

# *Parte general*



# *El ámbito subjetivo de aplicación de la ley de contratación del sector público*

*SUMARIO:* I. ALGUNAS CONSIDERACIONES GENERALES PREVIAS; EN ESPECIAL SOBRE LAS DIFICULTADES DE LA LEGISLACIÓN INTERNA PARA SU PLENA ACOMODACIÓN AL DERECHO COMUNITARIO-EUROPEO. II. LA FINALIDAD Y EL OBJETO DE LA LCSP Y LOS PRINCIPIOS GENERALES DE LA CONTRATACIÓN PÚBLICA. III. EL ÁMBITO DE APLICACIÓN SUBJETIVO. 1. LA IMBRICACIÓN, EN LA DETERMINACIÓN DEL ÁMBITO DE APLICACIÓN, DE LAS DIMENSIONES OBJETIVA Y SUBJETIVA. 1.1. El ámbito de aplicación primario o nuclear. 1.2. El ámbito de aplicación secundario o complementario. 2. LA INMEDIATA EFECTIVIDAD PARCIAL DEL ÁMBITO DE APLICACIÓN, MEDIANTE ANTICIPACIÓN DE ALGUNOS ELEMENTOS DE ÉSTE A LA PLENA ENTRADA EN VIGOR DEL TEXTO LEGAL. 3. EL ÁMBITO DE APLICACIÓN SUBJETIVO. 3.1. El sector público; los sujetos que lo integran. 3.2. El núcleo del sector público o sector público administrativo y, por consecuencia, también el sector público no administrativo. 3.3. El sector materialmente público a efectos de la armonización comunitario-europea.

---

<sup>1</sup> Catedrático de Derecho Administrativo. Universidad Carlos III de Madrid.

## I. ALGUNAS CONSIDERACIONES GENERALES PREVIAS; EN ESPECIAL SOBRE LAS DIFICULTADES DE LA LEGISLACIÓN INTERNA PARA SU PLENA ACOMODACIÓN AL DERECHO COMUNITARIO-EUROPEO

En correspondencia con el entendimiento del Derecho administrativo como el Derecho (estatuto) propio del poder público administrativo, la Ley de Contratos del Estado, texto articulado aprobado por Decreto 923/1965, de 8 de abril, acotó su ámbito de aplicación (art. 1) por relación a los contratos celebrados, con otras personas —naturales o jurídicas—, por la Administración que, sin perjuicio de la local (que contaba con una legislación específica), prácticamente agotaba aquel poder en el Estado preconstitucional centralizado: la Administración del Estado.

Aunque la Constitución de 1978 no impuso por si misma (art. 103 CE) cambio alguno en este enfoque “subjetivo”, condicionado por el estatuto del sujeto público contratante, de la legislación reguladora de la contratación pública, si lo hizo indirectamente al “preparar” (art. 93 CE) nuestra incorporación al proceso de integración europea; integración que se hizo efectiva, en efecto, en 1986. Aunque en el ordenamiento comunitario lo decisivo era, a la sazón y aún hoy, la consecución del mercado común interior mediante el ejercicio de la política —central entre las comunitarias estructurales— de libre competencia, al tiempo de la incorporación española contaba con un notable acervo en la materia, que había de “trasponerse” inmediatamente en el ordenamiento interno y luego no ha hecho sino perfeccionarse y robustecerse. La razón de esta intervención comunitaria es clara: la preservación de las condiciones del mercado cuando a él acuden sujetos, como los públicos, capaces de distorsionarlas. Pero, por ello mismo, la perspectiva desde la que se produce tal intervención no es tanto la del estatuto propio de los “organismos públicos” como la sustantiva y funcional que deriva de la lógica del mercado mismo. De ahí que lo decisivo sea, para la instancia comunitaria, la calificación que materialmente merezca la contratación por razón de si tiene lugar en condiciones de mercado ordinarias o, por el contrario, en las propias de un “mercado público”. Y ello, por más que este último se inscriba, en principio y en cuanto tal (es decir desde la perspectiva del régimen de la actuación de los organismos públicos), en la lógica interna de los Estados miembros, siendo ajeno, por ello y también en principio, a la responsabilidad comunitaria, centrada como está ésta en el mercado regido por la libre competencia en igualdad de condiciones. Se entiende así que la incursión comunitaria en este terreno se haya desarrollado siguiendo una doble línea:

- De un lado, la dirigida, teniendo en cuenta que la neutralidad del Derecho originario comunitario permite la iniciativa pública en la

economía (art. 295 TCE: no perjuicio en modo alguno del régimen de propiedad en los Estados miembros), a evitar toda perturbación del espacio del intercambio de bienes y servicios en libre competencia desde la dinámica (diversa, por basada en el interés general) de la acción estatal o pública. Al amparo del actual artículo 86.3 TCE se dictó, en efecto, la Directiva 80/723/CE, de la Comisión, de 25 de junio, relativa a la transparencia de las relaciones financieras entre los Estados miembros y las empresas públicas, derogada por la Directiva 2006/111/CE, de la Comisión<sup>2</sup>, actualmente vigente y que ha sido transpuesta al ordenamiento interno por la reciente Ley 4/2007, de 3 de abril<sup>3</sup>.

- Y, de otro lado, la que derechamente tiene por finalidad la aproximación o armonización de las legislaciones de los Estados miembros en materia de contratación pública (más bien de: mercado público). Esta línea, que es la que más directamente interesa, i) se inicia ya con la Directiva 71/305/CEE del Consejo, de 26 de julio, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras (objeto de diversas modificaciones posteriores hasta la operada por la Directiva 89/440/CEE, inmediatamente precedente de la normativa en vigor), y la Directiva 77/62/CEE, del Consejo, de 21 de diciembre, de coordinación de los procedimientos de adjudicación de contratos públicos de suministro (también con modificaciones ulteriores, siendo la inmediatamente anterior a la normativa vigente la verificada por la Directiva 88/295/CEE); y que ii) ha continuado con la Directiva 92/50/CEE del Consejo, de 18 de junio, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de servicios; iii) se ha extendido con las Directivas 92/13/CEE del Consejo, de 25 de febrero, por la que se coordinan las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas sobre la aplicación de las normas comunitarias relativas a los procedimientos de adjudicación de contratos por las entidades que operan en los sectores del agua, la energía, los transportes y las telecomunicaciones, y 93/38/CEE del Consejo, de 14 de junio, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos en tales sectores; y finalmente iv) ha acabado complementándose con la referida a la posibilidad de la impugnación eficaz de las adjudicaciones, introducida por la Directiva

---

<sup>2</sup> Relativa a la transparencia de las relaciones financieras entre los Estados miembros y las empresas públicas, así como la transparencia financiera de determinadas empresas.

<sup>3</sup> De transparencia de las relaciones financieras entre las Administraciones públicas y las empresas públicas, y de transparencia financiera de determinadas empresas.

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 de obras. La normativa comunitaria actual, por lo que respecta a esta última y compleja línea de aproximación, armonización o coordinación de las normas de los Estados miembros, está integrada, en lo sustancial, por las Directivas 2004/17/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 31 de marzo, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos en los sectores del agua, la energía, los transportes, las telecomunicaciones y los servicios postales; 2004/18/CEE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 31 de marzo, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, de suministro y de servicios; y 2007/66/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de diciembre, por la que se modifican las Directivas 89/665/CEE y 92/13/CEE, del Consejo, por lo que respecta a la mejora de la eficacia de los procedimientos de recurso en materia de adjudicación de contratos públicos<sup>4</sup>.

