

# **Consecuencias de la Sentencia del TJUE de 15 de Mayo de 2003 Comisión/España en el Ordenamiento Jurídico-español: Concepto de poder adjudicador, actos separables en los contratos de las sociedades mercantiles públicas y tutela cautelar contractual. La nueva regulación del TRLCAP introducida por la Ley 62/2003, de 30 de Diciembre de medidas fiscales, administrativas y del orden social\***

*Belén Noguera de la Muela*

Profesora Titular de Derecho Administrativo  
de la Universidad de Barcelona

## I. INTRODUCCIÓN

El Tribunal de Justicia de la Unión Europea, en *Sentencia de 15 de mayo de 2003 (C—214/2000)*, recaída en un “recurso por incumpliendo del Derecho Comunitario” dirigido por la Comisión contra España (art. 226, consolidado del Tratado CE), ha condenado a nuestro país por una no correcta transposición de la Directiva 89/665<sup>1</sup> al derecho interno español, pese a que la Exposición de Motivos de la entonces Ley 13/1995, de 18 de mayo, de Contratos de las Administraciones Públicas entendiese que tal Directiva nacía ya transpuesta al ordenamiento español<sup>2</sup>. Concretamente, hemos sido condenados por no

---

\* Este trabajo ha sido objeto de publicación también en *Quaderns de Dret local* n° 4, febrero de 2004.

<sup>1</sup> Esta Directiva, relativa a la coordinación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas referentes a la aplicación de los procedimientos de recurso en materia de adjudicación de contratos de suministros obras y servicios, conocida como “Directiva recursos” debía ser transpuesta a nuestro ordenamiento antes del 21 de diciembre de 1991.

<sup>2</sup> Significativamente la derogada Ley de Contratos de las Administraciones Públicas de 1995 en su Preámbulo decía: “No se incorpora, por el contrario, el contenido de las Directivas 89/665/CEE y 92/13/CEE porque la materia de recursos que constituye su objeto des ajena a la

haber adoptado las medidas necesarias para dar cumplimiento a lo dispuesto en los arts. 1 y 2 de dicha Directiva y, en particular, tal como recoge el fallo de la Sentencia:

*“ – al no haber extendido el sistema de recursos garantizados por la citada Directiva a las decisiones adoptadas por las sociedades de Derecho privado creadas para satisfacer específicamente necesidades de interés general que no tengan carácter industrial o mercantil, dotadas de personalidad jurídica, y cuya actividad esté mayoritariamente financiada por las Administraciones Públicas u otras entidades de Derecho público, o cuya gestión se halle sometida a un control por parte de éstas, o cuyo órgano de administración, de dirección o de vigilancia esté compuesto por miembros de los cuales más de la mitad sean nombrados por las Administraciones Públicas u otras entidades de Derecho público; y*

*- al someter por regla general la posibilidad de que se tomen medidas cautelares en relación con las decisiones adoptadas por las entidades adjudicadoras a la necesidad de interponer previamente un recurso contra la decisión de la entidad adjudicadora”.*

Con esta Sentencia se pone fin a un largo procedimiento iniciado en 1994, en el que se sucedieron requerimientos y negociaciones, sin que el Gobierno español atendiera a las advertencias de la Comisión y en consecuencia las recogiera en los textos legales vigentes en aquel momento, o bien en sus sucesivas reformas.

En tales circunstancias, no nos debe resultar extraño el resultado final condenatorio en que desemboca este proceso, en el que se abordan dos cuestiones nucleares de nuestro derecho: el recurrente uso de la figura Administración–sociedad mercantil ahora referido al campo de la contratación pública, que **FLEINER** resumió en la “huida del Derecho Administrativo”<sup>3</sup>; y el no menos importante de la insuficiencia del sistema de tutela cautelar contencioso-administrativa, que junto al primero mencionado GARCÍA de ENTERRÍA lleva denunciando vivamente desde hace ya unos años<sup>4</sup>.

---

legislación de contratos de las Administraciones Públicas y respecto a la primera, además, porque nuestro ordenamiento jurídico en distintas normas procedimentales y procesales vigentes, se ajusta a su contenido” (ap. 1.2. párr. 4º).

<sup>3</sup> MARTÍN-RETORTILLO, S. “Reflexiones sobre la huida del Derecho Administrativo”, RAP nº 140 (1996), pág. 45.

<sup>4</sup> GARCÍA de ENTERRÍA, E., “Democracia, jueces y control de la Administración”, 1ª ed., Madrid 1996, págs. 295-296; GIMENO FELIU, J.Mª, El control de la contratación pública (Las nor-

Ambos temas de gran trascendencia, serán objeto de nuestra atención en las páginas que siguen, aunque ya podemos avanzar que del contenido de la Sentencia que comentamos, se deduce que su influencia ha sido decisiva en aras a la obligada reforma de la legislación española de contratación pública, en la actualidad el TRLCAP de 2000, normas procedimentales –procesales de nuestro ordenamiento jurídico– administrativo (a saber LJCA de 1998), así como la LOFAGE; textos estos dos últimos que no han sido modificados a la vista de la Ley de Medidas Fiscales Administrativas y del Orden Social, Ley 62/2003, de 30 diciembre que sólo se refiere a la Legislación de contratos. Reforma la de la normativa sobre contratación, que se va a ver necesariamente precipitada de forma más global con motivo del nuevo paquete de Directivas comunitarias en esta materia, concretamente dos Directivas únicas en los sectores “tradicionales”, y en los “excluidos”, la Directiva 2004/18CE del Parlamento y el Consejo de 31 de marzo de 2004 sobre contratos de suministros, obras y servicios, y la Directiva 2004/17/CE en los sectores de la energía, agua, transportes y servicios postales, y que responden al triple objetivo de modernización, flexibilización y simplificación.

## II. LA STJCE DE 15 DE MAYO DE 2003 COMISIÓN/ESPAÑA C-214/00: BREVE COMENTARIO. POSIBLES CONSECUENCIAS DE LA MISMA EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO-ADMINISTRATIVO ESPAÑOL: LAS MODIFICACIONES INTRODUCIDAS EN EL TRLCAP POR LA LEY 62/2003, DE 30 DE DICIEMBRE, DE MEDIDAS FISCALES, ADMINISTRATIVAS Y DEL ORDEN SOCIAL

Como se sabe, en su momento fue promulgada la Directiva 89/665/CEE, del Consejo de 21 de diciembre de 1989, relativa a la coordinación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas referentes a la aplicación de los procedimientos de recurso en materia de adjudicación de los contratos públicos de suministros y obras; cuyas reglas son también aplicables a los contratos de servicios por expresa previsión del art. 41 de la Directiva 92/50/CEE, de 18 de junio de 1992, relativa a tales contratos. Pues bien, esta breve (sólo

---

mas comunitarias y su adaptación en España), Madrid 1995, págs. 64 y ss., 83 y ss.; BAÑO LEÓN, J.Mª “Proyecto de Ley de Contratos de las Administraciones Públicas” en Anuario del Gobierno Local, Barcelona 1995, págs. 68 y ss.; BACIGALUPO, M., La nueva tutela cautelar en el contencioso-administrativo, Madrid 1999, págs. 85-88.

seis preceptos) pero sustanciosa Directiva, supuso el que por vez primera el Derecho comunitario se introdujera en las legislaciones nacionales de carácter procesal de cada Estado miembro, con el objeto de que las garantías jurídicas fuesen uniformes en todo el territorio de la entonces Comunidad Europea, habida cuenta la disparidad e insuficiencia de los sistemas nacionales de control<sup>5</sup>.

Así, tal Directiva con el propósito de que existiesen medios de control efectivos de la adjudicación de contratos públicos, pone de relieve la necesidad de: a) un sistema de recursos rápido y eficaz; b) potenciar un sistema efectivo de medidas cautelares; y c) establecer un régimen de indemnización de daños y perjuicios, producidos como consecuencia de la indebida adjudicación<sup>6</sup>. Con el conjunto de estas tres medidas, pretende la armonización de las garantías jurídicas de los Estados miembros en materia de contratos públicos,

---

<sup>5</sup> GIMENO FELIU, J.M<sup>a</sup>, El control de la contratación... op. cit. pág. 59; IDEM, Contratos públicos: ámbito de aplicación y procedimiento de adjudicación, Civitas, Madrid 2002, pág. 198 y ss.; SAMANIEGO BORDIU, G., "El control del Derecho Comunitario de los contratos públicos" RAP n° 123 (1990), pág. 402.

<sup>6</sup> Extremos los indicados supra, que tienen reflejo en el articulado de la D. 89/665/CEE, en concreto arts. 1.1 y 2.1.

#### Artículo 1.

"1. Los Estados miembros tomarán, en lo relativo a los procedimientos de adjudicación de contratos públicos comprendidos en el ámbito de aplicación de las Directivas 71/305/CEE y 72/62/CEE, las medidas necesarias para garantizar que las decisiones adoptadas por los poderes adjudicadores puedan ser recurridos de manera eficaz y, en particular, lo más rápidamente posible, en las condiciones establecidas en los artículos siguientes y, en especial, en el apartado 7 del artículo 2 con motivo de que dichas decisiones haya infringido el Derecho comunitario en materia de contratos públicos o las normas nacionales de transposición del citado Derecho".

#### Artículo 2.

1 Los Estados miembros velarán para que las medidas adoptadas en relación con los procedimientos de recurso contemplados en el artículo 1 prevean los poderes necesarios:

a) para adoptar, lo antes posible y mediante procedimiento de urgencia, medidas provisionales para corregir la infracción o para impedir que se causen otros perjuicio a los intereses afectados, incluidas las medidas destinadas a suspender o a hacer que se suspenda el procedimiento de adjudicación del contrato público en cuestión o la ejecución de cualquier decisión adoptada por los poderes adjudicadores;

b) para anular o hacer que se anulen las cesiones ilegales, incluida la supresión de las características técnicas, económicas o financieras discriminatorias contenidas en los documentos de licitación, en los pliegos de condiciones o en cualquier otro documento relacionado con el procedimiento de adjudicación del contrato en cuestión;

c) para conceder una indemnización por daños y perjuicios a las personas perjudicadas por una infracción.

que se regula en sus arts. 1 y 2, siendo su plazo máximo de transposición el 21 de diciembre de 1991 (art. 5 D. 89/665), y que España claramente ha incumplido, resultando ya definitiva la Sentencia del Tribunal de Justicia de 15 de mayo de 2003, objeto de comentario<sup>7</sup>.

