

## LA LEY DE CONTRATOS DEL SECTOR PÚBLICO Y EL MURCIÉLAGO

Francisco Sosa Wagner y Mercedes Fuertes

Catedráticos de Derecho Administrativo

Universidad de León

*“Cuanto más se estudia, mejor se sabe que el Derecho es inseguridad, incertidumbre, pluralidad de soluciones”*

Alejandro Nieto

Hace unos días se ha publicado una nueva Ley a la que deberá someterse la actividad contractual de las Administraciones y organismos públicos. Una Ley que no puede calificarse de inesperada, pues desde hacía unos años, una reforma de las Directivas comunitarias de contratación pública imponía revisar e introducir algunas modificaciones en la normativa española vigente. Reforma precedida de otras reformas, porque este ámbito de la contratación pública contiene en su seno un germen de gran tensión. A saber: el permanente intento de aliviar, si no eludir, la aplicación de la regulación comunitaria que ya ha originado varias denuncias de la Comisión europea y consiguientes condenas del Tribunal de Justicia de Luxemburgo por incumplimiento del Derecho comunitario. Lo cual, unido a la continua necesidad de tanto funcionario europeo de manifestar algún quehacer, hace que no haya respiro en el estudio del régimen de la contratación pública.

La primera lectura de la Ley recuerda el argumento de una obra conocida en la que se ha alterado la estructura, porque se limita a presentar desde otra perspectiva la regulación que ya existía. Se hace hincapié en que la Ley ordena la contratación de todo el sector público. Cosa de la que también antes podía haber presumido la ley de contratos, pues además de atender a las Administraciones y organismos públicos, sujetaba a otras asociaciones, fundaciones y sociedades públicas a determinadas previsiones o, al menos, al respeto de sus principios informadores. De ahí surge la nueva denominación: ley de contratos del sector público. Pero en este texto, como la aplicación a los diversos organismos no es idéntica, se hace un esfuerzo a la hora de precisar la distinta intensidad del ámbito de aplicación. A nuestro juicio, y por ello estas consideraciones, un esfuerzo que no consigue alcanzar los objetivos de claridad y seguridad jurídica, pues entendemos que las expresiones no son nada afortunadas y originarán serios conflictos ante las incertidumbres que generará su interpretación.

Describe el legislador el ámbito subjetivo agrupando en tres círculos concéntricos las personificaciones jurídicas afectadas. El círculo más pequeño, el núcleo esencial, es la enumeración “a los efectos de la Ley” de las Administraciones públicas; engloba este primer círculo y añade nuevos organismos, el segundo, que se refiere a “los poderes adjudicadores”; para, en último lugar, relacionar todas las Administraciones, instituciones, sociedades y entes que integran el sector público. La descripción resulta aparentemente muy elemental, sin embargo, su exégesis no

está exenta de dudas. Es más, al tratar el legislador de mantenerla en todo su discurso, ha introducido un pie forzado que resquebraja tradicionales conquistas del régimen de protección del interés público. Vayamos por partes.

Es cierto que, en principio, la delimitación de qué es Administración pública “a los efectos de la Ley” no genera mayor sorpresa: Administraciones territoriales, organismos autónomos, universidades, entes reguladores... y todos aquellos sujetos de derecho público dependientes de una Administración cuya actividad principal no sea mercantil ni sus recursos procedan del mercado. A nuestro juicio, quedarían comprendidos en esta descripción muchos entes públicos, consorcios y algunas agencias estatales. En estos casos, los contratos suscritos tendrán en la mayoría de las ocasiones la calificación de “administrativos”, por estar vinculados al giro o tráfico del poder público; los conflictos se resolverán por el orden contencioso-administrativo, incluso cuando surjan con relación a los actos preparatorios y de adjudicación de los contratos privados que puedan realizar y, en fin, el régimen jurídico de fondo será administrativo, contando tales entes públicos con las trascendentales prerrogativas que han conformado el derecho singular de la contratación administrativa.

Sin embargo, no se consideran en ningún caso Administración pública a los efectos de la Ley las entidades públicas empresariales (art. 3.2 in fine). Y ello, a pesar de que muchas de las existentes podrían incluirse en los trazos descritos de entes dependientes cuya actividad principal no es mercantil ni se financian a través de las contraprestaciones que obtienen en el mercado. Estas entidades públicas empresariales quedan incluidas, junto a las Administraciones públicas, y a las asociaciones de organismos públicos, entre los llamados “poderes adjudicadores”, los destinatarios de la Directiva comunitaria, porque cumplen los presupuestos que, de manera tradicional, ha establecido la regulación europea para delimitar los organismos públicos: que se trate de entes creados para satisfacer necesidades de interés general y que, bien sean financiados, bien controlados por el poder público, o pueda éste nombrar la mayoría de sus órganos de administración, dirección o vigilancia. Así, junto a las entidades públicas empresariales, podrán comprenderse en este círculo las sociedades públicas, las fundaciones públicas, los consorcios que integren personificaciones privadas... etc.

Los contratos de estas personificaciones deberán observar las exigencias impuestas por el Derecho comunitario, pero sin que esto atraiga todo el régimen de la contratación administrativa española, que sólo se aplica a las “auténticas” Administraciones públicas. El resto de “poderes adjudicadores” sólo deberán seguir los procedimientos de selección de los empresarios y adjudicación del contrato cuando suscriban obras, servicios y suministros que superen los umbrales fijados por el Derecho comunitario. Con una redacción muy oscura, cita el legislador los párrafos, apartados y números de aquellos preceptos de los que quedan exentos los poderes adjudicadores que no llegan a considerarse Administraciones “fetén”. En el resto de los contratos que suscriban bastará con que se conduzcan de acuerdo con unas pautas e instrucciones que ellos mismos aprueben y que garanticen la transparencia y publicidad de sus contratos.