La Ley 13/1995, de 18 de mayo, de contratos de las Administraciones Públicas, dictada en época constitucional y de pertenencia de España a la Comunidad Europea, había ya de ajustarse al Derecho comunitario “directivo” de pertinente aplicación. Como los ulteriores pronunciamientos condenatorios del TJCE van a poner de manifiesto, no lo logró por la persistencia inercial de la perspectiva “subjetiva” interna sancionada en la Ley de 1965<sup>5</sup>. Acota su objeto ya, en efecto, de forma más compleja, pero que combina la determinación de los sujetos sometidos (en grado diverso) a ella —punto en el que radica el problema— y el régimen jurídico de su actividad contractual, establecido, a su vez, en función de la distinción entre contratos administrativos (típicos y especiales) y privados.

Esta forma de delimitar el objeto de la legislación en la materia va a subsistir ya, sin perjuicio de variaciones determinadas también por la incidencia

---

<sup>4</sup> Las Directivas números 17 y 18 de 2004 han sido modificadas por las Directivas 2005/51/CE, de la Comisión, de 7 de septiembre (en punto a los anexos); 2005/75/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de noviembre (en materia de umbrales aplicables a los contratos de servicios); y 2006/97/CE, del Consejo, de 20 de noviembre (modificando las Directivas 92/13/CEE, 2004/17/CE y 2004/18/CE con motivos de la adhesión de Bulgaria y Rumania). Y también el Reglamento (CE) núm. 1422/2007, de la Comisión, de 4 de diciembre, que modifica las Directivas 2004/17/CE y 2004/18/CE en punto a los umbrales de aplicación en materia de adjudicación de contratos.

<sup>5</sup> A pesar de la adaptación al Derecho comunitario producida por el Real Decreto Legislativo 931/1986, de 1 de mayo.

del Derecho comunitario europeo, hasta el texto refundido aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio, consecuencia de las modificaciones operadas, sucesivamente, en la Ley de 1995 por la disposición adicional primera de la Ley 9/1996, de 15 de enero; el artículo 2 de la Ley 11/1996, de 27 de diciembre; los artículos 72, 148 y 149 de la Ley 13/1996, de 30 de diciembre; el artículo 77 de la Ley 66/1997, de 30 de diciembre; el artículo 56 de la Ley 50/1998, de 30 de diciembre; el artículo 30 de la Ley 40/1998, de 17 de diciembre; y, sobre todo, la Ley 53/1999, de 28 de diciembre, directamente dirigida a la modificación de la expresada Ley de 1995.

No es de extrañar, pues, que legislación española sobre contratación pública haya venido encontrando dificultades para encajar plenamente en las Directivas comunitario-europeas dirigidas justamente a armonizar los ordenamientos nacionales en la materia<sup>6</sup>. Con entera independencia de otras posibles razones, la principal radica en la no coincidencia de las perspectivas de una y otras. Pues en el ordenamiento español ha persistido, como determinante<sup>7</sup>, el doble dato de la cualidad del sujeto (una Administración pública o entidad que tiene la consideración de tal) y el régimen jurídico-público de su actividad<sup>8</sup>.

## II. LA FINALIDAD Y EL OBJETO DE LA LCSP Y LOS PRINCIPIOS GENERALES DE LA CONTRATACIÓN PÚBLICA

Como resulta de la exposición de motivos LCSP<sup>9</sup>, la finalidad de ésta no responde sólo a hacer plenamente efectivo el requerimiento de conformidad

---

<sup>6</sup> Como prueban las Sentencias condenatorias dictadas por el TJCE el 17 de noviembre de 1993, 3 de mayo de 1994, 15 de mayo de 2003, 16 de octubre de 2003 y 13 de enero de 2005 (la cual dio lugar a la promulgación del Real Decreto-Ley 5/2005, de 11 de marzo, para actualizar las reglas de adjudicación de los contratos).

<sup>7</sup> En el ámbito de la contratación pública lo ha sido desde luego hasta la Ley de 1995, continuando inercialmente (no obstante las correcciones introducidas para cumplimiento del Derecho comunitario) su influencia después y hasta hoy.

<sup>8</sup> Lo que conduce a la admisión de la posibilidad del legislador de alterar el binomio naturaleza del sujeto-régimen objetivo de su actividad, combinando de diferente forma sus elementos para producir sobre todo el efecto de situar el sujeto o su actividad (en todo o en parte) en el ámbito bien del Derecho público, bien del Derecho privado o común con entera independencia de la índole de la función en cada caso cumplida por el primero o mediante la segunda.

<sup>9</sup> El apartado I de la exposición de motivos LCSP:

— Comienza afirmando: “Desde la adhesión a las Comunidades Europeas, la normativa comunitaria ha sido el referente obligado de nuestra legislación de contratos públicos, de

que parte del Derecho comunitario europeo, pues lo hace también a la lógica persistente de la exigencia de la disciplina interna, jurídico-administrativa, de la contratación pública. Esta doble línea de motivación va a lastrar nuevamente el objetivo, indudablemente perseguido, de alcanzar esta vez una satisfactoria sintonía con el referido Derecho comunitario.

Explica desde luego que la finalidad del texto legal primero condicione decisivamente su objeto (art. 1) y luego predetermine su ámbito de aplicación (art. 2), cuya fijación presupone, a su vez, la clasificación básica de los contratos según los siguientes tres criterios (dos principales —los dos primeros— y uno auxiliar o complementario —el último): i) el sujeto contratante (perteneciente o no al sector público: contratos del sector público y restan-

---

tal forma que, en los últimos veinte años, las sucesivas reformas que han llevado desde el Texto Articulado de la Ley de Bases de la Ley de Contratos del Estado hasta el Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas han tenido como una de sus principales justificaciones la necesidad de adaptar esta legislación a los requerimientos de las directivas comunitarias... *Esta Ley de Contratos del Sector Público también ha encontrado en la exigencia de incorporar a nuestro ordenamiento una nueva disposición comunitaria en la materia el impulso primordial para su elaboración...*”.

- Para indicar a continuación: “Sin embargo, aun siendo la necesidad de incorporar a nuestro ordenamiento la Directiva 2004/18/CE el motivo determinante de la apertura de un nuevo proceso de revisión de nuestra legislación de contratos públicos, *este punto de partida no ha operado como límite o condicionante de su alcance. La norma resultante, en consecuencia, no se construye a trasponer las nuevas directrices comunitarias, sino que, adoptando un planteamiento de reforma global, introduce modificaciones en diversos ámbitos de esta legislación*, en respuesta a las peticiones formuladas desde múltiples instancias (administrativas, académicas, sociales y empresariales) de introducir diversas mejoras en la misma y dar solución a ciertos problemas que la experiencia aplicativa de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas ha ido poniendo de relieve”.
- De ahí que luego, en el último párrafo del apartado II, se afirme: “... Desarrollar la Ley de contratos como *una norma que, desde su planteamiento inicial, se diseñe teniendo en cuenta su aplicabilidad a todos los sujetos del sector público, permite dar una respuesta más adecuada a los problemas antes apuntados, aproximando su ámbito de aplicación al de las normas comunitarias de referencia*, incrementando la seguridad jurídica al eliminar remisiones imprecisas y clarificar las normas de aplicación, aumentando la eficiencia de la legislación al tomar en cuenta la configuración jurídica peculiar de cada destinatario para modular adecuadamente las reglas que le son aplicables, y *previendo un nicho normativo para que, en línea con las posiciones que postulan una mayor disciplina en la actuación del sector público en su conjunto, puedan incluirse reglas para sujetos que tradicionalmente se han situado extramuros de esta legislación*. La identificación de las disposiciones ligadas a las directivas de contratación, por su parte, permite enmarcar de forma nítida el ámbito de regulación disponible para el legislador nacional, dentro del respeto a los principios y disposiciones del Derecho Comunitario originario que determinan la sumisión de toda la contratación pública, cuando menos, a los principios de publicidad y concurrencia, a efectos de matizar el régimen de contratación de los diferentes sujetos sometidos a la Ley, y facilitar el análisis de la norma de cara a adoptar decisiones de política legislativa “ (la cursiva es, en todos los casos, del autor).