Pues bien, la Comisión al interponer el recurso por incumplimiento contra España, considera que no se garantizan tales recursos rápidos y eficaces, ni se establece tampoco un sistema adecuado de medidas cautelares. Asimismo, el primer reproche que hace la Comisión al Reino de España, se centra en la omisión que hace nuestro ordenamiento de extender el sistema de recursos garantizados por la Directiva 89/665/CEE a las decisiones adoptadas por los “poderes adjudicadores”, –entendidos estos en el sentido definido por arts. 1.1.b) de las Directivas 92/50/CEE, 93/36/CEE, 93/37/CEE–, constituidos en forma de sociedades de Derecho privado que cumplen los requisitos que definen el concepto de “organismo de derecho público”.

Veamos por tanto seguidamente, esta cuestión sobre el ámbito subjetivo de aplicación de la Directiva 89/665/CEE, y en consecuencia el ámbito subjetivo de las Directivas “sustantivas” (Directivas 92/50, 93/36, 93/37, modificadas por Directiva 97/52), cuya correspondencia procesal es la Directiva de recursos mencionada, y entre las que existe un estrecho vínculo, resultando de gran importancia traer también a colación la reciente Sentencia del Tribunal de Justicia de 16 de octubre de 2003, que nuevamente se produce en el marco de un recurso por incumplimiento del Derecho Comunitario, dirigida por la Comisión contra España, recurso que igualmente el Tribunal ha estimado, y donde se declara que la “Sociedad Estatal de Infraestructuras y Equipamientos Penitenciarios, S.A.” responde a la definición de entidad adjudicadora del art. 1.b) de la Directiva 93/37.

### **1. El ámbito subjetivo de aplicación de las Directivas “sustantivas” 92/50, 93/36, 93/37 y de la Directiva de “recursos” 89/665: doctrina jurisprudencial en relación a las sociedades mercantiles en mano pública. La reciente STJCE de 16 de octubre de 2003 (SIEPSA). El art. 2.1 y las Disposiciones adicionales sexta y décimo sexta del TRLCAP introducidos por la Ley de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social de 2003**

---

<sup>7</sup> Esta Sentencia ha sido ya objeto de análisis, GARCÍA de ENTERRÍA, E., “El Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas constata y censura dos graves quiebras de nuestro Derecho Administrativo en materia de entes sujetos al Derecho público y de medidas cautelares contencioso-administrativas (Sentencia Comisión C. España c-214/00, de 15 de mayo de 2003)”, REDA n°119 (2003); PIÑAR MAÑAS, J.L. “La aplicación a entidades privadas de la normativa de contratos pú-

Las Directivas 92/50/CEE, 93/36/CEE, 93/37/CEE, así como la Directiva 93/38/CEE estaban encaminadas a lograr la codificación de todas las Directivas existentes hasta el momento y que habían sido modificadas en diversas ocasiones al hilo de las diferentes fases de evolución del Derecho comunitario<sup>8</sup>, resultando a veces difícil saber cuáles estaban vigentes y cuales no, hasta el punto de llegar en la actualidad a la Directiva 2004/18/CE sobre contratos de suministros, obras y servicios; y la Directiva 2004/17/CE de tales contratos en los “sectores excluidos”.

En esta línea, una de las primeras preocupaciones que mostraron y, que hoy confirma la Directiva 2004/18/CE de los contratos de suministros, obras y servicios en los sectores tradicionales, fue unificar su ámbito subjetivo de aplicación y en especial el concepto de “poder adjudicador”, término con el que se alude a las entidades contratantes, centrándose en la definición del concepto de “organismo de derecho público”.

A este respecto, cabe resaltar como el Derecho Comunitario y la destacada jurisprudencia comunitaria recaída en relación a este tema han configurado una noción funcional de “poder adjudicador”, de “organismo de Derecho público”, por tanto superadora de envoltorios meramente formales, y parafraseando al Tribunal de Justicia en la Sentencia que comentamos, no haciendo *“las Directivas mención alguna al régimen público o privado, con arreglo al cual se han constituido los organismos de Derecho público ni a la forma jurídica adoptada...”*, *“este concepto (...) engloba a las sociedades mercantiles bajo control público..., sin que la forma jurídica de las entidades de que se trate tenga relevancia”*. (Fundamento 31 STJCE 15 de mayo de 2003).

---

blicos, y sobre la necesidad de prever medidas cautelares autónomas (STJCE de 15 de mayo de 2003, que condena a España en materia de contratos públicos)”, Actualidad Aranzadi nº 585, 10 de julio de 2003; DÍAZ LEMA, J.M., “Contratos públicos y Derecho español. Comentario urgente a la STJCE 15 mayo 2003”, Actualidad Administrativa nº 35 (2003); FUERTES, M., “¿Incumple el Derecho español la Directiva de recursos?” (Comentario a la Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 15 de mayo de 2003”, Unión Europea, Aranzadi, Agosto/septiembre 2003.

<sup>8</sup> A ellas se refiere SANTIAS VIADA, J.A., SANTAMARÍA PAREDES, V. y LÓPEZ BLANCO, C., El Derecho comunitario de la contratación pública, Madrid 1991, pág. 34-37; NOGUERA DE LA MUELA, B., El ámbito subjetivo de aplicación de la nueva Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, Barcelona 2001, págs. 33-42; LÓPEZ BENÍTEZ, M., “Los poderes adjudicatarios en el Derecho Comunitario y en la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas”, Noticias de la Unión Europea nº 136 (1996), págs. 58-60.

Consideraciones éstas que vienen a confirmar una vez más la postura clara y determinante que mantienen el Tribunal de Justicia en orden a calificar como organismo de derecho público a distintas entidades de Derecho privado que reúnen cumulativamente los tres requisitos enunciados en el art. 1, letra b) párrafo segundo de las Directivas 92/50, 93/36 y 93/37, estimando que la forma de constitución es indiferente a este respecto (Fundamento 54 STJCE 15 de mayo de 2003). Añadiéndose “(...) *el estatuto de Derecho privado no constituye un criterio que pueda excluir su calificación como entidad adjudicadora en el sentido del art.1, letra b) de las Directivas 92/50, 93/36 y 93/37 y, por tanto, del art.1, apartado 1 de la Directiva 89/665*” (Fundamento 55).

En este sentido, el Tribunal de Justicia recuerda en esta Sentencia (apartados 6, 29, 50, 60) aquellos pronunciamientos que le han llevado a considerar a una sociedad de derecho privado como era el caso de la “Irish Forestry Board” (“Servicio de Bosques”) poder adjudicador, “cuyos contratos públicos de suministro están sometidos al control del Estado en el sentido de la Directiva 77/62 (STJCE de 17 de diciembre de 1998, Comisión/Irlanda, 353/96)<sup>9</sup>,

---

<sup>9</sup> A este respecto, el Tribunal señaló como fue el Estado quien creó el Servicio de Bosques: fue previsto por el art. 9 de la Irish Forestry Act 1988 (Ley de bosques irlandesa de 1988); le encomendó determinadas tareas que principalmente consisten en la conservación de los bosques nacionales, mantener la industria forestal, así como el acondicionamiento de instalaciones de carácter recreativo, deportivo, educativo, científico y cultural. Asimismo, el accionista mayoritario es el Ministro de Hacienda; y fue creada esta Sociedad de derecho privado, por el Ministro de energía, que nombra a sus principales directivos y puede dirigirle instrucciones por escrito con el fin de obligarle a respetar las líneas generales de la política del Estado sobre las actividades forestales, acondicionar o conservar servicios o instalaciones determinados y conservar o utilizar terrenos determinados con fines específicos (arts. 38 de la Ley de Bosques); el Servicio de Bosques está obligado a consultar al Ministro de Hacienda sobre las actuaciones forestales en determinadas zonas de interés científico (art. 13); cada año el Servicio de Bosques deberá proponer al Ministro un programa de compraventa de terrenos (artículo 14); la creación y adquisición de filiales deberán ser aprobadas por el Ministro (letra g) del apartado 2 del artículo 15); deberá celebrarse una Junta General cuando los dos Ministros así lo propongan (punto 15 de los Estatutos), y deberán someterse al Parlamento Irlandés (artículo 30 y 31 de l Ley) el informe anula , así como el informe de inspección de cuentas del Servicio de Bosques.

En cuanto a la financiación, el capital social del servicio de bosques deberá ser aprobado por el Ministro de hacienda (art.10).

En suma, rasgos todos ellos que nos denotan como esa Sociedad de Derecho privado depende en una medida considerable de los poderes públicos y aunque no puede ser calificado como Estado o un ente público territorial, dado el control que el Estado ejerce sobre ella –tanto económico como sobre las funciones que debe cumplir el Servicio de Bosques, se le debe considerar una “autoridad pública cuyos contratos públicos de suministro están sometidos al control del Estado” en el sentido del punto VI del Anexo I de la Directiva 77/62. Por ello es un poder adjudicador y debía ordenarse la publicación del anuncio de licitación, relativo a un contrato de suministro de fertilizantes en el DOCE.

y a la Osterreichische Staatsdruckerei (“ÖS” Imprenta estatal Austriaca) organismo de Derecho público por concurrir en ella los tres requisitos recogidos en el art. 1.b) de la Directiva 93/37 (STJCE de 15 de enero de 1998, Mannesmann Anlagenban). Asimismo, importante resulta también la Sentencia de 10 de noviembre de 1998, C-360/1996, Gemeente Arnhem, Gemeente Rheden y BFI Holding BV, relativa a la aplicación del art. 1.b) de la Directiva 92/50/CEE sobre contratos públicos de servicios.

