

# La delimitación del ámbito subjetivo de la aplicación del TRLCAP: especial referencia a las fundaciones del sector público (estatal).

## INTRODUCCIÓN

El vigente Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio (en adelante Texto Refundido o TRLCAP), determina en su artículo 1 el ámbito subjetivo de aplicación de la regulación que contiene, es decir, dispone cuáles son las Administraciones, organismos y entidades que deberán ajustar su actividad contractual a lo dispuesto en la propia Ley y aplicar, en toda su extensión, las categorías contractuales, procedimientos de licitación, formas de adjudicación, y demás trámites establecidos en el propio TRLCAP.

En el presente trabajo me propongo analizar el acierto o el desacierto del TRLCAP a la hora de alcanzar con rigor el objetivo propuesto, profundizando, en particular, en la problemática que, en relación con dicho ámbito subjetivo, se plantea respecto de una categoría jurídica especial y relativamente novedosa de nuestro derecho positivo, como es la de las Fundaciones del Sector público (ya sea éste el estatal, el autonómico o el local). Para ello, partiré de la vigente regulación de su actividad contractual, sometida como es conocido al derecho privado (básicamente), en relación con lo dispuesto en los artículos 1.3 y 2.1 y en la disposición adicional sexta del Texto Refundido, al tiempo que se analizará su dudosa adecuación a la normativa y a la Jurisprudencia comunitarias en materia de contratación pública.

Debe recordarse que, en su actual configuración, el ámbito subjetivo del TRLCAP comprende tres niveles diferentes a través de los cuales se lleva a cabo su aplicación: un primer nivel de aplicación máxima o total de la norma, con sometimiento a todas sus prescripciones, de acuerdo con lo establecido en su artículo primero; un segundo nivel de aplicación o nivel de aplicación medio, aplicando la norma en los específicos términos previstos en el artículo 2; y, por último, un tercer nivel de aplicación, denominado de aplicación mínima o residual, caracterizado por el exclusivo cumplimiento de los principios de publicidad y concurrencia, que rige tanto para las sociedades mercantiles públicas, de acuerdo con lo dispuesto en la disposición adicional sexta, como para los concesionarios de obras públicas, al amparo del artículo 133 del propio TRLCAP.

La cuestión que se analiza tiene su origen en la ambigua, imprecisa, inexacta o, simplemente, incorrecta redacción del artículo 1.3 del Texto Refundido, al determinar las entidades “de derecho público” (exclusivamente) que, de un modo obligatorio, “deberán” ajustar su actividad contractual al TRLCAP, además de, obviamente, las Administraciones Públicas (Central y Territoriales) y de sus respectivos Organismos Autónomos. En concreto, el precepto citado incluye en el ámbito de aplicación del TRLCAP a “las restantes entidades de derecho público con personalidad jurídica propia, vinculadas o dependientes de cualquiera de las Administraciones Públicas”, pero siempre que reúnan los dos requisitos acumulativos establecidos por la propia norma, al exigir:

- en primer lugar “que hayan sido creadas para satisfacer específicamente necesidades de interés general que no tengan carácter industrial o mercantil” y,
- en segundo lugar, “que se trate de entidades cuya actividad esté mayoritariamente financiada por las Administraciones Públicas u otras entidades de derecho público, o bien, cuya gestión se halle sometida a un control por parte de estas últimas, o cuyos órganos de administración, de dirección o de vigilancia estén compuestos por miembros más de la mitad de los cuales sean nombrados por las Administraciones Públicas y otras entidades de derecho público”.

Esta redacción ambigua e imprecisa, al decir de la mayoría de la doctrina, deviene en inexacta e incorrecta cuando se analiza con detalle la problemática que suscita. En efecto, plantea numerosas dificultades para la determinación concreta de los “organismos” o “entidades” que deben ajustar obligatoriamente su actividad contractual al Texto Refundido, en especial en relación con aquellas entidades que, habiéndose constituido bajo formas jurídicas de derecho privado, cumplen en cambio sobradamente las condiciones o requisitos establecidos en los apartados a) y b) del propio artículo 1.3

del TRLCAP. Nos estamos refiriendo principalmente tanto a las sociedades de derecho mercantil mayoritariamente constituidas con fondos públicos, que se encuentran controladas por la Administración Pública que las constituyó, pero que pueden perseguir fines de interés general, como también a las Fundaciones del Sector público (estatal, autonómico o local), que, como todas las Fundaciones y por propia definición, se encaminan asimismo a la consecución de fines de interés general.

Sin embargo, la problemática que representa la contratación con sometimiento a un régimen de derecho privado por parte de las sociedades mercantiles públicas, debido posiblemente a sus mayores repercusiones económicas, ha sido ya objeto de numerosos pronunciamientos judiciales, tanto de los tribunales nacionales como de los comunitarios, así como incluso de expresas reformas legales que buscan corregir la falta de adecuación en esta materia con las Directivas Comunitarias. De igual modo, la actual redacción del artículo 2.1 del TRLCAP, fruto de la reforma introducida por el artículo 67 de la reciente Ley 62/2003, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social, que será comentada posteriormente, resuelve cualquier posible duda respecto de la inclusión de estas sociedades mercantiles en el ámbito subjetivo de aplicación del TRLCAP, siempre y cuando hayan sido creadas para satisfacer necesidades de interés general que no tengan carácter industrial o mercantil.