tes contratos; ii) el Derecho que rige la relación contractual (administrativo o común: contratos administrativos y contratos privados); y iii) el régimen de la preparación y adjudicación (sujeto o no al Derecho comunitario: contratos sometidos a regulación armonizada y restantes contratos). Este planteamiento trae causa de la toma de conciencia por el legislador de la obsolescencia del modelo histórico de la normativa sobre contratación pública (el de 1965), sucesivamente asumido en 1986 y 1995 y basado en el contrato administrativo de la o las Administraciones públicas. Pues tal modelo ha ido dando lugar a i) su ampliación o extensión —no completa— a los contratos sujetos a la normativa comunitaria europea y ii) a la sujeción —en lo demás— de la adjudicación de los contratos de los restantes sujetos del sector público a ciertos principios (publicidad y concurrencia). Modo de operar éste, cuyos inconvenientes ahora se diagnostica: a) colocación en una zona de indefinición de los contratos (sujetos o no a la normativa comunitaria europea) celebrados por sujetos del sector público sin la condición de Administraciones públicas; b) renuncia a la modulación de los términos de la aplicación de la legislación de que se trata (pensada para las Administraciones públicas) en función de las características de los sujetos capaces de celebrar contratos sometidos a la misma; y c) favorecimiento de la no identificación precisa de los ámbitos de la referida legislación —de suyo desde siempre con un grado de exigencia equiparable al de la normativa comunitaria— condicionados por ésta. Y justifica, así, la afirmación de la procedencia del establecimiento, ahora, de un marco de referencia que supere tales inconvenientes, percibidos ya como limitaciones. El enfoque resultante, del que se predica —sin suficiente justificación— novedad radical se apoya en dos pilares:

- a) La definición amplia del ámbito de aplicación (presupuesta ya en la determinación del objeto), pero sin renuncia completa a la perspectiva tradicional.
- b) La identificación funcional (plano superpuesto al anterior) del área normativa vinculada por el Derecho comunitario europeo.

Se entiende así la correspondencia entre la doble finalidad de la Ley y la composición doble de su objeto.

Con la finalidad<sup>10</sup> principal de i) la garantía del ajuste a (y la eficacia de) los principios de libertad de acceso a las licitaciones, publicidad y transparencia de los procedimientos y no discriminación e igualdad de trato entre

---

<sup>10</sup> La que se expresa en el inciso del párrafo primero del artículo 1, que comienza con la expresión "... a fin de ...".

los candidatos; y ii) el aseguramiento de una eficiente utilización de los fondos destinados a la realización de obras, la adquisición de bienes y la contratación de servicios mediante la exigencia de la definición previa de las necesidades a satisfacer, la salvaguarda de la libre competencia y la selección de la oferta económicamente más ventajosa, se corresponde el objeto primero del texto legal<sup>11</sup>: *la regulación de la contratación del entero sector público*<sup>12</sup>. Queda claro, así, que, desde el convencimiento de que el grado de exigencia propio de la normativa interna es igual o incluso superior al de la comunitaria europea, el objeto de la Ley se acota con gran amplitud por razones no sólo ligadas a esta última normativa, sino de política interna reconducibles al sometimiento de todo el sector público (y no sólo las Administraciones públicas) a la disciplina del régimen de la contratación pública. Culmina de este modo en el ámbito de la contratación pública un proceso análogo al cumplido en los de la organización administrativa (al menos por lo que hace a la Administración General del Estado y con la LOFAGE) y la gestión presupuestaria (con la Ley General Presupuestaria, a partir de la de 1977<sup>13</sup>). Pero que en este caso conduce a una asimetría en el régimen jurídico de las Administraciones públicas: de un lado, el de su actividad unilateral y, en su caso, consensual (preparatoria o sustitutiva de la unilateral) y, de otro lado, el de su llamada actividad contractual<sup>14</sup>. Si la primera cuenta con un estatuto propio, específico y diferenciado, presidido por la LRJPAC, la segunda queda inserta y, por tanto, diluida en uno de radio más amplio, justamente el acotado por el concepto más amplio de “sector público”<sup>15</sup>, establecido desde y para la disciplina presupuestaria y que ahora trasciende al plano de la regulación sustantiva de la actividad misma. La pretensión de

---

<sup>11</sup> Concretado en el inciso inicial del precepto legal.

<sup>12</sup> El concepto de sector público, ya establecido por la legislación general presupuestaria, aparece por primera vez en la legislación de la contratación pública de 1995 para acotar las entidades mercantiles (derivadas del ejercicio de la iniciativa pública en la economía) que quedan al margen del régimen de la contratación pública y cuya contratación se sujeta exclusivamente a los principios de publicidad y concurrencia. Véase el comentario al artículo 2.

<sup>13</sup> No es casualidad que la exposición de motivos de la actual Ley General Presupuestaria, la Ley 47/2003, de 26 de noviembre, insista en el perfeccionamiento de la definición plena del sector público (estatal) y exprese que completa la regulación de la LOFAGE, incluyendo las demás formas organizativas del sector público surgidas al margen o con posterioridad a ella.

<sup>14</sup> Impropiamente, porque en tal actividad se diferencian netamente: la actividad propiamente dicha de la correspondiente Administración pública, que es unilateral (la preparación y la adjudicación del contrato) y la relación contractual, que no es ya actividad administrativa y sobre la que se proyecta de nuevo la actividad unilateral de la correspondiente Administración (interpretación, modificación y resolución de los contratos).

<sup>15</sup> Concepto, cuya precisión realiza el posterior artículo 3.1 LCSP.

disciplina de toda la contratación del sector público persigue, así, no sólo su colocación en la lógica comunitario europea, sino, especialmente, su sintonía con la de la gestión presupuestaria que, presidida por el objetivo de la estabilidad, se traduce en el control del gasto y la aplicación eficiente de los fondos públicos cuando de la realización de obras, la adquisición de bienes y el requerimiento de prestación de servicios se trata. El resultado de esta imbricación de finalidad perseguida y objeto de la regulación establecida para conseguirla es la acuñación —desde este primer precepto y para toda la contratación del sector público— de los siguientes principios generales (susceptibles de modulación y, en su caso, excepción justificada por las regulaciones concretas) de la actividad unilateral y, en su caso (en la de las Administraciones públicas), formalizada (procedimentalizada) de i) determinación de la procedencia de recurrir al mercado para la realización de obras, la adquisición de bienes, la obtención de servicios o la gestión de servicios propios; ii) preparación de la contratación; iii) determinación del objeto y las condiciones de la contratación; iv) selección del contratista; v) adjudicación del contrato; vi) interpretación, modificación y resolución del contrato:

- Publicidad y transparencia de (todos) los procedimientos.
- Definición previa, en el caso del recurso a la contratación, de las necesidades a satisfacer.
- Respeto a y salvaguarda de, en caso de recurso al mercado, de la libre competencia propia de éste.
- Libertad de acceso a las licitaciones.
- No discriminación e igualdad de trato entre los candidatos.
- Selección de la oferta económicamente más ventajosa.
- Eficiencia en la utilización de los fondos a comprometer o comprometidos por la contratación.