En este caso, se trataba de la recogida de residuos efectuada por una nueva persona jurídica “la sociedad anónima ARA”, creada por los municipios Arnhem y Rheden con tal propósito. En dicho asunto, se suscitaba si un contrato de recogida de residuos debía quedar sujeto a la Directiva 92/50/CEE, de contrato de servicios, postura que mantenía BFI, empresa privada dedicada a tales cometidos. Sin embargo, el Gechtshof te Arnhem (órgano jurisdiccional nacional), estimó que le era aplicable la excepción prevista en el art.6 de la Directiva 92/50, en la medida en que se consideraba que ARA era un organismo de derecho público en el sentido de la letra b) del art.1 de la mencionada Directiva.

En estas circunstancias, el Tribunal de Justicia se centró en la interpretación que debe hacerse de la definición que se da de organismo de derecho público como “todo organismo creado específicamente para satisfacer necesidades de interés general que no tengan carácter industrial o mercantil”. Puesto que, los otros dos requisitos: estar dotados de personalidad jurídica y cuya actividad dependa estrechamente del Estado, de los entes territoriales o de otros organismos de Derecho público, ya se cumplían. Al respecto, entendió que la expresión “necesidades de interés general que no tengan carácter industrial o mercantil”, quiere decir que si el legislador comunitario lo especifica es porque entiende que existen también necesidades de interés general que tienen carácter industrial o mercantil. Añadiendo que es indiferente que, además de cumplir la función de satisfacer necesidades de interés general, una entidad pueda desempeñar otras actividades, puesto que lo importante es que siga encargándose de las necesidades que está específicamente obligado a satisfacer, y que son aquéllas. En definitiva, entendió que ARA era poder adjudicador<sup>10</sup>.

---

<sup>10</sup> Asimismo resaltar que además, en virtud del art.6 de sus Estatutos, únicamente podrán ser socios de ARA personas jurídicas de Derecho público o sociedades de las que al menos el 90% de sus acciones se halle en manos de dichas personas jurídicas y, además, la propia Sociedad. Con arreglo, al art.13.2 de los Estatutos, los municipios designarán cinco de los, como mínimo siete y como máximo nueve, miembros del Consejo de Vigilancia.

Siguiendo en este orden de cosas, el broche de oro lo ha puesto en el caso español la *Sentencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea de 16 de octubre de 2003 (SIEPSA)*. En este supuesto, se trata también de una Sentencia que se produce en el marco de un recurso por incumplimiento dirigido por la Comisión contra España, y nuevamente somos condenados pero ahora por haber incumplido las obligaciones que nos incumben en virtud de la Directiva 93/37 sobre los contratos de obras, al no someternos al conjunto de las disposiciones de dicha Directiva con ocasión de la licitación relativa a la ejecución de las obras del Centro Educativo Penitenciario Experimental de Segovia, convocada por la Sociedad Estatal de Infraestructuras y Equipamientos Penitenciarios, S.A. (SIEPSA), sociedad que responde a la definición de entidad adjudicadora del art.1.b) de la Directiva 93/37.

En el presente caso, el Gobierno español y la Comisión disientan sobre si las necesidades de interés general para cuya satisfacción se creo específicamente SIEPSA<sup>11</sup> carecen de carácter mercantil, habida cuenta que este elemento se toma en cuenta necesariamente para determinar si tal entidad cumple o no el requisito contenido en el primer guión del art. 1.b) párrafo segundo de la Directiva 93/37, ya que el resto de elementos los cumplía.

A este respecto y por lo que se refiere más en particular al concepto de “necesidades de interés general que no tengan carácter industrial o mercantil”, ya tuvo el Tribunal de Justicia ocasión de precisar su alcance<sup>12</sup> en diversos pronunciamientos, se trataba ahora de aplicarlo a SIEPSA.

---

<sup>11</sup> Recordar que SIEPSA, de acuerdo con sus Estatutos, es una Sociedad estatal creada mediante acuerdo del Consejo de Ministros en 1992 bajo la forma de sociedad anónima mercantil. Está dirigida y representada por un Consejo de Administración, integrado por ocho miembros designados por la Junta General de accionistas, a propuesta de los Ministerio de Justicia, de Economía y de Hacienda. El Consejo de Administración nombra a su Presidente de entre los Consejeros propuestos por el Ministerio de Justicia.

Según se desprende de sus Estatutos, en relación a la actividad que desarrolla, esta sociedad no oferta cárceles en el mercado (inexistente) de establecimientos penitenciarios, actúa como delegada de la Administración del Estado para auxiliarla en la construcción, gestión y liquidación del patrimonio penitenciario.

<sup>12</sup> En los Fundamentos 79 a 82 de esta Sentencia el Tribunal de Justicia señala lo siguiente:

El Tribunal de Justicia declaró así que dicho concepto pertenece al Derecho comunitario y, por consiguiente, ha de recibir en toda la Comunidad una interpretación autónoma y uniforme, que debe buscarse teniendo en cuenta el contexto de la disposición en la que figura y el objetivo que persigue la normativa de que se trate (en este sentido, sentencia Adolf Truley, antes citada, apartados 36, 40 y 45).

Además, según reiterada jurisprudencia, constituyen necesidades de interés general que no tienen carácter industrial o mercantil, en el sentido del artículo 1, letra b), de las Directivas co-

Aquí, el Tribunal entiende que ha quedado acreditado que SIEPSA se creó específicamente para asumir exclusivamente, la ejecución de programas y actuaciones previstos en el Plan de Amortización y Creación de Centros Penitenciarios, a efectos de la aplicación de la política penitenciaria del Estado español. Con este fin, realiza, según se desprende de sus Estatutos, todas las actividades que resulten necesarias a efectos de la construcción, gestión y liquidación del patrimonio penitenciario de dicho Estado.

Por tanto, las necesidades de interés general que SIEPSA se encarga de satisfacer están intrínsecamente vinculadas al orden público, al constituir una condición necesaria para ejercer el poder represivo del Estado.

Este vínculo intrínseco se manifiesta, en particular, por la influencia determinante que ejerce el Estado sobre la realización de la misión encomendada a SIEPSA. Ha quedado demostrado, en efecto, que ésta ejecuta un Plan de Amortización y Creación de Centros Penitenciarios aprobado por el Consejo de Ministros y que realiza sus actividades conforme a las directrices emanadas de la Administración Pública.

Además, puesto que la aplicación de las penas es una prerrogativa del Estado, no existe un mercado para los bienes y servicios que ofrece SIEPSA en materia de planificación y creación de centros penitenciarios. Como alegó acertadamente la Comisión, actividades como la amortización y la creación de centros penitenciarios, que figuran entre los principales objetivos de

---

munitarias relativas a la coordinación de los procedimientos de adjudicación de contratos públicos, aquellas necesidades que, por una parte, no se satisfacen mediante la oferta de bienes o servicios en el mercado y que, por otra, por razones de interés general, el Estado decide satisfacerlas por sí mismo o respecto de las cuales quiere conservar una influencia determinante (véanse, en particular, las sentencias Adolf Truley, antes citada, apartado 50, y de 22 de mayo de 2003, coronen y otros, C-18/01, Rec. P. I-0000, apartado 47).

Asimismo, se desprende de la jurisprudencia que la existencia o la ausencia de una necesidad de interés general que no tenga carácter industrial o mercantil ha de apreciarse teniendo en cuenta todos los elementos jurídicos y fácticos pertinentes tales como las circunstancias que hayan rodeado la creación del organismo de que se trate y las condiciones en que ejerce su actividad, incluidas, en particular, la falta de competencia en el mercado, la falta de ánimo de lucro como objetivo principal, la no asunción de los riesgos derivados de dicha actividad, así como la eventual financiación pública de la actividad de que se trate (en este sentido, sentencias Adolf Truley, apartado 66, y coronen y otros, apartados 48 y 59, antes citadas).

En efecto, como declaró el Tribunal de Justicia en el apartado 51 de la sentencia Coronen y otros, antes citada, si el organismo opera en condiciones normales de mercado, tiene ánimo de lucro y soporta las pérdidas derivadas del ejercicio de su actividad, es poco probable que las necesidades que pretende satisfacer no tenga carácter industrial o mercantil.

SIEPSA, no están sujetas a la competencia en el mercado. Por consiguiente, dicha sociedad no puede ser considerada como un organismo que ofrezca bienes y servicios en el mercado libre, en competencia con otros operadores económicos.

En cuanto a la alegación del Gobierno español basada en el hecho de que SIEPSA realiza sus actividades con ánimo lucrativo, basta señalar que, aun suponiendo que las actividades de SIEPSA generen beneficios, queda descartada la posibilidad de considerar que la búsqueda de tales beneficios constituya en si el primer objetivo de esta sociedad.

En efecto, de los Estatutos de dicha sociedad se desprende claramente que actividades como la adquisición de inmuebles para la instalación de nuevos centros, la promoción y la ejecución de obras de urbanización y construcción o incluso la enajenación de las instalaciones desafectadas no son sino medios que SIEPSA aplica para alcanzar su principal objetivo, que consiste en contribuir a la realización de la política penitenciaria del Estado.

Teniendo en cuenta el conjunto de factores jurídicos y fácticos que regulan la actividad de SIEPSA, el Tribunal entiende que procede concluir que las necesidades de interés general para cuya satisfacción se creó específicamente dicha sociedad no tienen carácter industrial o mercantil.

De ello resulta que una entidad como SIEPSA debe ser calificada de organismo de Derecho público en el sentido del artículo 1, letra b), párrafo segundo de la Directiva 93/37 y, por tanto, de entidad adjudicadora conforme al párrafo primero de dicha disposición.

En consecuencia, la Directiva 93/37 es aplicable a los procedimientos de adjudicación de contratos públicos de obras convocados por dicha sociedad.

No resultando admisible la afirmación del Gobierno español al entender que SIEPSA estaba excluida del ámbito de aplicación de la Directiva y de la Ley 13/95 (hoy TRLCAP de 2000) ya que se regía por normas de derecho privado, siendo únicamente aplicable la Disposición Adicional Sexta, respecto de los principios de publicidad y concurrencia en los procedimientos de adjudicación de contratos que convoque, lo cual cumplía con el nuevo anuncio de licitación en los diarios de prensa nacional y local.