Constituye un ejemplo significativo de este tipo de reformas legales el artículo 87 de la Ley 53/2002, de 30, de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social, que modificó de forma sustancial el régimen jurídico contractual de la sociedad estatal “Empresa de Transformaciones Agrarias, Sociedad Anónima” (TRAGSA), régimen contenido, a su vez, en el artículo 88 de la Ley 66/1997. En su redacción actual, el precepto establece que “los contratos de obras, suministros, consultoría, asistencia y servi-

cios que TRAGSA y sus filiales celebren con terceros, quedarán sujetos a las prescripciones de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, relativas a publicidad, procedimientos de licitación y formas de adjudicación, siempre que la cuantía de los contratos iguale o supere la de las cifras fijadas en los artículos 135.1, 177.2 y 203.2 de la referida Ley de Contratos de las Administraciones Públicas". De esta forma, una sociedad anónima mercantil de capital mayoritariamente estatal, se verá obligada a aplicar un régimen de contratación de derecho público, cuando contrate con cuantías por encima de los umbrales comunitarios.

Por consiguiente, el presente trabajo se centrará en el análisis de la problemática que presentan, a estos efectos, las Fundaciones del Sector público (estatal), cuya actuación en materia contractual con sometimiento pleno al derecho privado (excepción hecha de la aplicación, más o menos generalizada, de los principios de publicidad, concurrencia y objetividad), plantea abundantes interrogantes no resueltas de las que paso a ocuparme.

#### **LAS FUNDACIONES DEL SECTOR PÚBLICO: RÉGIMEN JURÍDICO DE SU ACTIVIDAD CONTRACTUAL Y SU ADECUACIÓN A LA NORMATIVA Y JURISPRUDENCIA COMUNITARIAS**

Debo comenzar realizando una breve introducción de la figura jurídica de las Fundaciones, en general, y de las Fundaciones del Sector público estatal, en particular. El artículo 2 de la Ley 50/2002, de 26 de diciembre, de Fundaciones, define a estas entidades de modo muy similar a como lo hacía la hoy derogada Ley 30/1994, de 24 de noviembre, de Fundaciones y de Incentivos Fiscales a la Participación Privada en Actividades de Interés General, calificándolas como "organizaciones constituidas sin fin de lucro que, por voluntad de sus creadores, tienen afectado de modo duradero su patrimonio a la realización de fines de interés general". A continuación añade que se rigen por la voluntad del fundador, por sus Estatutos (norma

fundamental para todo lo relativo a su funcionamiento interno) y, en todo caso, por la propia Ley 50/2002.

En cuanto a la figura concreta de las Fundaciones del Sector público estatal, ha recibido las denominaciones sucesivas de "fundaciones de competencia o titularidad pública estatal", de "fundaciones estatales" y de "fundaciones del Sector público estatal", encontrándose definida en el artículo 6.5 del vigente Texto Refundido de la Ley General Presupuestaria de 1988 (en tanto no entre en vigor, el 1 de enero de 2005, la reciente Ley 47/2003, de 26 de noviembre, General Presupuestaria), cuya actual redacción procede de la disposición final segunda de la propia Ley 50/2002. Así, se señala que "son fundaciones del Sector público estatal aquellas fundaciones en las que concurra alguna de las siguientes circunstancias:

- a. Que se constituyan con una aportación mayoritaria, directa o indirecta, de la Administración General del Estado, sus organismos públicos o demás entidades del sector público estatal.
- b. Que su patrimonio fundacional, con un carácter de permanencia, esté formado en más de un 50% por bienes o derechos aportados o cedidos por las referidas entidades".

Esta misma definición de las Fundaciones del Sector público estatal, es decir, considerando para su delimitación conceptual tanto las aportaciones realizadas por el Sector público estatal en el momento de constitución de la Fundación, como su posterior participación mayoritaria y permanente en el patrimonio fundacional, viene también recogida en el artículo 44 de la propia Ley 50/2002, abriendo su Capítulo XI, especialmente dedicado a este tipo de Fundaciones.

Las Fundaciones en general y, entre ellas, las del Sector público en particular, tienen el carácter de entidades o personas jurídicas de derecho privado, al haber sido constituidas expresamente como Fundaciones de acuerdo con lo dispuesto en las citadas Leyes 30/1994 o 50/2002, motivo por el



cual ajustan su actividad contractual, mayoritariamente, al Derecho civil y mercantil. Ahora bien, las Fundaciones pertenecientes al Sector público ostentan asimismo la fundamental condición de tratarse de entidades que han sido constituidas (y dotadas económicamente) por el Sector público de que se trate con fondos públicos y, en consecuencia, tienen el correlativo carácter de entidades vinculadas o dependientes, en mayor o menor medida, de dicho Sector público.