Las finalidades de política interna se extienden<sup>16</sup> a las institucionales de carácter público perseguidas con los contratos administrativos. Con éstas se corresponde un objeto complementario del nuclear antes expuesto: *la regulación del régimen jurídico de los efectos, el cumplimiento y la extinción de los contratos administrativos*. Aunque la expresión legal no es precisa ni afortunada, parece que debe entenderse que los fines aludidos son los que conti-

---

<sup>16</sup> Se trata con toda evidencia de una finalidad “diferenciada” por correspondiente al que la exposición de motivos (véase nota núm. 8) califica de “nicho normativo” en la disposición del legislador nacional y a emplear por éste justamente en el sentido de una mayor “disciplina” en la contratación. Se consigna en el párrafo segundo del artículo LCSP comentado.

núan justificando la decantación de la categoría del contrato administrativo, es decir, la de su sujeción a un régimen exorbitante del común; fines éstos, que remiten, en definitiva, a los propios de la legislación sectorial reguladora de la actividad administrativa para cuyo desarrollo se haga preciso el recurso a la contratación de obras, suministros o servicios. Esta reconducción a la teleología de la actividad administrativa unilateral y, con ella, de las potestades en que descansa, explica que el objeto complementario en que se traduce la finalidad ahora comentada quede inscrito dentro del más amplio principal. Pues ahora se trata de la disciplina sólo de una parte de los contratos del sector público, obviamente en el sentido de incremento de su rigor. Pero, nótese bien, de la disciplina no de la actividad de preparación y adjudicación de los contratos administrativos, sino de los efectos de éstos y de la relación contractual a la que la suscripción de éstos da lugar (su cumplimiento y extinción).

### III. EL ÁMBITO DE APLICACIÓN SUBJETIVO

#### 1. LA IMBRICACIÓN, EN LA DETERMINACIÓN DEL ÁMBITO DE APLICACIÓN, DE LAS DIMENSIONES OBJETIVA Y SUBJETIVA

La Ley de Contratos del Estado, texto articulado aprobado por Decreto 923/1965, de 8 de abril, acotó su ámbito de aplicación sometiendo a su regulación (art. 1): i) todos los contratos, sin distinción ni limitación alguna (por tanto, tampoco por razón de gratuidad u onerosidad), ii) celebrados por la Administración del Estado (sólo por ella, pues) con cualesquiera personas<sup>17</sup>. La Ley 13/1995, 18 mayo, de Contratos de las Administraciones Públicas (arts. 1 y 2) no cambió de perspectiva al deli-

---

<sup>17</sup> De la exigencia de la existencia de una relación verdaderamente contractual (onerosa) se sigue la importante consecuencia de la colocación fuera del ámbito de aplicación de la LCSP de las relaciones “internas” articuladas sobre la —hasta ahora discutida— encomienda de gestión regulada en el artículo 15 LRJPAC. El TJCE, en su Sentencia de 19 de abril de 2007, recaída en el asunto TRAGSA, ha dejado muy claro que el campo de la llamada “contratación *in house*” queda fuera y al margen del Derecho comunitario de armonización de la legislación de los Estados miembros sobre contratación pública. La disposición adicional trigésima de la LCSP adecua por ello el régimen jurídico de dicha sociedad y de sus filiales. Con carácter general, el artículo 24.6 LCSP establece ahora los requisitos para que entes, organismos y entidades (de Derecho público o privado) del sector público puedan ser considerados medios propios y servicios técnicos de sujetos que tengan la consideración legal de poderes adjudicadores a los efectos justamente de que las encomiendas que se les realicen tengan la consideración de negocios jurídicos excluidos de la LCSP en los términos de su artículo 4., n).

mitar su ámbito de aplicación, pero moduló éste por razón tanto de la organización territorial del Estado definida por la Constitución, como del Derecho comunitario europeo, y calificó significativamente de “subjetiva” la aplicación cuyo ámbito se trataba de determinar. La esfera de lo sujeto a la Ley no resultó por ello modificada, pues siguió siendo definida — como desde 1965— por todos los contratos celebrados por la Administración pública, sólo que integrada ésta ahora ya no sólo por la Administración General del Estado, sino —por exigencia de la competencia legislativa estatal prescrita en el artículo 149.1.18 CE en el contexto del Estado de las autonomías territoriales— por todas las Administraciones públicas. Esta ampliación de los sujetos cuya actividad contractual quedaba sometida a la Ley no se hizo, sin embargo, mediante una simple remisión a la determinación que de las Administraciones públicas se contenía ya en su estatuto legal básico, la LRJPAC, sino mediante una determinación propia, que aparece y se consolida, así, de forma paralela en la legislación de la contratación pública, está al servicio de ella y, por tanto, opera a los exclusivos efectos de la misma. La razón de esta forma de operar no se circunscribió a la multiplicación territorial y funcional de las Administraciones, trayendo causa igualmente de los requerimientos del Derecho comunitario europeo, ya actuantes a la sazón en nuestro Derecho. De ahí que la Ley no sólo distinguiera (como lo hacía ya la LRJPAC) los sujetos que son Administraciones públicas (las Administraciones territoriales) de los que sólo tienen la consideración de tales (los organismos autónomos y restantes entidades de Derecho público vinculadas o dependientes de cualquiera de las verdaderas Administraciones públicas), sino que —aquí la incidencia del Derecho comunitario— únicamente sometía a su regulación a aquéllos de entre estos últimos en los que se dieran dos requisitos considerados suficientes para cumplir las exigencias de dicho Derecho comunitario<sup>18</sup>. Y a estas mismas exigencias se debió que al ámbito de aplicación “subjetiva” así acotado se sumara aún otro referido a las entidades de Derecho público no sujetas completamente a la Ley y establecido a fin de someter la suscripción por éstas de determinados contratos priva-

---

<sup>18</sup> Concretamente los siguientes: i) Haber sido creadas para satisfacer específicamente necesidades de interés general que no tengan carácter industrial o mercantil; y ii) tratarse 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.



dos<sup>19</sup> exclusivamente a las reglas relativas a la capacidad de los contratistas, la publicidad y los procedimientos y formas de adjudicación. Por ello, el ámbito de aplicación no comprendía aún todo el mundo de los sujetos públicos o en mano pública (los generados por la iniciativa pública en la economía). A la parte del mismo no incluido en él hubo de referirse, por ello, la disposición adicional sexta del texto legal, la cual —bajo la rúbrica “principios de contratación en *el sector público*” (definido todavía exclusivamente por la legislación presupuestaria)— estableció que las sociedades mercantiles en cuyo capital fuera mayoritaria la participación directa o indirecta de las Administraciones públicas o de sus organismos autónomos o entidades de Derecho público debían ajustarse en su actividad contractual a los principios de publicidad y concurrencia, salvo incompatibilidad de la naturaleza de la operación a realizar con estos principios.

El ámbito de aplicación (subjetiva) establecido en tales complejos términos se mantuvo, en lo esencial, en la reforma parcial operada por la Ley 53/1999, de 28 de diciembre, y, por tanto, también en el texto refundido desencadenado por ella y aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio. Las únicas variaciones que experimentó obedecieron a la necesidad de adaptarse mejor al Derecho comunitario, lo cual dio lugar a la ampliación del círculo de las entidades cuya contratación (de Derecho privado) estaba sujeta a sólo parte de la regulación legal (las ya mencionadas reglas relativas a la capacidad para contratar, la publicidad y los procedimientos y las formas de adjudicación) a: i) las sociedades mercantiles estatales<sup>20</sup>; las sociedades mercantiles que, sin tener la naturaleza de sociedades estatales, estuvieran bajo la influencia de la Administración General del Estado o sus organismos públicos (en los términos propios de los denominados grupos de empresas); y otras sociedades mercantiles equivalentes de otras Administraciones públicas creadas específicamente para satisfacer necesidades de interés general sin carácter industrial o mercantil; y ii) las fundaciones del sector público, siempre que en unas y otras concurrieran uno de los dos siguientes requisitos: o estar mayoritariamente financiadas por una Administración pública o entidad de Derecho público o estar sometida su gestión a control de una de aquéllas o sus órganos de administración,

---

<sup>19</sup> Concretamente los de ciertas obras; los de consultoría y asistencia; y los de servicios relacionados con los primeros que superasen ciertos umbrales cuantitativos y cuya principal fuente de financiación procediera de transferencias o aportaciones de capital provenientes directa o indirectamente de las verdaderas Administraciones públicas.