En suma, sentencia la del caso SIEPSA que resulta definitiva, en tanto que por vez primera y para el supuesto de sociedades mercantiles en mano públi-

ca, dependientes de la Administración española, el Tribunal de Justicia resulta tan determinante.

Pero, volviendo a la Sentencia de 15 de mayo de 2003 que es objeto de nuestro comentario resulta destacable como el Tribunal insiste en que *“es necesario señalar, además, que el efecto útil tanto de las Directivas 92/50, 93/36 y 93/37 como de la Directiva 89/665 no quedaría plenamente preservado si pudiera excluirse la aplicación de dichas Directivas a una entidad que cumpla los tres requisitos antes citados por el nuevo hecho de que, con arreglo al Derecho nacional al que está sujeta, su forma y régimen jurídico correspondan al Derecho privado”* (Fundamento 56).

Efectivamente, como venimos diciendo el Derecho Comunitario ha operado por encima de los envoltorios formales y las especialidades de personificación existentes en cada Estado miembro. Así, en ese Derecho, tal como ha puesto de relieve MASSERA<sup>13</sup> no existe una noción unitaria de Administración Pública habida cuenta el principio de autonomía institucional de los Estados miembros, de manera que el concepto comunitario de Administración Pública es un concepto cambiante, de “geometría variable”, que se ha ido forjando casi exclusivamente a través de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia.

En este sentido, y a la vista de la jurisprudencia comunitaria a la que hemos hecho breve referencia en estas páginas, la Corte siempre trata de dar al concepto de poder adjudicador un efecto útil<sup>14</sup>, es decir el contenido más adecuado para la consecución de los objetivos de la normativa de que se trate, ahora de contratación pública. De ahí las Sentencias *Amministrazione Autonoma dei Monopoli di Stato* (AMMS) *Hofner K./Macrotron GMBH* y *British Gas*, y la reciente *SIEPSA*, entre otras.

---

<sup>13</sup> MASSERA, A., “Una nozione comunitaria di pubblica amministrazione”, en *El desenvolupament del dret administratiu*, edita Escola d'Administració Pública, Barcelona 1993, pág. 55 y ss.; MORENO MOLINA, J.A., *Contratos públicos: Derecho comunitario y Derecho español*, Mc-Graw Hill, Madrid 1996, págs. 152-153; IDEM “El derecho comunitario como impulsor de la formación de un derecho administrativo común europeo. La noción comunitaria de Administración Pública”. *Noticias de la Unión Europea*, nº 169 (1999), págs. 25-28.

<sup>14</sup> PIÑAR MAÑAS, J.L., “Privatización de empresas públicas y derecho comunitario”, *RAP* nº 133 (1994), págs. 39-41; MORENO MOLINA, J.A., *Contratos...* op. cit. pág. 151; GIMENO FELIU, J.M<sup>a</sup>, “Una valoración crítica sobre el procedimiento y contenido de las últimas reformas legales en contratación pública”, *RAP* nº 144 (1997), pág. 162; NOGUERA de la MUELA, B., *El ámbito...* op. cit., pág. 141.

Por tanto el Tribunal de Justicia lleva a cabo interpretaciones que garanticen la consecución del resultado que se persigue con la Directiva, en este caso garantizar plenamente la apertura de la contratación pública. En consecuencia, según doctrina consolidada de este Tribunal el recurso a disposiciones del ordenamiento jurídico interno para limitar el alcance de las disposiciones de Derecho comunitario tendría como efecto debilitar la unidad (arts. 2 y 3. Tratado de la Comunidad Europea) y la eficacia de dicho Derecho y ello no puede admitirse<sup>15</sup>; debe operar por tanto una subordinación de los distintos Derechos administrativos nacionales a las “bases” de ese Derecho administrativo europeo<sup>16</sup> tal como se desprende del principio de lealtad consagrado en el art.10 del Tratado de la Comunidad Europea<sup>17</sup>, y que fielmente ha plasmado la STJCE de 17 de noviembre de 1993, en la que es derogado el art. 2.8 de la Ley de Contratos del Estado<sup>18</sup>, que venía siendo la apoyatura para la inaplicación de aquella ley a la actividad contractual de las entidades administrativas, públicas o privadas, que sometían su actividad al Derecho Privado; siendo aplicable también el principio de primacía según el cual en caso de colisión o contradicción ente normas nacionales y comunitarias priman o preva-

---

<sup>15</sup> Al respecto resulta muy ilustrativa la Sentencia de 16 de junio de 1987, Comisión contra Italia, 118/85, Rec. 1987, FJ 11.

En este sentido, cabe tener presente como en Francia, como ha indicado el Consejo de Estado, la noción comunitaria de “*merchés publics*” ha modificado sustancialmente la que era propia del ordenamiento francés, de forma que la normativa de la Comunidad sobre contratos públicos debe ser aplicada no sólo por los entes que tradicionalmente debían hacerlo (el Estado, las colectividades públicas locales y los “establecimientos públicos” que no tengan carácter industrial o comercial), sino también por los organismos privados con financiación pública mayoritaria, sometidos a un control de gestión por el Estado u otra Administración pública o cuyos órganos de administración o dirección estén compuestos mayoritariamente por miembros nombrados por el Estado o las colectividades públicas locales.

Al respecto, RICHER, L., “L’article 1 du Code des marchés publics doit-il-etre revise?” AJDA, julio-agosto 1994, p. 16.

<sup>16</sup> RIVERO, J., “Vers un Droit Común Euroéen: nouvelles perspectives en Droit Administratif” en *Nouvelles perspectives d’un Droit Común de l’Europe*, Florencia 1978, págs. 389-406; SCHWARZE, *European Administrative Law*, Londres 1992; GIMENO FELIU, J.M<sup>a</sup>., *Contratos públicos...* op. cit., págs. 12-13.

<sup>17</sup> GARCÍA de ENTERRÍA, E., “La Sentencia Factortame del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas”, REDA n<sup>o</sup> 67 (1990), págs. 401 y ss.

<sup>18</sup> TRAYTER JIMÉNEZ, J.M., “Consecuencias inmediatas que sobre la legislación española de contratación administrativa provoca la declaración de incumplimiento realizada en la Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 17 de noviembre de 2003”, *Noticias de la Unión Europea*, n<sup>o</sup> 121 (1995).

leen estas últimas, debiendo la Administración y los jueces aplicarlas, descartando la disposición interna, sea del rango que sea, opuesta (STJCE de 9 de marzo de 1978, Simmenthal).

Ya en el ámbito de nuestro derecho, quiero recordar como además de la importancia del efecto útil de las Directivas supra apuntado, la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (ya sea en el texto vigente del 2000, como en el de 1995 hoy derogado del que trae causa) tiene su razón de ser en el Derecho Comunitario, de manera que aquella sólo puede ser entendida correctamente en el contexto de ese Derecho, siendo la necesidad de adecuar nuestra legislación interna al ordenamiento jurídico-comunitario uno de los factores determinante, sino el principal, del nacimiento de aquel texto legal en su versión de 1995, tal como declaraba su Exposición de Motivos<sup>19</sup> y que ha pasado al actual TRLCAP de 2000. Verdaderamente, este ha sido el factor clave de la reforma, y un aspecto altamente positivo de la influencia de la normativa comunitaria en la legislación de contratación, lo tenemos en su ámbito subjetivo de aplicación, que se ha realizado con los mimbres del Derecho Comunitario. Ahora bien, ello, ha producido unos efectos que ya apunté en anteriores trabajos<sup>20</sup> y que tanto la Sentencia que comentamos como la de 16 de octubre de 2003 (SIEPSA) han venido a confirmar. Veamos a continuación

---

<sup>19</sup> Recordemos que las causas que justificaron la promulgación de la Ley 13/1995, de 18 de mayo eran la necesidad de vertebrar una legislación básica que diese cauce a los imperativos del art. 149.1.18 CE; la codificación de la regulación existente; la lucha contra la corrupción y la necesidad de adecuar nuestra legislación al ordenamiento jurídico comunitario de la contratación.

PIÑAR MANAS, J.L., "El derecho comunitario de la contratación pública, marco de referencia de la nueva ley" en Comentario a la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (AA.VV.) Director: R. Gómez-Ferrer Morant, Vivas, Madrid 1996, pp. 21-22; SAINZ MORENO, F., "Los temas objeto de debate en la nueva Ley", en Comentario... cit. pp. 54-57; PADROS, X., y FORTUNY, J., Legislación básica sobre contractes: La Llei de contractes... op. cit., p. 23; SILVA DE LAPUERTA, R., y CALVO VÍAZ, G., "El Derecho Comunitario europeo y la LCAP" en Derecho de los Contratos públicos. Estudio sistemático de la Ley 13/1995, de 18 de mayo, de Contratos de las Administraciones Públicas, (AA.VV.), Coordinación: Pendas, B., Edit. Praxis, Barcelona 1995, pp. 103-125; ENTRENA CUESTA, R., "Aspectos generales de la nueva Ley de Contratos de las Administraciones Públicas" en Contratación Pública II. Segundas Jornadas de Valladolid, 25-26 de enero de 1996, Coordinadores: MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ, J.L., y LAGUNA DE PAZ, J.C., Edit Marcial Pons, Madrid 1997, p.17; MARTÍN-RETORTILLO, S.; "Reflexiones sobre la huida op.cit. p. 45; IDEM. El Derecho Civil en la génesis del Derecho Administrativo y de sus instituciones, Edit. Civitas, Madrid 1996, p. 223.

<sup>20</sup> NOGUERA de la MUELA, B., El ámbito... op. cit. in totum. Igualmente BAÑO LEÓN, J.M<sup>a</sup>, "La influencia del Derecho comunitario en la interpretación de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas", RAP nº 151 (2000).

tales efectos al hilo de la reforma del TRLCAP introducida por la Ley de Acompañamiento de la Ley de Presupuestos de 2004, Ley 62/2003, de 30 de diciembre.