En cuanto al régimen específico de contratación de las Fundaciones del Sector público estatal, parece que debiera ser el propio del derecho privado en el que actúan todas las Fundaciones, con la especialidad señalada en el artículo 46.5 de la Ley 50/2002 según el cual “su contratación se ajustará a los principios de publicidad, concurrencia y objetividad, salvo que la naturaleza de la operación a realizar sea incompatible con estos principios”. Por su parte, los Estatutos de estas Fundaciones establecen igualmente de forma habitual que su actividad contractual se regirá por las normas de Derecho privado (civil o mercantil), con aplicación, siempre que ello sea posible, de los principios de publicidad y concurrencia antes citados, si bien generalmente sólo a partir de determinadas cuantías económicas.

Aparentemente, por sí solo ese carácter de entidades de derecho privado de las Fundaciones del Sector público, aunque no dejen de tener ciertas particularidades que las singularizan (entre las que pueden destacarse las relativas a su régimen presupuestario o de rendición de cuentas), determinaría la lógica aplicación del derecho civil y mercantil a su actividad contractual, conforme acostumbran a disponer sus propios Estatutos. Así pues, *prima facie* resulta arriesgado cualquier planteamiento relativo a su eventual inclusión en el ámbito de aplicación del vigente Texto Refundido de la LCAP.

Ahora bien, examinando la actual redacción del artículo 1.3 del TRLCAP nos encontramos con que deben someter su actuación contractual a lo dispuesto en el TRLCAP, las entidades de derecho público, pero solo ellas, siempre que tengan personalidad jurídica propia, se hallen vinculadas o sean dependientes de cualquiera de las Administraciones Públicas y, por último, reúnan los dos requisitos acumulativos que, como hemos visto anteriormente, el propio precepto establece, el último de los cuales compuesto, a su vez, por tres posibles circunstancias aisladamente determinantes de su total cumplimiento.

En principio, excepción hecha del cumplimiento de esa primera condición *sine qua non* para la aplica-

ción del Texto Refundido, es decir, la de tratarse exclusivamente de entidades “de derecho público”, categoría jurídica en la que no se incluyen las Fundaciones del Sector público, resulta indudable que estas Fundaciones cumplen en cambio fielmente los dos requisitos establecidos en el artículo 1.3, apartados a) y b), del Texto Refundido para quedar comprendidas dentro de su ámbito subjetivo de aplicación. Ello al igual que ocurre con la mayor parte de las entidades (de base no societaria), vinculadas o dependientes de las Administraciones Públicas, que hayan sido creadas específicamente para satisfacer fines de interés general no industriales o mercantiles, pero que contratan actualmente en régimen de derecho privado.

En efecto, en primer lugar es evidente que las Fundaciones del Sector público han sido creadas de forma imperativa para satisfacer específicamente necesidades de interés general que no tienen carácter industrial o mercantil, al tratarse, según la Ley 50/2002 y sus respectivos Estatutos, de “organizaciones constituidas sin fin de lucro que, por voluntad de sus creadores, tienen afectado de modo duradero su patrimonio a la realización de fines de interés general”.

También resulta indudable que su actividad fundacional está mayoritariamente financiada por las Administraciones Públicas que las han constituido o por otras entidades de derecho público, a través de las correspondientes transferencias o subvenciones, así como que su gestión se halla sometida a un estricto control por parte de estas Administraciones, como lógica contrapartida a su respaldo financiero, al tiempo que sus órganos de administración, de dirección o de vigilancia están compuestos por miembros de los que más de la mitad han sido nombrados por las Administraciones Públicas y otras entidades de derecho público.

En concreto, en cuanto al control de su gestión por parte de las Administraciones Públicas constituyentes, la Dirección General del Servicio Jurídico del Estado, en su Informe de 12 de julio de 1995, consideró fundamental a este respecto que el presupuesto de este tipo de entidades no es aprobado por sus propios órganos de gobierno, sino que éstos elaboran al efecto un anteproyecto que se somete a la posterior aprobación del Gobierno para su ulterior remisión a las Cortes, integrado en la Ley de Presupuestos Generales del Estado. Por consiguiente, el control de su gestión queda acreditado por el hecho de que carecen de verdadera autonomía en orden a la aprobación definitiva de su propio presupuesto.

Expuesto todo lo anterior, quedaría por tanto únicamente como razón última o causa determinante de la exclusión de las Fundaciones del Sector público del ámbito subjetivo del TRLCAP, la mera circunstancia de tratarse precisamente de Fundaciones, es decir, de entidades cuya naturaleza jurídica lo es de derecho privado, en lugar de tratarse de entidades de derecho público, conforme exige el artículo 1.3 citado o, al menos, de sociedades de derecho privado (creadas para satisfacer específicamente necesidades de interés general que no tengan carácter industrial o mercantil), de acuerdo, en este último caso, con la actual redacción del artículo 2.1 del propio TRLCAP.

Ahora bien, el Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas constituye la vigente transposición a nuestro derecho positivo de la normativa comunitaria sobre contratación pública, constituida fundamentalmente, a su vez, por las Directivas 92/50/CEE, 93/36/CEE y 93/37/CEE, dictadas, sucesiva y respectivamente, en materia de adjudicación de contratos de servicios, suministros y obras, y modificadas por la Directiva 97/52/CEE<sup>1</sup>.