<sup>20</sup> Sociedades en las que la participación, directa o indirecta, en su capital social de las entidades que, conforme a la legislación presupuestaria, integran el sector público estatal, sea superior al 50%.

dirección o vigilancia compuestos por miembros más de la mitad de los cuales sean nombrados también por una Administración pública o entidad de Derecho público. Por lo demás, se conservó (disposición adicional sexta) la colocación de las sociedades mercantiles cuyo capital estuviera mayoritariamente en manos de una Administración pública, un organismo autónomo o una entidad de Derecho público al margen de la regulación legal y únicamente sujetas en su actividad contractual a los principios de publicidad y concurrencia.

La LCSP, aunque parece acotar en un solo paso su ámbito de aplicación —como anuncia la rúbrica del precepto (“ámbito de aplicación”), lo hace en realidad en dos, pues aquél queda incompleto y precisa, para su integridad, de la determinación de los sujetos integrantes del sector público en él aludido; determinación a la que se dedica justamente el siguiente artículo 3 (“ámbito subjetivo”). Este modo de proceder quiere ciertamente expresar el cambio de enfoque o perspectiva que la LCSP predica, en su exposición de motivos, de sí misma respecto de la legislación anterior, pero que, como inmediatamente se comprobará, dista de ser tan radical como se pretende. El centro de gravedad se sitúa ahora en la acotación objetiva de lo sujeto a la Ley para lograr una sintonía o coordinación plena con el Derecho comunitario (para acabar con la secuencia de desencuentros entre ambos ordenamientos declarados por el TJCE), pero sin poder prescindir obviamente de la perspectiva subjetiva, que sigue resultando precisa para ultimar aquella acotación y se intercala, por ello, entre ella y la tradicional y negativa de exclusión de determinados contratos del campo de regulación propio del texto legal.

La delimitación del ámbito de aplicación no es, pues, ni exclusivamente objetiva, ni simple o mero resultado de los criterios a que en principio responde. No es objetiva, porque la expresión “contratos del sector público”

—aunque parezca aludir a una categoría sustantiva precisa de contratos— no es, en la Ley otra cosa que la denominación genérica de los contratos celebrados por los sujetos integrantes del sector público y enumerados en su artículo 3. Por ello, debe servirse no sólo del criterio sustantivo de los contratos, sino también del subjetivo que se expresa en el concepto de sector público, que alude al referido círculo de sujetos (el contenido del siguiente artículo 3 incide, así, en el del artículo 2, del cual debe considerarse materialmente parte en cuanto indispensable para la precisión del “sector público”). De otro lado, la combinación de ambos criterios produce ciertamente delimitación del ámbito de aplicación y así se manifiesta claramente en la literalidad del artículo 2 LCSP cuando a la frase “son contratos del sector público ...” conecta la de “... y, en consecuencia, están sometidos a la presente Ley ...”. Pero no la última tampoco ni en cuanto a extensión del ámbito, ni en cuanto a la forma y los términos de la aplicación en él de la Ley. En efecto, la referida combinación de criterios:

- a) Delimita sólo el ámbito nuclear o primario de aplicación de la Ley<sup>21</sup>, al cual el artículo 2.2 de la misma suma aún uno complementario o secundario, que, en cuanto requerido con toda evidencia para asegurar la plena conformidad con el Derecho comunitario<sup>22</sup>, pone de manifiesto que el enfoque tradicional sigue subyaciendo al actual.
- b) Se complementa con el de modulación de la forma y los términos de la aplicación de la Ley en todo dicho ámbito primario<sup>23</sup>; criterio éste que tiene su causa primaria en que el texto legal carece de aplicabilidad plena por consecuencia del título constitucional competencial en cuyo ejercicio descansa: el establecido en el artículo 149.1.18 CE, que sólo autoriza al Estado para dictar legislación básica sobre contratos. La aplicación de todo el texto legal o sólo de aquéllos de sus preceptos declarados (correctamente<sup>24</sup>) básicos (lo

---

<sup>21</sup> Fruto concurrentemente de la política legislativa interna, como de la adecuación al Derecho comunitario.

<sup>22</sup> Fruto, por ello, de la necesidad de evitar toda descoordinación, por insuficiencia, con el Derecho comunitario.

<sup>23</sup> En el secundario o complementario opera también el criterio de la diversificación de los términos de aplicación de la Ley, pero de forma específica sencillamente porque la entera extensión de dicho ámbito trae causa ya exclusivamente de la obligación de otorgar efectividad al Derecho comunitario, por lo que responde exclusivamente a tal lógica (sin participación ya de interna alguna).

<sup>24</sup> Según apreciación final, en su caso, del Tribunal Constitucional.

que se hace en la disposición final séptima<sup>25</sup>) depende, pues y por exigencia constitucional, de si los sujetos destinatarios (los del sector público) se inscriben en la instancia territorial central o general del Estado (sobre la que el legislador estatal o general tiene en todo caso plena disposición) o, por el contrario, lo hacen, respectivamente, en las instancias territoriales autonómica o local (respecto de las cuales el referido legislador sólo puede ejercer la función legislativa, en este caso, de forma limitada). Lo que se traduce necesariamente en la correspondiente modulación en la aplicación de la Ley.

### 1.1. *El ámbito de aplicación primario o nuclear.*

Como ya ha quedado dicho dos son los criterios que determinan y, por tanto, dos son también los elementos que componen esta parte nuclear del ámbito de aplicación: de un lado, los contratos comprendidos en la categoría de “contratos del sector público” y, de otro, el círculo de sujetos incluidos en el sector público. Importa ahora dejar establecido, antes de entrar en el análisis de dichos sujetos, que por contratos del sector público se entienden los celebrados por tales sujetos que:

a) Sean onerosos.

Quedan fuera, así, del ámbito de aplicación de la Ley los contratos gratuitos, es decir, aquéllos cuya causa resida en la mera liberalidad conforme al artículo 1287 Cc. Desde el punto de vista interno ésta es sin duda una importante novedad de la Ley, pero no puede olvidarse que ésta no hace otra cosa aquí que ser consecuente con la definición que el Derecho comunitario<sup>26</sup> hace de “contrato público”, uno de cuyos elementos básicos es justamente el carácter oneroso.

b) Con independencia de cual sea su naturaleza jurídica, es decir, cualquiera que sea ésta.

Los contratos del sector público pueden ser, pues, de cualquiera de los tipos enumerados en los artículos 6 a 12, ambos inclusive, LCSP, es decir, de obras, de concesión de obras públicas, de gestión de servicios públicos, de suministro, de servicios, de colaboración en-

---

<sup>25</sup> Se remite, en cuanto a la determinación de los preceptos legales aplicables a todos los sujetos del sector público, al comentario de la indicada disposición final séptima.

<sup>26</sup> La versión actual de esa definición se contiene en el artículo 1.2, a) de la Directiva 2004/18/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 31 de marzo, ya citada.

tre el sector público y privado o mixtos, con independencia de si tienen carácter administrativo o privado e, incluso, si están sujetos o no a regulación armonizada, pues aquel carácter y esta regulación inciden únicamente en el régimen que, dentro de la regulación legal, es aplicable al procedimiento de contratación o al contrato mismo, así como a la jurisdicción competente —asimismo de acuerdo con la Ley— para conocer de los conflictos contractuales y los remedios que puedan actuarse ante la misma. Todos los contratos que, respondiendo a los tipos legales, sean celebrados por sujetos del sector público caen, pues, en el ámbito nuclear de aplicación del texto legal.