## **2. El art. 2.1. y las Disposiciones Adicionales Sexta y Decimosexta del TRLCAP introducidos por la Ley de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social de 2003**

Efectivamente, como consecuencia del fallo condenatorio recogido en la STJCE de 15 de mayo de 2003 en la Ley de Medidas Fiscales Administrativas y del Orden Social de 2003 (Ley 62/2003) se ha dado nueva redacción al art. 2.1 y Disposición Adicional Sexta del TRLCAP de 2000 (ámbito subjetivo) adicionándose una nueva Disposición Adicional decimosexta bajo la rúbrica “Recursos en materia de contratos de las sociedades sujetas a esta Ley”, así como un art.60 bis relativo a “Medidas provisionales”, al que tendremos ocasión de referirnos más adelante al abordar esta cuestión; constituyendo todos ellos legislación básica dictada al amparo del art. 149.1.18 CE según preceptúa el art. 67.5 de la Ley 62/2003.

Nuevamente por tanto, nos enfrentamos a un nuevo diseño del ámbito subjetivo de aplicación de la Legislación de Contratos y una vez más debemos plantearnos si con esta redacción se pone fin o no al escapismo constante, poniendo de relieve también si estimamos necesaria alguna otra reforma.

Ello no obstante, con carácter previo quiero resaltar como una y otra vez hemos contemplado como diferentes Leyes, estatales y autonómicas, ofrecen soluciones que no armonizan con la LCAP, Ley general y básica. A nuestro juicio, ello no es de recibo, ni Estado ni Comunidades Autónomas pueden a su arbitrio excluirse de la Ley de Contratos, ya que si así fuera tal Ley dejaría de ser básica (art. 149.1.18 CE) y los arts. 1, 2, Disposición Adicional Sexta gozaban (Disposición Final Primera) y gozan de tal característica, teniéndola también en la actualidad esa nueva Disposición Adicional decimosexta, y van dirigidos por tanto a establecer un denominador común normativo que garantice una posición jurídica igualmente común de todos los ciudadanos ante todas las Administraciones en su actividad contractual.

En consecuencia, el Estado cuando dicta normas uniformes para todas las Administraciones Públicas en virtud del art. 149.1.18 de la Constitución, queda vinculado por esas normas básicas y no puede legítimamente dictar leyes

posteriores que deroguen de forma singular la regla común, puesto que la función constitucional de tal norma básica es garantizar un *status* uniforme<sup>21</sup>.

Así pues, tal como afirma BAÑO LEÓN, “el juez que se enfrente ante una norma estatal posterior que no tienen carácter básico, contradictoria de una norma básica del Estado no puede aplicar esta última sin vulnerar la Constitución. El juez que se encuentre ante este conflicto, debe plantear cuestión de inconstitucionalidad sobre la ley posterior salvo que sea posible conciliar las interpretaciones de ambas leyes: en ese caso debe prevalecer la norma básica anterior, pues se trata de un conflicto de interpretación entre leyes que corresponde dilucidar al juez ordinario y no propiamente al juez constitucional”<sup>22</sup>.

Si se trata por tanto de un conflicto entre dos normas estatales, debe aplicarse el principio de auto vinculación del Estado a su normativa básica. Tal como indicó certeramente BAÑO LEÓN, “este plusvalor de la Ley básica estatal frente a normas posteriores, se transforma en una prevalencia de la norma básica en caso de conflicto frente a la norma estatal posterior. No juega en tal situación ni la regla de la derogación de la ley posterior ni el principio de especialidad, aplicación de la ley especial ante la general. Sencillamente y con fundamento en el principio de lealtad constitucional y en el propio carácter de la norma básica, la ley estatal posterior es inconstitucional”<sup>23</sup>.

Luego volviendo a la Ley de Contratos, remarcar que ni Estado ni Comunidades Autónomas pueden pasar por alto la legislación básica estatal que define el ámbito subjetivo de la normativa sobre contratos. Y si ya hemos indica-

---

<sup>21</sup> GÓMEZ-FERRER MORANT, R., en “Relaciones entre leyes: competencia, jerarquía y función constitucional” RAP nº 113 (1987), pág. 23 “las relaciones entre las leyes del Estado no pueden explicarse únicamente en virtud del principio de competencia o de jerarquía. Es preciso completarlas con la idea de la función que cumple cada Ley en el sistema jurídico de acuerdo con la Constitución, que es la clave para dar razón de la superioridad de unas leyes sobre otras, en los supuestos en que ni uno ni otro principio permiten resolver cual es la Ley que debe prevalecer cuando dos o más leyes inciden en la regulación de una misma materia”.

Asimismo el Tribunal Constitucional ha señalado como es la especial función constitucional –en tal caso- de la Ley de Bases de Régimen Local la que justifica la subordinación a la misma de la legislación de las Comunidades Autónomas y también de la legislación sectorial del Estado (SSTC 220/1988, de 24 de noviembre, 259/1988 y 148/1991 entre otras).

<sup>22</sup> BAÑO LEÓN, J.M<sup>a</sup>, “La influencia...” op. cit. pág. 23.

<sup>23</sup> BAÑO LEÓN, J.M<sup>a</sup>, “La influencia...” op.cit., pág. 24.

do, qué sucede si se trata de una ley estatal la que introduce la singularidad en el campo de la contratación para una determinada entidad, debemos también destacar que si es una Ley autonómica la que excluye al ente de que se trate, de la aplicación del art.1 y art.2 de la Ley de Contratos, aquella norma será inconstitucional y se verá desplazada en virtud del principio de prevalencia de la ley estatal (art. 149.3 CE).

Veamos ahora, por tanto, cual es la nueva redacción del art. 2.1, Disposición Adicional Sexta y Disposición Adicional Decimosexta del TRLCAP de 2000 (art. 67 Ley 62/2003):

El art. 2.1 queda con la siguiente redacción:

*“1. Las entidades de derecho público no comprendidas en el ámbito definido en el artículo anterior y las sociedades de derecho privado creadas para satisfacer específicamente necesidades de interés general que no tengan carácter industrial o mercantil siempre que, además, concurra alguno de los requisitos contenidos en el párrafo b) del apartado 3 del artículo anterior quedarán sujetas a las prescripciones de esta ley relativas a la capacidad de las empresas, publicidad, procedimientos de licitación y formas de adjudicación para los contratos de obras, suministros, consultoría y asistencia y servicios de cuantía igual o superior, con exclusión del Impuesto sobre el Valor Añadido, a 6.242.028 euros (equivalente a 5.000.000 derechos especiales de giro(, si se trata de contratos de obras, o a 249.681 euros (equivalente a 200.000 derechos especiales de giro), si se trata de cualquier otro contrato de los mencionados”.*

La disposición Adicional Sexta, bajo la rúbrica *“Principios de contratación en el sector público”* resulta del siguiente tenor:

*“La sociedades a que se refiere el apartado 1 del artículo 2, para los contratos no comprendidos en el mismo, ajustarán su actividad contractual a los principios de publicidad y concurrencia, salvo que la naturaleza de la operación a realizar sea incompatible con estos principios”.*

Finalmente se introduce una nueva Disposición Adicional decimosexta con el siguiente contenido:

*“Disposición adicional decimosexta. “Recursos en materia de contratos de las Sociedades sujetas a esta ley”.*

*“A efectos de reclamaciones y recursos en relación con los contratos a que se refiere el apartado 1 del artículo 2 de esta ley se tendrá en cuenta lo dispuesto en el artículo 51*

*de la Ley 48/1998, de 30 de diciembre, sobre procedimientos de contratación en los sectores del agua, la energía, los transportes y las telecomunicaciones, por la que se incorporan al ordenamiento jurídico español las Directivas 93/38/CEE y 92/13/CEE”.*

La lectura de estos preceptos, me llevan a realizar las siguientes reflexiones generales:

a) En primer término, me llama la atención que nada se diga del art. 1.3 TRLCAP y se mantenga intacta su redacción respecto a la referencia a las “Entidades de Derecho Público”, tras la irrupción hace ya bastante tiempo de la LOFAGE para la Administración institucional estatal, por cuanto, insisto, guarda silencio sobre ese precepto la Ley de Medidas Fiscales de 2003.

b) En segundo término, respecto al art. 2 el legislador continúa rubricando este precepto bajo el rótulo “Adjudicación de determinados contratos de Derecho Privado”, cuando en el contenido del mismo se hace referencia a contratos que el TRLCAP en su art.5 considera como contratos administrativos (obras, suministros, servicios, consultoría y asistencia), y a los que se les aplica la teoría de los actos separables de los contratos privados de las Administraciones.

En su apartado 1, que ha sido objeto de reforma, de una parte se continúa hablando de “entidades de derecho público no comprendidas en el ámbito definido en el artículo anterior”, esto es el art. 1.3., y de otra, se incluyen ahora a las sociedades de derecho privado que tengan la condición de “poder adjudicador” por reunir los requisitos del art. 1.b) Directivas 92/50, 93/36, 93/37 al conceptualizar la noción de “organismo de derecho público” y que nuestro legislador ha transpuesto literalmente en el art. 1.3. TRLCAP, sometién-dolas a las prescripciones de esta Ley sobre capacidad de las empresas, publicidad, procedimientos de licitación y formas de adjudicación respecto de ciertos contratos siempre que su importe sea igual o superior a un determinado umbral presupuestario. En cuanto a la exigencia de que “la principal fuente de financiación de dichos contratos proceda de transferencias o aportaciones de capital provenientes directa o indirectamente de las Administraciones Públicas”, que se contenía en el art. 2.1.b) TRLCAP, entendemos que no sigue vigente, ha sido implícitamente derogada, ya que de lo contrario en la Ley 62/2003 se hubiera expresamente recogido favoreciendo así el que entre esas “entidades de derecho público no comprendidas en el art. 1.3 TRLCAP” se incluyan entidades, como entidades públicas empresariales (EPES), que tengan carácter industrial o mercantil, siendo indiferente que estén o no financiadas en su actividad de forma directa o indirecta (lo que permite incluir toda clase

de dotaciones patrimoniales) por las Administraciones Públicas, a las que en todo caso se aplicará el nuevo art. 2.1.