---

<sup>1</sup>El Consejo de la Unión Europea, el 20 de marzo de 2003, y el Parlamento Europeo, el 27 de marzo de 2003, han aprobado sucesivamente la Posición Común con vistas a la adopción de la nueva Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, de suministro y de servicios. El objetivo de esta futura Directiva no es otro que refundir en una única norma jurídica toda la regulación actualmente dispersa en varias directivas.

Las Directivas son actos que forman parte del Derecho secundario en la pirámide de las fuentes del Derecho Comunitario, situándose inmediatamente sólo por debajo de los Tratados, por lo que constituyen el elemento normativo fundamental en la armonización de las legislaciones de los distintos Estados miembros. Por ello, todos los Estados de la Unión están obligados a respetar el sentido de los términos y conceptos empleados en las Directivas con el fin de garantizar la uniformidad en la interpretación y la aplicación de los textos comunitarios en los diferentes Estados miembros.

A través de las Directivas en materia de contratos públicos, el legislador comunitario ha pretendido hacer efectivas tanto la prohibición de toda discriminación por motivos de nacionalidad como las libertades de libre circulación de mercancías, de libre establecimiento y de libre prestación de servicios.

En este contexto, los artículos iniciales que delimitan el ámbito subjetivo de aplicación de cada una de estas Directivas sobre contratación pública, establecen que deben aplicar sus procedimientos de adjudicación de contratos, los “organismos de Derecho público” (terminología no equiparable con nuestro derecho positivo), debiendo entenderse por tales, según la literalidad de las propias Directivas, “todo organismo” que, con independencia de su forma jurídica pública o privada, pueda calificarse como “poder” o “entidad adjudicadora” por cumplir determinados requisitos.

En efecto, esta condición la ostenta un organismo simplemente, según las propias Directivas, por haber sido “creado para satisfacer específicamente necesidades de interés general que no tengan carácter industrial o mercantil, dotado de personalidad jurídica, y cuya actividad esté mayoritariamente financiada por el Estado, los entes territoriales u otros organismos de derecho público, o bien, cuya gestión se halle sometida a un control por parte de estos últimos, o bien cuyo órgano de administración, de dirección o de vigilancia esté compuesto

por miembros más de la mitad de los cuales sean nombrados por el Estado, los entes territoriales u otros organismos de derecho público”. Es decir, por cumplir los mismos requisitos que han sido trasladados literalmente de las propias Directivas al artículo 1.3 de nuestro Texto Refundido.

Las Fundaciones del Sector público reúnen sobradamente todos estos requisitos o condiciones, como ha quedado anteriormente expuesto, por lo que deberían ostentar la condición de “entidad adjudicadora” o de “poder adjudicador”, conceptos contenidos ambos en las Directivas y empleados por la Legislación Comunitaria para definir de un modo claramente funcional su propio ámbito subjetivo de aplicación. Consiguientemente, deberían someterse a la regulación de las propias Directivas en la transposición al derecho positivo español que de ellas ha efectuado nuestro Legislador, a través del TRLCAP. Es decir, a la luz exclusivamente del Derecho comunitario las Fundaciones del Sector público aquí analizadas deberían haber quedado incluidas en el ámbito subjetivo de aplicación de la norma resultante de la transposición de las citadas Directivas, el TRLCAP.

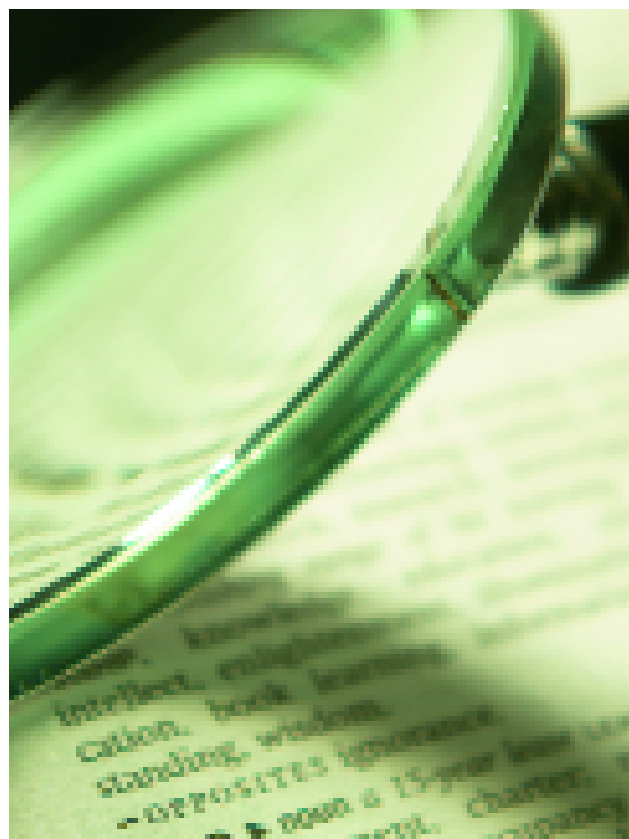
Como ya hemos visto no ha ocurrido así en nuestro derecho positivo, principalmente debido a la errónea redacción elegida por el Legislador para la delimitación del ámbito subjetivo del TRLCAP en su artículo 1, al restringir *ab initio* exclusivamente a las entidades de derecho público la posterior verificación del cumplimiento o incumplimiento de los requisitos acumulativos que establece su apartado 3, para determinar si debe o no sujetar su actividad contractual al propio TRLCAP.