### *1.2. El ámbito de aplicación secundario o complementario*

Consiste en una extensión del anterior, cuyo carácter secundario o complementario luce en el inciso inicial del apartado segundo del artículo 2 LCSP: “Están *también* sujetos a la presente Ley ...”. La sintaxis de esta extensión, por razón claramente comunitaria, del ámbito de aplicación de la Ley produce la impresión inicial de estar cumplida, al igual que el nuclear, mediante el empleo de dos criterios básicos (objetivo y subjetivo) y una modulación de la aplicación misma. A ello contribuye la utilización de la técnica de la remisión a otros preceptos (arts. 17 y 250 LCSP) para la integración del propio contenido dispositivo. Tomado éste en su conjunto, se impone la realidad: aunque se empleen aquí los mismos criterios que en la delimitación del ámbito de aplicación nuclear o primario, la extensión de éste se compone de dos supuestos genéricos, uno de los cuales se descompone, a su vez, en dos más específicos, cuya diferenciación da lugar a una específica modulación de los términos de la aplicación de la Ley.

- A) La extensión del ámbito de la aplicación de la Ley es, pues, la suma de los siguientes supuestos:
1. El genérico (subdividido en dos específicos) definido en el apartado 2.º del precepto con el auxilio de remisión al artículo 17 LCSP, cuyos elementos definitorios son: 1.º objetivo: comprende los contratos subvencionados en más del 50% de su importe por uno o varios sujetos del sector público (sean o no poderes adjudicadores)<sup>27</sup>; y 2.º subjetivo: incluye sólo los celebrados por cualesquiera otras personas físicas o jurídicas que o bien sean particulares (integrantes del sector privado) o bien, cuando pertenezcan al sector público, carezcan de la condición de poder adjudicador<sup>28</sup>.  
El supuesto específico definido en la letra a) del apartado 1.º del artículo 17 LCSP requiere que el contrato, además, i) sea del tipo “contrato de obras” con uno de los objetos especificados en el precepto legal; y ii) tenga un valor estimado igual o superior al umbral de 5.278.000 euros.  
Según el supuesto específico definido en la letra b) del apartado 1 del artículo 17 LCSP, el contrato debe, además, i) ser del tipo “contrato de servicios”; ii) estar vinculado a uno de los contratos de obras incluidos en el supuesto específico anterior; y iii) tener un valor estimado igual o superior al umbral de 211.000 euros.
  2. El supuesto genérico definido en el apartado 2.º del precepto con el auxilio de la remisión al artículo 250 LCSP, cuyos elementos son: 1.º tratarse de contratos del tipo también “contrato de obras” (ele-

---

<sup>27</sup> Pues el artículo 2.2 LCSP no establece ninguna limitación, restricción o excepción. La referencia restrictiva que el artículo 17.1 LCSP (remitido) a los contratos subvencionados sujetos a una regulación armonizada (y, por tanto, indirectamente, a la condición de poderes adjudicadores) debe entenderse hecha por razón del propio objeto del este precepto (que forma parte sistemáticamente de la regulación de los contratos sujetos a la referida regulación armonizada) y su incidencia posible sobre la amplia acotación subjetiva de la extensión del ámbito de aplicación que efectúa el artículo 2.2 LCSP si se tiene en cuenta que, conforme al apartado 2 del propio artículo 17, el carácter de contrato sujeto a una regulación armonizada y, por tanto, la condición de poder adjudicador del sujeto que lo subvenciona sólo opera como criterio complementario para determinar los términos de la aplicación de la LCSP.

<sup>28</sup> Pues si tienen la condición de poder adjudicador, el artículo 17.2 LCSP dispone la aplicación (a los contratos subvencionados que celebren) de las normas de contratación previstas para ellas, es decir, la plena de la Ley (incluida su parte relativa a la regulación armonizada), con la sola excepción de las normas relativas a la competencia para resolver el recurso especial en materia de contratación y adoptar medidas cautelares en el procedimiento de adjudicación (que son las del art. 37.4, párr. 2.º LCP). En otras palabras: si se da la condición de poder adjudicador, el contrato cae en el ámbito de aplicación primario de la Ley.

mento objetivo); y 2.º) que sean celebrados con terceros<sup>29</sup> por i) los concesionarios de obras públicas (es decir, parte en un contrato del tipo “contrato de concesión de obras públicas”), tengan o no el carácter de poder adjudicador conforme al artículo 3.3 LCSP<sup>30</sup> (elemento subjetivo).

Una observación final. Como en la determinación de este ámbito de aplicación complementario no se contiene limitación o precisión —como si se hace para el ámbito primario— acerca del carácter oneroso de los contratos, podría pensarse que tal restricción no rige en él. Es claro, sin embargo, que sí rige. Pues la extensión comprende únicamente contratos típicos o derivados de ellos, todos los cuales son onerosos. Y en todo caso trae causa del Derecho comunitario y éste parte del carácter oneroso del contrato público (categoría que engloba los ahora considerados).

B) Los términos de la aplicación de la LCSP a la extensión así determinada.

El inciso inicial del apartado 2.º del artículo 2 LCSP precisa que la aplicación de la Ley a los supuestos incluidos en la extensión del ámbito que determina debe tener lugar “... en los términos que en ella se señalan ...”.

Para los contratos subvencionados comprendidos en la extensión comentada, tales términos son los que se prescriben en el apartado 2 del artículo 17 LCSP (en virtud de la remisión que a este precepto se efectúa expresamente) y están en función de las características del sujeto contratante. Si son celebrados por particulares (sujetos del sector privado) o sujetos del sector público que no tengan la condición de poder adjudicador: son de aplicación las normas reguladoras de los contratos subvencionados en conjunción con las de la LCSP que sean de aplicación al sujeto contratante (por razón de su naturaleza). Si, por el contrario, son celebrados por sujetos del sector público que tengan la condición de poder adjudicador: son de aplicación en todo caso las normas de contratación previstas para estos sujetos de acuerdo con su naturaleza, salvo la relativa a la determinación de la competencia para resolver el recurso en materia de contratación y adoptar las medidas cautelares en los procedimientos de adjudicación

---

<sup>29</sup> Sobre quienes tienen, conforme a la LCSP, la condición de terceros y quienes no (el concepto de tercero aparece ligado al de agrupación o vinculación de empresas), véase el artículo 250.2 LCSP.

<sup>30</sup> Véase el comentario al artículo 3 LCSP.

(en sustitución de la cual es aplicable la contenida en el artículo 37.4 LCSP).

Por lo que hace a los contratos celebrados por concesionarios de obras públicas, los términos de la aplicación de la LCSP son los que derivan del artículo 250 de la misma, igualmente por razón de la remisión que a él se opera. Están igualmente en función de las características del sujeto contratante. Si el concesionario de obra pública tiene, además, la condición de poder adjudicador, son de aplicación en todo caso las disposiciones de la LCSP sobre adjudicación del contrato típico de obras. Si, por el contrario, el concesionario de obra pública carece de la condición de poder adjudicador, son de aplicación las reglas que para la adjudicación de contratos a terceros establece el propio artículo 250 LCSP<sup>31</sup>.