Luego, para que se aplique parcialmente la normativa de contratación pública (normas sobre capacidad de las empresas, publicidad, procedimientos de licitación y formas de adjudicación) debe tratarse de contratos de obras, suministros (que constituye una novedad), consultoría y asistencia, y servicios, a los que se añade una exigencia cuantitativa sobre el importe de dichos contratos: 5.000.000DEG si se trata de contratos de obras, y 200.000 DEG para el resto de contratos mencionados. Si no concurren tales circunstancias, no se aplicará ni tan siquiera de forma parcial la legislación de contratos.

Hecho, este último que no creemos sea inhabitual, y así basta con pensar en que el umbral presupuestario sea inferior a las cantidades que se prevén en el art. 2.1, en tal caso lo que en el Derecho comunitario es facultativo (porque no olvidemos las Directivas son instrumentos normativos “de mínimos”, se busca alcanzar un resultado común), se convierte en preceptivo en el Derecho interno por una transposición que tienen el efecto de inaplicación obligatoria de la LCAP.

Por el contrario, si se trata de un contrato de concesión de obra pública resulta capital el art. 220.5 TRLCAP donde se indica que el régimen de ese contrato previsto en el Título V es aplicable a todas las entidades de derecho público “cualquiera que sea su régimen jurídico de contratación y denominación”, por tanto también sociedades en mano pública.

Al hilo de todo ello, creo de interés traer también a colación que si nos encontramos ante la realización de alguna de las actividades enumeradas en el art. 3 de la Ley 48/98, más alguno de los contratos incluidos en el art.5 Ley 48/98 y dentro de los umbrales cuantitativos (art.8) se aplicará la Ley 48/98 a esas entidades de derecho público del art. 2.1.a) Ley 48/98, y empresas públicas del art. 2.1.c) Ley 48/98, suscitándonos ciertos interrogantes la redacción que sigue vigente en la Disposición Adicional Undécima del TRLCAP del 2000 al afirmar:

*“2. Las entidades públicas incluidas en el ámbito de la Ley 48/1998, de 30 de diciembre, se regirán, en lo no previsto en la misma, por sus normas de contratación específicas.*

*El Ministerio al que estuvieran adscritas las citadas entidades podrá aprobar, cuando el régimen de contratación de las mismas sea el de derecho privado, normas o condi-*

*ciones generales a fin de asegurar la homogeneización de ésta y el respeto a los principios de publicidad, concurrencia y no discriminación de la contratación del sector público. El repertorio de las normas o condiciones generales deberá ser informado preceptivamente por el Servicio Jurídico del Estado.”*

El punto 2 de esta Disposición nos plantea diversos interrogantes: ¿Cuáles son las “entidades públicas” incluidas en el ámbito de la Ley 48/98?; ¿estamos favoreciendo una vez más la singularidad de cada una de estas entidades, al preceptuar que “en lo no previsto en la Ley 48/98, se regirán por sus normas de contratación específicas”? Estimamos que lo que debería decir es que debe sujetarse al TRLCAP y así zanjar el escapismo constante. Y en tercer lugar, ¿qué efecto produce la previsión recogida en el párrafo segundo el punto 2. de la Disposición Adicional Undécima del TRLCAP del 2000? Parece que se refiere por ejemplo al caso de AENA, cuya Disposición Adicional 4ª de la Ley 48/98 expresamente para ella señala que en lo no previsto en esa Ley, “ajustará su régimen de contratación al derecho privado”.

Si bien, esta previsión, el TRLCAP de 2000 la está haciendo extensiva para cualquier entidad pública incluida en la Ley 48/98 al afirmar que en lo no previsto en la misma, se regirán por sus normas de contratación específicas<sup>24</sup>.

Asimismo, quiero resaltar como el art. 2.2. del TRLCAP que mantiene la redacción que tenía, continua pudiendo ser de aplicación a las sociedades mercantiles en mano pública<sup>25</sup> extendiéndose también a sujetos privados como consecuencia de la subvención que perciben<sup>26</sup>, cuando en aquel, se preceptúa:

---

<sup>24</sup> NOGUERA de la MUELA, B., “Las Directivas Comunitarias de “sectores excluidos” y la Ley 48/98, de 30 de diciembre: ámbito de aplicación y procedimientos de conciliación”, Noticias de la Unión Europea nº 205 (2002), pág. 128-129.

<sup>25</sup> NOGUERA de la MUELA, B., El ámbito... op. cit. Pág. 123, donde sostenía esta tesis, indicando específicamente como GISA (“Gestió d’Infraestructures S.A.) tendría ahí cabida.

<sup>26</sup> LÓPEZ BENÍTEZ, M., ob.ult.cit. pág. 61; ENTENA CUESTA, R., “Aspectos generales...,” op. cit. p.21; GARCÍA DE ENTERRÍA, E., ob.ult.cit., p.114; GIMENO FELIU, J.Mª, El control..., op. cit. pp.135-136, afirma “en este caso, por la intensidad de la relación de especial sujeción derivada por la obtención de una medida de fomento de desarrollo económico se acude... al dato funcional de quién es el que realmente financia o asume el costo principal de dicho contrato, entendiéndose que en estos casos nos encontramos con la presencia indirecta pero decisiva de un poder público”.

En relación a la incidencia de la obtención de una medida de fomento de desarrollo económico sobre la gestión empresarial de una empresa puede consultarse a MARTÍN-RETORTILLO, S.,

*“2. Quedan sujetos a las prescripciones a que se refiere el apartado anterior los contratos de obras de la clase 50, grupo 502, de la Nomenclatura General de Actividades Económicas de las Comunidades Europeas (NACE), los de construcción relativos a hospitales, equipamientos deportivos, recreativos o de ocio, edificios escolares o universitarios y a edificios de uso administrativo, y los contratos de consultoría y asistencia y de servicios que estén relacionados con los contratos de obras mencionados, cuando sena subvencionados directamente por la Administración con más del 50 por 100 de su importe, siempre que éste, con exclusión del Impuesto sobre el Valor Añadido, sea igual o superior a 5.000.000 de euros, si se trata de contratos de obras, o a 200.000 euros, si se trata de cualquier otro contrato de los mencionados.”*

Ampliación, por consiguiente, del ámbito subjetivo del TRLCAP, por razón del objeto de la contratación que realicen y si han obtenido una ayuda pública o subvención para ello superior al 50% del importe.

c) El tenor literal de la actual Disposición Adicional Sexta del TRLCAP suscita diversas consideraciones.

Primeramente, tal como indicaba PÉREZ MORENO<sup>27</sup>, volvemos a plantearnos la diferencia que existe entre los “principios de contratación en el sector público”, “principios de esta Ley”, que invoca el art. 3.2. del TRLCAP, y los principios a los que se sujetan los contratos de las Administraciones Públicas, que según el art. 11 del TRLCAP son “los de publicidad y concurrencia, salvo la excepciones establecidas por la presente Ley y, en todo caso a los de igualdad y no discriminación”<sup>28</sup>. Debemos destacar, la generalización de estos últi-

---

Derecho Administrativo Económico, I, Madrid 1988, p.459. Téngase en cuenta que las medidas de fomento son utilizadas con frecuencia por el Estado, por cuanto se trata de uno de los procedimientos más eficaces de promoción y reactivación de la iniciativa privada –clave en el desarrollo de la economía de un país– a la vez que supone un auténtico cauce por el que el Estado puede dirigir y orientar la actividad económica del país, adecuándola a la específica coyuntura económica del momento. De esta manera, el fomento se constituye en fórmula de potenciación del sector económico privado y permite la ordenación del mismo por los poderes públicos, sin acudir a otras técnicas de intervención directa. Sobre la operatividad e incidencia de estas medias pueden verse principalmente los siguientes trabajos: FERNÁNDEZ FARRERES, G., La subvención: concepto y régimen jurídico, IEF, Madrid 1983; DÍAZ LEMA, J.M., Subvenciones y crédito oficial en España, IEF-ICO, Madrid 1985.

<sup>27</sup> PÉREZ MORENO, A., La contratación... op. cit. Pág. 868.

<sup>28</sup> GARCÍA TREVIJANO, J.A., “Disposiciones comunes a los contratos administrativos. En especial, el precio y su revisión” en Derecho de los Contratos Públicos Estudio sistemático de la Ley 13/1995, de 18 de mayo, de Contratos de las Administraciones Públicas, coord. PENDAS, B., Edit

mos, que son expresión de un valor esencial de ordenamiento jurídico (arts. 1, 14 y 149.1.1. CE), y resulta no justificable que actividades públicas se gestionen mediante sociedades mercantiles de las Administraciones Públicas y, que en sus relaciones contractuales no se sometan a los principios de igualdad y no discriminación. A mayor abundamiento, esta endeble sujeción a los principios de publicidad y concurrencia puede excepcionarse, siempre que la naturaleza de la operación a realizar resulte incompatible con los meritados principios.

En segundo lugar, cabe advertir como la nueva redacción de esta Disposición se refiere a las sociedades de derecho privado del actual apartado 1 del art. 2 TRLCAP, esto es, a las sociedades de derecho privado que son “poder adjudicador” en el sentido del Derecho Comunitario, pues bien éstas “para los contratos no comprendidos en el art. 2.1”, por tanto parece que cuando se trate de obras, suministros, consultoría y asistencia, y servicios que estén por debajo del umbral presupuestario indicado en el art. 2.1. “ajustarán su actividad contractual a los principios de publicidad y concurrencia salvo que la naturaleza de la operación a realizar sea incompatible con estos principios”. Es evidente que así, no se aplica esta Disposición con carácter residual,<sup>29</sup> ni se pone freno a escapar de las reglas de contratación.

