Trayter, J.M., “El efecto directo de las directivas comunitarias: el papel de la Administración y los jueces en su aplicación”, *Revista de Administración pública*, n. 125, 1991, p. 227-280.
- Vega Labella, J.I., *Ámbito de aplicación de la Ley 9/2017, de 8 de Noviembre, de Contratos del Sector Público*” Alonso Timón, A.J. (coord.), Dykinson, S.L., Madrid, 2018, p. 19-56.