El análisis precedente confirma la apreciación avanzada: la LCSP, más que dar un giro radical en el enfoque de su ámbito de aplicación, lo que hace más bien es, en lo sustancial, ampliar (actualizándola) la disciplina jurídico-administrativa de la contratación del entero sector público o condicionada (vía subvención) o determinada (vía concesión de obra pública) por éste, modulando dicha disciplina en función de las características de los sujetos contratantes. Ampliación, cuya estructura interna asimétrica obedece a la conjunción en el dictado de la LCSP, con incidencia variable, de razones tanto de política legislativa interna como derivadas de las obligaciones inherentes a la condición de Estado miembro de la Comunidad Europea.

## 2. LA INMEDIATA EFECTIVIDAD PARCIAL DEL ÁMBITO DE APLICACIÓN, MEDIANTE ANTICIPACIÓN DE ALGUNOS ELEMENTOS DE ÉSTE A LA PLENA ENTRADA EN VIGOR DEL TEXTO LEGAL

En su disposición final duodécima la LCSP dispone su entrada en vigor, tras un periodo de *vacatio legis*, a fecha determinada, concretamente a los seis meses de su publicación en el Boletín Oficial del Estado. Esta disposición cuenta con el precedente de la Ley de 8 de abril de 1965, que en su disposición final primera fijó su entrada en vigor al mes y unos días después de su publicación. No hay precedente alguno, sin embargo, para la previsión de una aplicación inmediata durante el periodo de *vacatio legis*, como la que resulta de la excepción que se contiene en la propia disposición final duodécima LCSP con relación a su disposición transitoria séptima. La Ley de

---

<sup>31</sup> Sobre dichas reglas véase el citado artículo 250 LCSP.

1965 nada previó en efecto —lógicamente, dada la brevedad del lapso de tiempo— para el período entre su publicación y su entrada en vigor. Y por su parte, la Ley de 18 de mayo de 1995, aunque contenía diversas regulaciones transitorias, nada dispuso incluso sobre su entrada en vigor y menos aún, por tanto, sobre un período de *vacatio legis* que no tuvo lugar. Y exactamente lo mismo que de esta última cabe decir de la Ley de 16 de junio de 2000.

Aunque la rúbrica de la disposición transitoria séptima LCSP pueda quizás salvarse del juicio de incorrección técnica, induce cuando menos a cierta confusión, por lo que conviene precisar que la “anticipación” de la aplicación del ámbito subjetivo de la LCSP que prescribe no comporta eficacia alguna de ésta no ya retroactiva, sino siquiera de falsa retroactividad. La eficacia así calificada trae causa sencillamente del amplio y prudente período de *vacatio legis* (seis meses) establecido, que invita a calificar toda vigencia anterior a su cumplimiento efectivamente como anticipada. Pero, como queda dicho, la propia disposición final duodécima LCSP exceptúa de tal *vacatio* justamente dicha disposición transitoria, prescribiendo expresamente su entrada en vigor el día siguiente al de la publicación del texto legal. Por tanto la eficacia de la correspondiente regulación legal transitoria así prevista se produce vigente ya la misma y en modo alguno pretende producir efectos anticipados a su vigencia.

La disposición transitoria en cuestión establece, pues, un Derecho intertemporal, que, derogando —a sus efectos transitorios<sup>32</sup>— el previo que lo contradiga, no es ni el establecido en la Ley de Contratos de las Administraciones públicas de 16 de junio de 2000, ni tampoco el de la propia LCSP. Consiste, concretamente, en una mezcla del régimen de la contratación pública establecido por la Ley de 16 de junio de 2000 (incluido su propio ámbito de aplicación subjetiva) y del ámbito —subjetivo y, en parte, también objetivo— de aplicación previsto para dicho régimen en la LCSP pero implantado transitoriamente —en mezcla específica con él— en el de 2000 (es esta eficacia inmediata que se otorga al Derecho intertemporal para que pueda formar parte del Derecho de la contratación pública preexistente y aún no derogado, pero que va a serlo a la finalización de la *vacatio legis*, la que puede explicar que el legislador hable aquí de “anticipación”). Derecho éste, cuya vigencia se extiende desde el día 1 de enero de 2008 al día 30 de abril de 2008, que:

---

<sup>32</sup> Esta limitación temporal carece de trascendencia, pues la derogación operada será sustituida, sin solución alguna de continuidad y al cese de la vigencia del Derecho intertemporal, por la derogación general prescrita por la propia LCSP.

- a) Tiene por objeto la modulación de la aplicación de la Ley de 16 de junio de 2000; modulación, que se refiere primariamente a su ámbito subjetivo (los sujetos sometidos a ella) y sus términos (los de la aplicación a la contratación de los anteriores sujetos), pero que se extiende asimismo a su ámbito objetivo (determinados contratos, por el hecho de ser subvencionados por los referidos sujetos).
- b) Confirma plenamente la interpretación que del juego de los artículos 2 y 3 LCSP y la motivación del enfoque a que responden ha quedado hecha. Y
- c) Persigue con toda evidencia no postergar al momento de la total entrada en vigor de la LCSP la completa adecuación del régimen de la contratación pública al Derecho comunitario europeo aplicable.

La modulación transitoria, por razón subjetiva, del ámbito de aplicación de la Ley de 16 de junio de 2000 se articula sobre dos bases:

- 1.<sup>a</sup> La ampliación del círculo de sujetos sometidos al correspondiente régimen de contratación para, acercándolo —en una suerte de mecanismo de transición hacia su plena aplicación— al definido por el artículo 3 LCSP, lograr su máxima adecuación a los requerimientos de la Directiva 2004/18/CE, de 31 de marzo.
- 2.<sup>a</sup> La consecuente diversificación de la aplicación del régimen legal de la contratación, que sigue siendo el de la Ley de 16 de junio de 2000, en función de las características de los sujetos, con el resultado de la articulación de éstos en tres grupos: i) el que se corresponde con el sector público calificable, como luego se verá, de nuclear o administrativo, definido en el art. 3.2 LCSP (aunque no sea idéntico al mismo); ii) el que, además del anterior, comprende también los sujetos del restante sector público que tengan la condición de poder adjudicador (los acotados, como también se verá, en el art. 3.3 LCSP); y, finalmente, iii) el residual, que agrupa a todos los integrantes del sector público carentes de la consideración de poder adjudicador (los comprendidos en el art. 3.1 no incluidos también ni en el art. 3.2. ni en el art. 3.3 LCSP).

Los sujetos sometidos al Derecho intertemporal y los términos en que éste se les aplica son los siguientes:

- a) Con el primero de los grupos de sujetos antes expuestos se corresponde una aplicación total y sin restricciones de la Ley de 16 de junio de 2000 a la contratación de aquéllos, lo que de suyo asegura

la efectividad plena en dicha contratación del Derecho comunitario aplicable [letra a) del apartado 1 de la disp. trans. 7.<sup>a</sup> LCSP].

Este primer grupo alude al núcleo del que, en la LCSP, es, a su vez, el sector público nuclear, primario u administrativo. Comprende, en efecto, los entes, organismos y entidades que, según el artículo 1 de la propia Ley de 16 de junio de 2000, tengan la consideración de Administraciones públicas. La remisión aquí exclusivamente a este texto legal y no también a la LCSP se entiende desde la finalidad perseguida con la modulación del ámbito subjetivo (avanzar hacia la plena aplicación de la LCSP desde la máxima adecuación al Derecho comunitario, la cual se consigue en todo caso a través de la delimitación de los dos siguientes grupos), pero plantea el problema interpretativo de si se refiere sólo a los sujetos que son Administraciones públicas (las Administraciones territoriales del apdo. 2 del art. 1 de la Ley de 2000) o incluye asimismo los de Derecho público vinculados o dependientes de cualquiera de los anteriores (los organismos autónomos y las entidades de Derecho público aludidos en el apdo. 3 del mismo art. 1 de la Ley de 2000, el cual nada expresa acerca de su condición o consideración como Administraciones públicas). Dado que el artículo 1 de esta última Ley, conforme resulta de su apartado 1, se refiere (todo él) a las Administraciones públicas, la respuesta a la cuestión formulada debe decantarse por la segunda alternativa, es decir, por la remisión a todos los sujetos comprendidos en el ámbito de aplicación subjetiva del texto legal.