Este precepto debería entrar en juego cuando el ente contratante se comporte como un auténtico agente económico, desprovisto de funciones administrativas. En tal caso, estas “empresas públicas” deberán observar el Derecho de la competencia e implicará que se sometan por tanto a las mismas cargas sociales, fiscales, financieras y de cualquier índole, a fin de no gozar de privilegios que falseen el juego de la libre competencia del mercado, vulnerándose los arts. 81, 82 y 87 del Tratado de la Comunidad Europea<sup>30</sup>, y en tal caso,

---

Praxis, S.A., Barcelona 1995, pp. 259-267, afirma que los principios de publicidad, concurrencia, igualdad y no discriminación son referibles a todo tipo de contratos, privados o públicos de las Administraciones por afectar a la parte separable de la contratación administrativa. Asimismo, el art.11 LCAP que los recoge es norma básica, lo que comporta que ninguna norma autonómica ni local pueda eliminar la imperativa observancia de tales principios, de forma que sólo el propio legislador estatal podría, mediante una norma básica, excepcionarlos (y además siempre que haya razones justificadas y proporcionadas a la medida, pues de otra forma se vulneraría la normativa comunitaria sobre contratos y la propia constitución Española). Entre las excepciones, podemos citar entre otras, los contratos celebrados por entidades privadas participadas mayoritariamente por otras públicas, los contratos privados de las Entidades públicas.

<sup>29</sup> NOGUERA de la MUELA, B., *El ámbito...* op. cit. pág. 147; GIMENO FELIU, J.M<sup>a</sup>, *Contratos...* op. cit. pág. 61; BAÑO LEÓN, J.M<sup>a</sup>, “La influencia...” op. cit. pág. 31

<sup>30</sup> GIMENO FELIU, J.M<sup>a</sup>, *Contratos...* op. cit., pág. 71.

sí bastará aplicar los principios de publicidad y concurrencia en los términos que prevé la Junta Consultiva de Contratación Administrativa en su Informe de 24 de octubre de 1995 al afirmar:

“(…) sobre la sujeción a los principios de publicidad y concurrencia no pueden darse soluciones concretas ya que será la propia empresa la que deberá decidir la manera más adecuada de dar efectividad a los mismos, sin que para ello sea necesario, aunque si posible acudir a las normas concretas (plazos, supuestos de publicidad, procedimiento negociado, prohibiciones de contratar, etc…) que contiene la LCAP”.

Por consiguiente, en ese supuesto tales Sociedades pueden optar por dar cumplimiento a los principios que les incumben según prescriben las normas legales de la LCAP o bien hacerlo de manera diferentes a las previstas en aquéllas.

Por el contrario, el tenor literal de la Disposición Adicional Sexta sigue, demostrando que está por debajo de los estándares del Derecho Comunitario en esta materia, no consiguiéndose poner coto definitivo a la huida de los controles públicos en materia de selección del contratista y de los criterios de adjudicación del contrato.

d) Finalmente, a la vista de la Disposición Adicional Decimosexta, podemos afirmar que se consagra la doctrina de los actos separables para los contratos celebrados por las “sociedades sujetas a esta Ley” (dice la rúbrica de la disposición citada), esto es por las sociedades en mano pública que son poder adjudicador; llevando al ámbito del Derecho Administrativo y de la Jurisdicción contencioso-administrativa, el procedimiento de selección del contratista y adjudicación de contratos mediante una remisión al art. 51 de la Ley 48/98 de los sectores excluidos (energía, agua, transportes y telecomunicaciones) donde se encarga a los propios órganos de contratación de las Administraciones Públicas el control de la observancia de los principios del art. 10 por todas las entidades, públicas y privadas, sujetas a ella, a cuyos efectos les atribuye la competencia para resolver las reclamaciones que puedan formularse por terceros interesados a causa de la infracción de lo dispuesto en sus normas, así como para acordar las medidas cautelares que en cada caso resulten necesarias para asegurar la eficacia de las resoluciones correspondientes y para fijar las indemnizaciones que procedan (art. 51). Esas resoluciones serán directamente ejecutivas y podrán ser ejecutadas por la vía de apremio, sin perjuicio de su impugnación en la vía contencioso-administrativa (art. 64).

Por consiguiente se configura un “recurso de alzada impropio” (donde se puede controlar la objetividad de los criterios, la ponderación de éstos y métodos de valoración empleados) frente a decisiones de entidades privadas, ampliándose el ámbito de la jurisdicción contencioso-administrativa; y asimismo se consagra la doctrina de los “actos separables” para el supuesto de contratos celebrados por entidades privadas, que por mor de tal precepto verán como los actos preparatorios del contrato y el acto de adjudicación podrán ser impugnados ante los Tribunales de lo contencioso-administrativo. Pues bien hoy, ello se hace extensible también a las sociedades mercantiles en mano pública sujetas a la LCAP, produciéndose de facto una modificación de la LJCA de 1998 y de la LPAC de 1992, para aquellas que deberán motivar la no adjudicación de un contrato, someterse al régimen de notificaciones y recursos.

Igualmente, se echa en falta una cláusula general en la Ley de la Jurisdicción contencioso-Administrativa de 1998 que permitiera el enjuiciamiento por los Tribunales de lo contencioso-administrativo cuando se tratara de acciones relacionadas con “obras y servicios públicos de toda especie” tal como decía el art. 3.a) de la Ley Jurisdiccional de 1956.

Hoy, a diferencia del decaído Proyecto de la LJCA de 30 de septiembre de 1995 que sí lo recogía, nada dice sobre ello la LJCA de 1998, continuando vigentes regulaciones del tenor del art. 158 de la Ley 13/1996, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del orden social donde se habilita al Gobierno para crear determinadas Sociedades mercantiles cuyo objeto sea la ejecución y explotación de determinadas obras públicas (carreteras y obras hidráulicas), con la posibilidad expresa de que tal ejecución pudiera llevarse a cabo mediante contratación con terceros o con ayuda de tales contrataciones, que expresamente se someten a ciertas reglas de la contratación pública, (capacidad de las empresas, publicidad, procedimiento de licitación y formas de adjudicación) (art.2 LCAP) e incluso se señala como competente para conocer las cuestiones que se susciten en la –preparación y adjudicación– de esos contratos al orden jurisdiccional contencioso-administrativo, aplicándose así la doctrina de los actos separables<sup>31</sup> incluyéndose en tal expresión las prescripciones más atrás indicadas en el art. 2 del TRLCAP.

Dato que también se recoge en el art. 132.3.3º de la Ley de Aguas de 2001 cuando dispone:

---

<sup>31</sup> MARTÍN-RETORTILLO, S., Comentario del art. 2, REDA nº 100, pág. 85.

*“3. En los contratos que las sociedades estatales a las que se refiere este artículo concluyan con terceros para las construcciones de las obras públicas hidráulicas se observarán las reglas siguientes:*

*3º El orden jurisdiccional contencioso-administrativo conocerá de las cuestiones que se susciten en relación con la preparación y la adjudicación”.*

### **3. En relación a la tutela cautelar<sup>32</sup> contractual. El art. 60 bis del TRLCAP introducido por la Ley de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social de 2003**

Como es sabido, la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas de 1995 –también el Texto Refundido del 2000–, se abstuvo de incorporar la Directiva 89/665/CEE donde se establece un sistema de recursos “rápido y eficaz” que hace especial hincapié en el establecimiento de medidas provisionales encaminadas a suspender de los procedimientos de adjudicación o de ejecución las decisiones de los poderes adjudicadores, que pudieran estar incurridas en alguna infracción de los principios de transparencia y no discriminación que inspiran la regulación de dichas procedimientos; cuya brevedad, subraya la Directiva, es incompatible con la larga duración de los procesos en la vía jurisdiccional<sup>33</sup>.

---

<sup>32</sup> De gran interés entre otros: GARCÍA DE ENTERRÍA, E., *La batalla por las medidas cautelares*, Madrid 1995; CHINCHILLA MARÍN, C., *La tutela cautelar en la nueva justicia administrativa*, Madrid 1993; TORNOS MAS, J., “Suspensión cautelar en el proceso contencioso-administrativo y doctrina jurisprudencial, REDA nº 61; BACIGALUPO, M., *La nueva tutela cautelar en el contencioso-administrativo*, Madrid 1999; RUIZ PIÑEIRO, F.L., *Las medidas cautelares en la Ley 29/1998, de 13 de julio, de la jurisdicción contencioso-administrativa. Análisis doctrinal y jurisprudencial*, Elcano (Navarra) 1991; GARCÍA DE ENTERRÍA, E., “Aún sobre la reforma de la justicia administrativa y el modelo constitucional. Nota última”, REDA nº 93 (1997); SÁNCHEZ MORÓN, M., LEGUINA VILLA, J., y ORTEGA ÁLVAREZ, L., *¿Parón a la reforma de la justicia administrativa?*, Otrosí de octubre de 1996; IDEM “La polémica con el profesor García de Enterría” en Otrosí de octubre de 1996; ORTEGA ÁLVAREZ, L., en el prólogo al libro de N. GARRIDO, *El acto de gobierno. Un análisis en los ordenamientos francés y español*, Barcelona 1997.

GARCÍA DE ENTERRÍA, E. y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T.R., *Curso...* op. cit. pág. 646; BAÑO LEÓN, J.M., *Proyecto de Ley...* op. cit. pág. 69; IDEM “Las medidas cautelares en el recurso contencioso-administrativo. Particular referencia al urbanismo, medio ambiente y contratación administrativa” en *Medidas Cautelares en la Jurisdicción Contencioso-Administrativa*, Madrid 1999, pág. 269.