Ahora bien, las Directivas Comunitarias sobre contratación han sido profusamente interpretadas por la Jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (TJCCEE), mediante Sentencias reiteradas y uniformes en las que el Alto Tribunal procede sistemáticamente a extender el concepto de “entidad o poder adjudicador”

a los específicos efectos de la aplicación de las Directivas, a todo organismo o entidad ya sea de derecho público o de derecho privado que reúna los requisitos antes señalados. Ejemplos de ello serían las conocidas Sentencias Mannesmann Anlagenbau de 15 de enero de 1998 (As. 44/96), BFI Holding de 10 de noviembre de 1998 (As. 360/96) o Teckal de 18 de noviembre de 1999 (As. 107/98).

En todas ellas el Tribunal de Justicia adopta un criterio decididamente amplio y funcional para delimitar el concepto de “poder adjudicador”, no permitiendo que las diferentes categorías o terminologías jurídicas empleadas por los distintos Estados miembros de la Unión Europea puedan desvirtuar o impedir la plena efectividad del objetivo que, a juicio del Alto Tribunal, persiguen las Directivas con la fijación de su ámbito subjetivo de aplicación, concretado por el propio Tribunal al afirmar que “teniendo en cuenta el doble objetivo de apertura a la competencia y de transparencia que persiguen las Directivas de coordinación de los procedimientos de adjudicación de contratos públicos, el concepto de «organismo de Derecho público» debe recibir una interpretación funcional” (Sentencia de 1 de febrero de 2001, Comisión/Francia, C-237/99, Rec. I-939).

Por ello, la clara divergencia existente, en orden a la delimitación de su ámbito subjetivo de aplicación, entre la amplitud de las Directivas Comunitarias y el restrictivo resultado obtenido mediante su incorporación a nuestro derecho positivo, a través del artículo 1.3 del vigente Texto Refundido, reside en opinión de la doctrina y de la Jurisprudencia comunitaria, en la fórmula elegida para la transposición a nuestro Ordenamiento Jurídico, puesto que se ha optado por circunscribir la aplicación del Texto Refundido, además de a las Administraciones Públicas Territoriales y sus Organismos Autónomos, a las entidades “de derecho público” que reúnan los requisitos de dicho artículo 1.3, cuando la funcional formulación empleada por las Directivas Comunitarias preten-



día, como ha señalado con reiteración el Tribunal de Justicia, su extensión a “todo organismo” que, cualquiera que fuese su forma jurídica, reuniera dichos requisitos.

Por su gran trascendencia e importancia en cuanto que constituye la primera condena del Alto Tribunal Europeo al Reino de España por este motivo concreto, al tiempo que resume toda su Jurisprudencia sobre el ámbito subjetivo de las Directivas sobre contratación, aplicándola expresamente a nuestro derecho positivo, cabe destacar la reciente Sentencia de la Sala Sexta del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas Comisión c. el Reino de España (As. C-214/00) de 15 de mayo de 2003 en cuya parte decisoria se declara literalmente que “el Reino de España ha incumplido las obligaciones que le incumben al no haber adoptado las medidas necesarias para dar cumplimiento a lo dispuesto en los artículos 1 y 2 de la Directiva” objeto del recurso, preceptos en

los que se determina precisamente su ámbito subjetivo de aplicación. Por su claridad conviene reproducir los apartados 54, 55 y 56 de esta clarificadora Sentencia:

“54. En esta perspectiva, para resolver la cuestión de la calificación eventual como organismos de Derecho público de distintas entidades de Derecho privado, el Tribunal de Justicia se ha limitado únicamente, según jurisprudencia reiterada, a comprobar si estas entidades cumplían los tres requisitos acumulativos enunciados en el artículo 1, letra b), párrafo segundo, de las Directivas 92/50, 93/36 y 93/37, considerando que la forma de constitución de la entidad era indiferente a este respecto (...).

55. De los principios así elaborados por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia se desprende que el estatuto de Derecho privado de una entidad no constituye un criterio que pueda excluir su calificación como entidad adjudicadora en el sentido del artículo 1, letra b), de las Directivas 92/50, 93/36 y 93/37 (...).

56. 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 mero hecho de que, con arreglo al Derecho nacional al que está sujeta, su forma y su régimen jurídico correspondan al Derecho privado”.

Concluye el Alto Tribunal europeo afirmando en su apartado 60 que: “Por tanto, se deduce de lo anterior que, en la medida en que excluye de antemano del ámbito de aplicación personal de la Directiva 89/665 a las entidades de Derecho privado, la normativa española de que se trata en el caso de autos no incorpora correctamente el concepto de «entidad adjudicadora» que figura en el artículo 1, apartado 1, de dicha Directiva, tal como se define en el artículo 1, letra b), de las Directivas 92/50, 93/36 y 93/37”.