Pues bien, esta opción legislativa de distinguir el régimen de los contratos de las Administraciones públicas del que se aplica a otros poderes adjudicadores conduce

a asombrosas conclusiones, porque los contratos de estos otros poderes adjudicadores se califican siempre de privados (art. 20.1). Cosa que resulta clara cuando intervienen sociedades y fundaciones, pero nada claro ni conveniente cuando presenciamos las actuaciones de algunas entidades públicas empresariales. ¿Se quiere realmente que sean privados los contratos de obra para ampliación de los aeropuertos que gestiona AENA, para la ejecución de la urbanización promovida por SEPES, de los suministros que adquiere la entidad RED.ES...? y, así, podríamos seguir con otros muchos ejemplos. Como no hace falta insistir, esa calificación legal implica que, en estos contratos, estas entidades públicas estén despojadas del régimen tradicional de prerrogativas: interpretación del contrato, ius variandi, resolución unilateral...

Otras consecuencias de esta calificación privada alcanzan también relevancia. Cuando surgen conflictos que tienen que ver con la preparación o adjudicación del contrato, se atribuye el conocimiento de los mismos al orden contencioso-administrativo (art. 21.1) ¡Incluso aunque el “poder adjudicador” sea una sociedad o fundación! Esta previsión parece inspirarse en el Derecho comunitario, en concreto, en la denominada “Directiva de recursos”, pero esta norma no impone el concreto orden jurisdiccional competente que ha de pronunciarse sobre las pretensiones de los licitadores. Únicamente exige unas garantías de recurso y medidas cautelares que por lo mismo podrían haberse atribuido, y con más razón en este caso de las sociedades y fundaciones, a los jueces y tribunales civiles.

Pero hay más diferencias entre el régimen de contratación de las Administraciones públicas genuinas y los poderes adjudicadores. Así, no rigen determinadas prohibiciones para contratar que sí deben cuidarse en los contratos administrativos: la resolución culpable de un contrato, la retirada de una proposición o el incumplimiento de condiciones especiales de la ejecución y, lo que más sorprende, la sanción en aplicación de las leyes de subvenciones o tributaria. Es decir que un empresario sancionado por la Administración por distraer subvenciones, infringir la normativa tributaria, por incumplir otro contrato, etc., cuenta con la sanadora indulgencia legal para contratar con las entidades empresariales y sociedades públicas.

Otra duda surge al leer las disposiciones que precisan el régimen para declarar la validez o revisar de oficio determinados acuerdos insertos en la actividad contractual. Estos preceptos se aplican, además de a todos los contratos de las Administraciones públicas “de raza”, a aquellos que estén sujetos a los que la ley llama de “regulación armonizada”, es decir, los contratos públicos de la Directiva comunitaria, los de obras, servicios y suministros que alcancen los correspondientes umbrales que fija la autoridad europea. El interrogante que se abre es el siguiente: ¿sólo cuando los suministros que contrate, por ejemplo, la entidad RED.ES superen esa cifra se seguirán estas actuaciones para declarar la nulidad del contrato o su revisión? Y si el contrato es de una cuantía más pequeña: ¿aplicamos estos preceptos o indicamos que se acuda directamente a los Tribunales? Sorprende que la diferente cuantía cambie de manera tan radical el régimen jurídico de contratos que tienen la misma naturaleza.

Más diferencias existen cuando se sigue leyendo la Ley: el régimen de abstención y recusación o de responsabilidad de las autoridades y personal que intervienen en

los procedimientos de contratación sólo parece referirse a las Administraciones públicas y no a cualquier sujeto de Derecho público como obliga la legislación básica de procedimiento administrativo (art. 294 y disp. adic. 22<sup>a</sup>); no rige el régimen de revisión de precios y, sobre todo, se advierte una mayor discrecionalidad en las actuaciones de los llamados poderes adjudicadores que no son Administraciones auténticas a la hora de considerar la clasificación de los contratistas o exigir garantías... En resumen, un cambio de papeles y mucha e inquietante discrecionalidad.

Por eso, retomando la imagen que apuntamos al inicio de estas observaciones, si consideramos la Ley como un argumento teatral, no es extraño que nos hayamos acordado de la famosa opereta "El murciélago" de **Johann Strauss** (hijo), basada en un vodevil. Es conocido el argumento en el que los personajes representan otro papel en una fiesta organizada por el Príncipe Orlofsky: el protagonista Eisenstein, el de un marqués francés; su mujer, es una princesa húngara; su doncella, una dama vienesa; el jefe de la cárcel, otro caballero francés... Incluso, se desconoce la verdadera identidad del Príncipe, de ahí que se interprete por una mujer. Pero es clara su máxima: que cada uno se divierta a su gusto ("*chacun à son goût!*").

Tal parece la Ley: las personificaciones jurídicas cambian de papel, de régimen jurídico, pues tradicionales organismos públicos hacen contratos de obras o suministros privados; a la vez que sociedades y fundaciones públicas son controladas por los Tribunales contenciosos; y todo ello actuando con gran discrecionalidad, es decir, *chacun à son goût*. Claro que existen algunas diferencias. En lugar de la excepcional música leemos una penosa redacción y, sobre todo, en la opereta al final se descubre el enredo y el protagonista pide disculpas porque el champán tuvo la culpa (*Champagner hat's verschuldet*). Pero con esta Ley no podrán deshacerse tan fácilmente los enredos que origine. Únicamente, quizás el champán sea el germen de una nueva reforma...