<sup>33</sup> TORNOS MAS, J., “La situación actual del proceso contencioso-administrativo” RAP nº 122 (1990), Págs. 103 y ss.; GONZÁLEZ PÉREZ, J. *Los obstáculos del acceso a la justicia administrativa*, REDA, nº 83 (1994), pág. 358; GARCÍA DE ENTERRÍA, E., “Jurisdicción contencioso-admi-

Pues bien, el legislador español, a resultados de la Sentencia del Tribunal de Justicia de 15 de mayo de 2003, y al no estar recogidas las exigencias de tal Directiva en nuestras Leyes de Procedimiento y procesales, ha introducido un nuevo artículo –el art. 60 bis– en la Ley de Contratos de 2000 regulando las “medidas provisionales” en materia de contratación pública, y cuya letra es la siguiente:

*“1. Los interesados en concurrir a un procedimiento de adjudicación y, en todo caso, los licitadores, podrán solicitar la adopción de medidas provisionales para corregir la infracción alegada o para impedir que se causen otros perjuicios a los intereses afectados, incluidas las medidas destinadas a suspender o a hacer que se suspenda el procedimiento de adjudicación del contrato en cuestión, o la ejecución de cualquier decisión adoptada por los órganos de contratación*

*Esta solicitud podrá formularse con independencia de que se interponga el recurso correspondiente.*

*2. Serán órganos competentes para adoptar en su caso, tales medidas provisionales los que lo sean para conocer de los correspondientes recursos, cualquiera que sea su clase.*

*3. El plazo para solicitar la adopción de las medidas citadas será de cinco días a contar desde la fecha de la infracción alegada, debiendo resolverse, de forma motivada, en un plazo de 10 días, entendiéndose denegada en el supuesto de no recaer resolución expresa.*

*Contra dicha resolución no cabrá recurso, sin perjuicio de los que procedan contra las resoluciones que se dicten en el procedimiento principal.*

*4. Cuando de la adopción de las medidas provisionales puedan derivarse perjuicios de cualquier naturaleza, la resolución podrá imponer la constitución de caución o garantía suficiente para responder de ellos, sin que aquellas produzcan efectos hasta que dicha caución o garantía sea constituida”.*

En principio, podemos afirmar que su redacción, salvo en determinados puntos que después indicaré, responde de forma satisfactoria a lo preceptua-

---

nistrativa”, Enciclopedia Jurídica Básica, Madrid, págs. 3869-3870; GONZÁLEZ VARAS, S., El Derecho Administrativo (...) op. cit. págs. 225-226; RAZQUÍN LIZARRAGA, M.M<sup>a</sup>, Contratos públicos (...) op. cit., págs. 274 y ss.; GIMENO FELIU, J.M<sup>a</sup>, El control de la contratación (...) op. cit. págs. 64 y ss., 83 y ss.; BAÑO LEÓN, J.M<sup>a</sup>, Proyecto de Ley de Contratos (...) op. cit. págs. 68 y ss.; GARCÍA DE ENTERRÍA, E., Democracia, jueces y control de la Administración, Madrid 1996, págs. 294-297; BACIGALUPO, M., La nueva tutela cautelar... op.cit., págs. 85-88.

da por la Directiva 89/665, aunque también es cierto que incurre en ciertas irregularidades que no son de recibo y a las que me referiré con posterioridad.

En primer término, quiero resaltar que con esta regulación se están “en parte” dotando a los posibles contratistas de mecanismos jurídicos eficaces con los que prevenir posibles disfuncionalidades en los procedimientos de contratación pública<sup>34</sup>.

Así, “en todo caso los licitadores”, pero también “los interesados en concurrir en un procedimiento de adjudicación”, podrán solicitar la adopción de medidas provisionales –preveyéndose por tanto una amplísima legitimación– “para corregir la infracción alegada” (parece que tiene cabida cualquier cuestión sobre el procedimiento elegido, publicidad, respecto a los criterios objetivos de selección,...), o “para impedir que se causen otros perjuicios a los intereses afectados, incluidas las medidas destinadas a suspender o a hacer que se suspenda el procedimiento de adjudicación del contrato o la ejecución de cualquier decisión adoptada por los órganos de contratación”. Un procedimiento de protección cautelar tanto suspensiva como positiva.

Asimismo, se deduce del art. 60.bis.1. in fine que “estas medidas pueden solicitarse con independencia de que se interponga el correspondiente recurso”, y en consecuencia pueden acogerse antes de que se interponga cualquier recurso sobre el fondo<sup>35</sup> dando así pleno cumplimiento a la Sentencia de 15 de mayo de 2003 y en concordancia también con la STJCE de 19 de septiembre de 1996 Comisión/Grecia.

En cuanto a quienes son los órganos competentes para adoptar tales medidas provisionales, señala el art. 60.bis.2 TRLCAP que son los que sean –(competentes)– para conocer de los correspondientes recursos, cualquiera que sea su clase”. Pueden por tanto darse, dos situaciones:

a) Que el órgano que adjudique el contrato sea alguno de los que enuncia el art. 12 del TRLCAP, es decir Ministros, Secretarios de Estado; en tal caso sus actos ponen fin a la vía administrativa, y cabe el recurso de reposición con carácter potestativo; pues bien, de solicitárseles una medida cautelar (“5

---

<sup>34</sup> GIMENO FELIU, J.M<sup>a</sup>, Contratos públicos... op. cit. pág. 208.

<sup>35</sup> GARCÍA de ENTERRÍA, E. y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T.R., Curso de Derecho Administrativo, I, Madrid 2002, pág. 717.

días para solicitarla a contar desde la fecha de la infracción alegada”), aquéllos deberán resolver de forma motivada, en un plazo de 10 días, entendiéndose denegada en el supuesto de no recaer resolución expresa (art. 60.bis.3 TRLCAP).

b) En el caso de que sea una sociedad de derecho privado de las sujetas a la Ley de Contratos (es decir “poder adjudicador”) la que adjudique el contrato de que se trate, cabe recurso de alzada impropio (DA 16 TRLCAP), y en tal supuesto éste lo resolverá el órgano del cual depende la sociedad, al cual está adscrito, que deberá operar en la adopción de la medida cautelar con arreglo a los plazos señalados supra (art. 60.bis.3 del TRLCAP).

En todo caso, no resulta admisible la regulación contenida en el art. 60.bis.3 in fine cuando prevé que “contra dicha resolución” de medidas provisionales, “no cabrá recurso, sin perjuicio de las que procedan contra las resoluciones que se dicten en el procedimiento principal”. Tal previsión, además de contravenir el art. 107 de la Ley de Procedimiento Administrativo Común, no tiene para nada en cuenta la integración de la justicia cautelar en el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva (art. 24 CE) tal como tiene declarado la jurisprudencia más reciente<sup>36</sup>.

Finalmente, quisiéramos destacar otra cuestión que también nos parece criticable, como es la relativa a atribuir a un órgano que no es independiente la resolución del correspondiente recurso, la adopción de las medidas caute-

---

<sup>36</sup> Esta relación de medio a fin existente entre la institución cautelar y el derecho fundamental citado la recordó el Tribunal Supremo en su conocido Auto de fecha 20 de diciembre de 1990 (también, entre otros, en los posteriores de 17 y 23 de abril, 16 de julio y 19 de diciembre de 1995, etc.), afirmando que el derecho a la tutela judicial efectiva proclamado en el artículo 24 de la Ce, “implica entre otras cosas, el derecho a una tutela cautelar”. Y la ha afirmado el Tribunal Constitucional, básicamente en sus sentencias 14/1992, de 10 de febrero (“...la potestad jurisdiccional de suspensión, como todas las medias cautelares, responde así a la necesidad de asegurar, en su caso, la efectividad del pronunciamiento futuro del órgano jurisdiccional: esto es, de evitar que un posible fallo favorable a la pretensión deducida queda –contra lo dispuesto en el artículo 24.1 de la Constitución– desprovisto de eficacia por la conservación o consolidación irreversible de situaciones contrarias al derecho o interés reconocido por el órganos jurisdiccional en su momento”), y 148/1993, de 29 de abril (“...de este mismo derecho fundamental –a la tutela judicial efectiva– deriva la potestad jurisdiccional de adoptar medias cautelares. La efectividad que se predica de la tutela judicial respecto de cualesquiera derechos o intereses legítimos reclama la posibilidad de acordar las adecuadas medidas cautelares que aseguren la eficacia real del pronunciamiento futuro que recaiga en el proceso...”, “... importa destacar que la medida cautelar a adoptar en cada caso ha de ser la adecuada a su finalidad de garantizar la efectividad de la tutela judicial que en su día se otorgue...”).

lares de que se trate, debiéndose en línea con el Derecho comunitario tender a que estos organismos de control tengan tal carácter (órganos especializados e imprescindibles) como mecanismo para una eficaz supervisión de la correcta aplicación de las reglas de la contratación pública<sup>37</sup>.

### III. A MODO DE CONCLUSIÓN

Ciertamente, hoy a la vista de la nueva regulación contenida en el TRLCAP que ha introducido la Ley de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social de 2003 se ha dado un paso más en aras a conseguir poner freno a la huida de los controles públicos en materia de selección del contratista y de los criterios de adjudicación del contrato. Hoy, los subterfugios formales o nominalistas dejarán de ser la excusa para no cumplir las reglas europeas de la contratación; hoy las sociedades mercantiles públicas que sean “poder adjudicador” (art. 1.b) Directivas 92/50, 93/36, 93/37) deberán someterse a la legislación de contratos; y asimismo les será de aplicación la doctrina de los actos separables (la nueva Disposición Adicional decimosexta del TRLCAP), previsiones estas que constituyen normativa básica estatal, resultando consecuentemente cualquier otra ley que la contradiga inconstitucional.

Asimismo, para que el sistema de contratación pública funcione, se requiere la existencia de un sistema eficaz de garantías, de unos mecanismos que permitan la supervisión y revisión de los procedimientos de adjudicación de contratos tanto en el nivel comunitario como en el nacional. Pues bien, en éste último, y en relación a las medidas cautelares contractuales previstas en el art. 60 bis TRLCAP estimamos que resultando una mejora respecto de la regulación anterior, continúa contando con ciertas deficiencias, que hacen que no responda plenamente a las exigencias previstas en la Directiva 89/665.

---

<sup>37</sup> GIMENO FELIU, J.M<sup>a</sup>, *Contratos...* op. cit. pág. 207. Igualmente resulta interesante destacar aquí la Ley balear de Régimen Jurídico de la Administración de la Comunidad Autónoma de las Islas Baleares, de 25 de marzo de 2003, donde se contempla en su art. 66 un “recurso especial en materia de contratación”, por tanto un sistema de recursos “ad hoc” dándose así cumplimiento a las exigencias de las Directivas comunitarias en esta cuestión.