La importante doctrina contenida en esta Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas ha sido confirmada más recientemente todavía por otra Sentencia del mismo Alto Tribunal, concretamente la Sentencia Comisión de las Comunidades Europeas c. el





Reino de España (As. C-283/00), de 16 de octubre de 2003, en la que para un supuesto concreto de aplicación de las Directivas sobre contratación, se reiteran los argumentos acabados de exponer de la Sentencia de 15 de mayo de 2003, en particular aquél según el cual para resolver la cuestión de si una determinada entidad debe aplicar o no las Directivas sobre contratación pública, “procede comprobar únicamente si la entidad de que se trata cumple los tres requisitos acumulativos enunciados”, sin que, a juicio del Alto Tribunal, “el estatuto de derecho privado de esa entidad constituya un criterio que pueda excluir su calificación como entidad adjudicadora en el sentido de la Directiva”.

A la vista de estas Sentencias resultaba previsible, al menos aparentemente, que el Legislador nacional llevaría a cabo la definitiva adaptación de nuestra normativa sobre contratación pública a las Directivas Comunitarias, modificando el ámbito subjetivo del TRLCAP en el sentido de lo manifestado por el TJCE, de forma que se superasen de una vez por todas las divergencias existentes. Parecía también evidente que estas modificaciones deberían tener por objeto englobar en el citado ámbito subjetivo a cualquier tipo de entidad, ya se hubiese constituido bajo una forma jurídica de derecho público o de derecho privado (caso de las Fundaciones del Sector público aquí analizadas), siempre que reuniese los requisitos del artículo 1.3 de propio Texto Refundido. Como podremos ver inmediatamente, la obstinada realidad de los hechos no ha tardado en despejar cualquier posible duda al respecto.

#### **LA REFORMA DEL TEXTO REFUNDIDO DE LA LCAP OPERADA POR EL ARTÍCULO 67 DE LA LEY 62/2003: ANÁLISIS CRÍTICO**

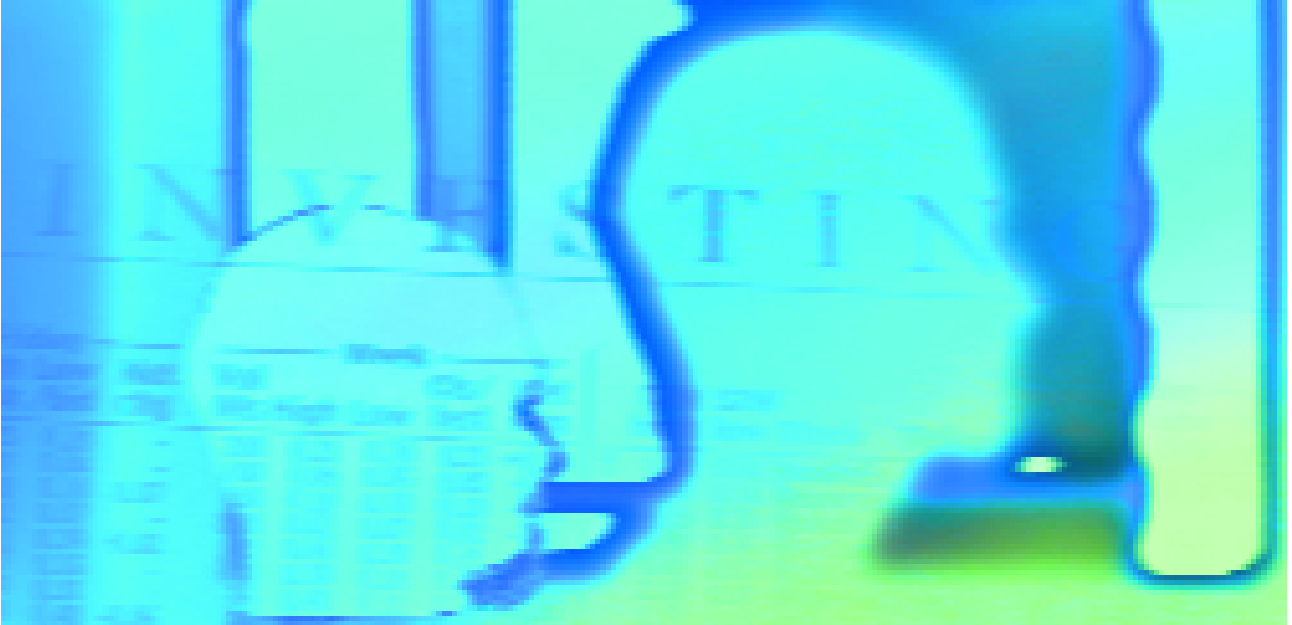
Como se desprende de lo acabado de indicar, la adecuación de nuestra legislación sobre contratación administrativa al espíritu y la letra de las Directivas Comunitarias sobre la materia, reiteradamente aclarado y proclamado por el TJCE,

entre otras, en sus Sentencias de 15 de mayo y de 16 de octubre de 2003, pasaba y todavía pasa, a mi entender, por la vía de la inexcusable modificación del tantas veces citado artículo 1.3 del Texto Refundido, para incluir en su ámbito subjetivo, no sólo específicamente a las entidades “de derecho público”, como ocurre actualmente, sino genéricamente a todo tipo de entidades, tanto si son de derecho público como si son de derecho privado, siempre que reúnan los requisitos señalados en el propio artículo.

Por ello, la modificación recientemente introducida en el artículo 2.1 del Texto Refundido por el artículo 67 de la reciente Ley 62/2003, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social, no resuelve satisfactoriamente en absoluto el problema jurídico planteado. De acuerdo con la reforma producida, el artículo 2.1 queda redactado como sigue:

“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, concorra 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 Ley 62/2003 también atribuye una nueva redacción a la disposición adicional sexta del TRLCAP, aquella en la que se establece el sometimiento exclusivo de la contratación de las



sociedades mercantiles públicas a los principios de publicidad y concurrencia. El objetivo de la modificación no es otro que adaptar la redacción de esta disposición adicional a la nueva regulación legal de la materia, de tal forma que actualmente se establece que “las 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.”

Es decir, la Ley 62/2003, limita intencionadamente sus efectos modificativos de la situación actual a las “sociedades de derecho privado” que reúnan los requisitos del artículo 1.3, a las que incorpora al nivel intermedio de aplicación del Texto Refundido. Con ello, el Legislador únicamente remedia lo verdaderamente insostenible, cual era la contratación manifiestamente irregular en régimen de derecho privado de numerosas empresas y sociedades públicas, que no resultaba posible mantener en vigor por más tiempo, dado su indudable carácter de poderes adjudicadores a los efectos de las Directivas Comunitarias (véase el caso de empresa TRAGSA, anteriormente citado).

Pero el Legislador no ha resuelto en cambio, o no ha querido resolver, el problema jurídico sustantivo que viene siendo reiteradamente planteado ya desde que tuvo lugar la incorrecta transposición a nuestro derecho positivo de las Directivas Comunitarias. En este sentido, resulta particularmente grave la situación de las Fundaciones del Sector público, que quedan fuera nuevamente del ámbito subjetivo de aplicación del Texto Refundido.

Partiendo de que la solución correcta debería haber consistido en respetar el verdadero espíritu de las Directivas e incluir en el ámbito subjetivo del TRLCAP a todas las entidades de derecho público o de derecho privado (no sólo a las sociedades), que cumpliesen los requisitos legales, cualquier otra solución, como la efectivamente adoptada, no consiste sino en “parchear” o en retrasar la solución definitiva de la cuestión planteada.

En concreto, la reforma ha modificado no el artículo 1 (su apartado 3), que es el que regula, con carácter general y básico, el “ámbito de aplicación subjetiva”, sino que ha dado nueva redacción al artículo 2 (su apartado 1), que únicamente hacía referencia, hasta ahora, a la “adjudicación de determinados contratos de derecho privado”, cuando hubiesen sido celebrados por las “entidades de derecho públi-

co no comprendidas en el ámbito definido en el artículo anterior”, que quedaban sujetos de una forma limitada o parcial a las prescripciones del TRLCAP. La reforma incorpora también a ese régimen intermedio de sometimiento a la contratación pública a las sociedades mercantiles públicas que cumplan determinados requisitos, para aquellos de sus contratos que superen determinadas cuantías económicas. Los restantes contratos que celebren estas sociedades, de cuantía inferior a la establecida en el artículo 2.1, seguirán excluidos del TRLCAP y deberán limitarse a cumplir las exigencias de publicidad y concurrencia de la disposición adicional sexta.

Por tanto, en lugar de simplemente eliminar la expresión “de derecho público” del artículo 1.3, que excluye *sensu contrario*, a las entidades de derecho privado, como hubiera sido lo más lógico y correcto en términos de buen derecho, el Legislador se ha limitado a cumplir en sus estrictos términos aquello a lo que el Reino de España venía obligado por la Sentencia de 15 de mayo de 2003, antes comentada, cuyo Fallo señalaba que el Alto Tribunal europeo debía: “Declarar que el Reino de España ha incumplido las obligaciones que le incumben (...), en particular:

- 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, (...)”.

Así pues, se ha incorporado únicamente al ámbito subjetivo del TRLCAP a las sociedades de derecho privado que sean poder adjudicador a los efectos de las Directivas, para aquéllos de sus contratos

que sobrepasen determinadas cuantías, a pesar de que a lo largo de la Sentencia invocada son nítidas y constantes las referencias a la figura genérica de las “entidades de Derecho privado”, amparándose en que la figura de las “sociedades de Derecho privado” es la única que, finalmente, viene recogida en el Fallo como aquella a las que debe extenderse el concepto de poder adjudicador para dar cumplimiento a la propia Sentencia y a las Directivas Comunitarias.

#### CONCLUSIONES Y PERSPECTIVAS DE FUTURO

Sin descartar que se produzca una nueva condena por estos mismos hechos que consiga obligar a nuestro Legislador, de una vez por todas, a trasponer correctamente las Directivas Comunitarias sobre contratación<sup>2</sup>, las perspectivas actuales de la cuestión no son excesivamente halagüeñas. La reforma operada mediante la Ley 62/2003 parece haber dejado resuelta la situación, al dar aparentemente cumplimiento a las Sentencias del TJCEE, por lo que no

“... una Directiva tiene efecto directo si, desde el punto de vista de su contenido, no está sujeta a condición alguna ...”

creo que deben esperarse movimientos del Legislador en este ámbito, al menos de forma inminente.

Por ello, cabe entender con Fernández Astudillo<sup>3</sup> que, sin necesidad de esperar a posteriores pronuncia-

<sup>2</sup>La Comisión de las Comunidades Europeas ha presentado el 26 de febrero de 2003 un recurso contra el Reino de España ante el TJCEE (Asunto C-84/03), a los efectos de que declare que España no ha incorporado correctamente en su ordenamiento jurídico interno las Directivas, en particular, al excluir del ámbito de aplicación del TRLCAP, mediante el apartado 3 de su artículo 1, a las entidades de Derecho privado que reúnan los requisitos recogidos en las Directivas (Diario Oficial de la Unión Europea C 101, de 26 de abril de 2003).

<sup>3</sup>Fernández Astudillo, J. M.: *Contratación administrativa. Comentarios al Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas*. 3ª Edición, octubre 2003. Editorial Bosch. Barcelona. Pág. 91.

mientos jurisdiccionales, aquellas entidades que actualmente están exentas de aplicar las prescripciones del TRLCAP, pero que, atendiendo al concepto de poder adjudicador establecido por las Directivas Comunitarias, entran claramente dentro de este concepto (como ocurre con las Fundaciones del Sector público), para aquellos de sus contratos cuyo objeto esté dentro del ámbito objetivo de las Directivas y cuyo presupuesto sea igual o superior a los umbrales previstos por estas mismas normas comunitarias, deberían aplicar en su integridad las prescripciones previstas en el TRLCAP, en todo lo que sea una pura transposición de aquellas Directivas, siendo de aplicación lo previsto en la disposición adicional sexta del TRLCAP para sus restantes contratos.

No debe olvidarse que la eficacia de las Directivas Comunitarias no está necesariamente supeditada a su transposición, correcta o no, por el Legislador nacional, dado el efecto directo de que gozan estas normas europeas. Según reiterada Jurisprudencia del TJCE (Sentencia de 19 de enero de 1982, Becker, asunto 8/81, Sentencia de 20 de septiembre de 1988, asunto C-31/87, etc.), una Directiva tiene efecto directo si, desde el punto de vista de su contenido, no está sujeta a condición alguna y es lo suficientemente precisa, al igual que las disposiciones de una Directiva que resulten, desde el punto de vista de su contenido, incondicionales y suficientemente precisas, pueden ser invocadas por los particulares frente a su Estado, cuando no adapta al Derecho interno la Directiva dentro de plazo, o bien cuando hace una adaptación incorrecta (como claramente ocurre en el caso que nos ocupa).

Según el Alto Tribunal, la lógica consecuencia de todo ello sería que, al aplicar el Derecho nacional y, en particular, una Ley nacional dictada para dar ejecución a una Directiva (como la LCAP o el TRLCAP), el órgano jurisdiccional nacional se verá obligado a interpretar su propio Derecho nacional a la luz del texto y de la finalidad de la Directiva Comunitaria para lograr el resultado previsto en los Tratados de la Unión Europea.

En su virtud, puede y debe considerarse que no sólo los particulares están plenamente legitimados para invocar ante los órganos jurisdiccionales nacionales y en contra de las Administraciones Públicas, las disposiciones de las Directivas sobre contratación pública, por haber sido incorrectamente transpuestas a nuestro derecho positivo como hemos visto, sino que también, a su vez, a la propia Administración Pública contratante y actuante le incumbe la posible obligación de aplicar correctamente dichas Directivas y de inaplicar, consiguientemente, las disposiciones del vigente TRLCAP que las infringen. De igual modo, las Fundaciones del Sector público aquí analizadas, en la medida en que forman parte integrante de las Administraciones Públicas, estarían también obligadas a aplicar correctamente, no la literalidad de los artículos 1.3 y 2.1 del TRLCAP, sino las Directivas Comunitarias en la materia.

Por ello, sería deseable, e incluso jurídicamente razonable, que las Fundaciones del Sector público (estatal, autonómico o local) actualmente existentes, asumiesen voluntariamente su condición evidente de poderes adjudicadores a los efectos de las Directivas Comunitarias, comenzando, en consecuencia, a aplicar en su actividad contractual las prescripciones del TRLCAP o, cuando menos, las que limitadamente recoge el artículo 2.1 del mismo texto legal.

Sin embargo, lo cierto es que mucho me temo que continuarán escudándose, como hasta ahora han venido haciendo, en la pura literalidad de los citados artículos del Texto Refundido para ceñirse exclusivamente en su contratación al cumplimiento de los principios de publicidad y concurrencia (cuando resulta posible), dado que es lo único que actualmente les exige su propia normativa específica y puesto que no cabe entenderlas comprendidas en la literalidad de la actual redacción del Texto Refundido. Así será, al menos, hasta que algún día la fuerza de la razón (jurídica) consiga finalmente imponerse en esta importante materia de la contratación administrativa.