Resulta así que durante el período transitorio considerado quedan fuera de este grupo las Universidades públicas y las entidades de Derecho público que, con independencia funcional o especial autonomía, tengan atribuidas funciones de regulación o control externo sobre sectores o actividades, que en el artículo 3.2 LCSP forman parte, sin embargo, del núcleo primario del sector público. Pero ello no supone su exclusión del ámbito de aplicación subjetiva del Derecho intertemporal, sino su inclusión en uno de los restantes grupos organizados para la determinación de dicho ámbito.

- b) Con el segundo grupo de sujetos se corresponde la aplicación de la Ley de 16 de junio de 2000 en los siguientes términos:

— A su actividad dirigida a la celebración de contratos de obras, suministros, consultoría y asistencia o servicios cuyo valor estimado (excluido el IVA) sea igual o superior al pertinente umbral establecido a efectos del Derecho comunitario euro-

peo (conforme, en definitiva, al artículo 7 de la Directiva 2004/18/CE, de 31 de marzo<sup>33</sup>): las normas relativas a la capacidad de las empresas, la publicidad, los procedimientos de licitación, las formas de adjudicación y el régimen de recursos y medidas cautelares.

- A su actividad dirigida a la celebración de cualesquiera contratos distintos a los anteriores: los principios de publicidad, concurrencia, no discriminación e igualdad de trato.

Este grupo de sujetos es sin duda el más importante, en cuanto — conjuntamente con el anterior<sup>34</sup>— asegura la efectividad del Derecho comunitario europeo durante el período transitorio. De ahí que la clave de su delimitación sea el concepto comunitario de poder adjudicador. Está formado, en efecto, por cuantos entes, organismos y entidades sean poderes adjudicadores conforme al artículo 3.3 LCSP y no estén incluidos en el grupo anterior (por no tener la consideración de Administración pública, es decir, no quedar comprendidos en el artículo 1 de la Ley de 16 de junio de 2000). De esta suerte incluye cuantos sujetos, sin tener la consideración de Administraciones públicas de acuerdo con la Ley de 2000, formen parte del sector público y sean poderes adjudicadores conforme a los apartados 1 y 3 del artículo 3 LCSP. Esta delimitación comprende en todo caso, pues, los sujetos considerados parte del sector público administrativo por la LCSP (las Universidades públicas y los entes, organismos y entidades de Derecho público con independencia funcional o especial autonomía con funciones de regulación externa de sectores o actividades determinados), pero excluidos del primer grupo.

Desde el punto de vista de la plenitud de la efectividad del Derecho comunitario plantea el problema de que la delimitación que de los poderes adjudicadores hace el artículo 3.3 LCSP y que se implanta en el Derecho intertemporal considerado no comprende claramente todos los sujetos que, conforme al Derecho comunitario y a la propia LCSP, tienen dicha consideración. Y ello por ser dudosa la

<sup>33</sup> Los umbrales se corresponden con los fijados ya por la LCSP en sus artículos 13 y sgs. Y que se mantienen por debajo de los que serían posibles conforme al artículo 7 de la Directiva 2004/18/CE citada. Se trata de los siguientes: i) contratos de obras: 5.278.000 euros; y ii) contratos de suministro, de consultoría y asistencia y de servicios de cuantía igual o superior a 206.000 euros

<sup>34</sup> Y la ampliación objetiva del ámbito de aplicación de que luego se tratará.

inclusión de los contratos (subvencionados en más de un 50% por un poder adjudicador) celebrados por particulares conforme al artículo 17.2 LCSP y de los celebrados por los concesionarios de obras públicas con terceros a tenor del artículo 250 LCSP. Dado el carácter transitorio y el corto período de vigencia del Derecho intertemporal, no cabe responder, de modo concluyente, tal cuestión, inclinando las aludidas circunstancias por la opción negativa.

- c) Finalmente, con el tercero de los grupos se corresponde la aplicación de menor alcance de la Ley de 16 de junio de 2000: su entera actividad contractual debe sujetarse exclusivamente a los principios enumerados en la disposición adicional sexta de dicha Ley, que son los de publicidad y concurrencia. Dada la redacción de la disposición transitoria 7.<sup>a</sup> LCSP, sigue siendo aplicable a dicha contratación la excepción a tales principios consistente en que la naturaleza de la operación a realizar sea incompatible con ellos.

Este último grupo es residual: recoge todos cuantos sujetos incluya el ámbito de aplicación subjetiva de la LCSP (el sector público) y no estén comprendidos en los dos grupos anteriores (es decir, integren el que cabría calificar, con terminología presupuestaria, de sector público empresarial en sentido estricto). Se trata, en efecto, de los entes, organismos y entidades que, según el artículo 3.1 LCSP, pertenezcan al sector público y no tengan ni la consideración de

Administraciones Públicas, ni la de poderes adjudicadores. De esta suerte todo el ámbito de aplicación subjetiva queda implantado en la legislación de 2000, si bien en términos que gradúan dicha aplicación en función de las características de los sujetos.

Pero la modulación de los términos de la aplicación de la Ley de Contratos de las Administraciones públicas de 16 de junio de 2000 durante el período transitorio no queda en lo dicho, pues se establece también por razón del tipo y objeto del contrato que se celebre.

Pues al igual que sucedía ya en la Ley de 16 de junio de 2000 y sucede ahora también, a pesar de su sedicente nuevo enfoque, en la LCSP, tampoco en el Derecho intertemporal examinado basta, en efecto, con la ampliación del ámbito subjetivo para lograr la máxima adecuación al Derecho comunitario, cuya aproximación a la materia es puramente objetivo-funcional. La anterior modulación del referido ámbito se complementa, así y en el apartado 2 de la disposición transitoria 7.<sup>a</sup> LCSP, con la ampliación que del ámbito de aplicación de la legislación de contratación pública hacía ya el artículo 2.2 de la referida Ley de 2000. Pues, como es lógico, el del Derecho intertemporal no podía resultar más restringido que el de ésta.

Esa ampliación se refiere a:

- 1.º Los contratos de obras que tengan por objeto actividades de ingeniería civil de la sección F, división 45, grupos 45.2 de Nomenclatura General de Actividades Económicas de las Comunidades Europeas (NACE), o la construcción de hospitales, centros deportivos, recreativos o de ocio, edificios escolares o universitarios y edificios de uso administrativo.
- 2.º Los contratos de consultoría y asistencia y de servicios que estén relacionados con los contratos de obras anteriores.
- 3.º Que sean subvencionados directamente por cualquiera de los sujetos pertenecientes a los dos primeros grupos en que, como ha quedado visto, se organiza el ámbito de aplicación subjetiva del Derecho intertemporal (es decir, las Administraciones públicas enumeradas en el artículo 1 de la Ley de 16 de junio de 2000 y los sujetos que, no siendo Administraciones y perteneciendo al sector público definido en el artículo 3.1 LCSP, tenga la consideración de poderes adjudicadores según el artículo 3.3. de este último texto legal).
- 4.º Y ello, siempre que: i) la subvención sea superior al 50 % de su importe, y ii) este importe, con exclusión del Impuesto sobre el Valor Añadido, sea igual o superior a 5.150.000 euros, si se trata de contratos de obras, o a 206.000 euros, en otro caso.

### 3. EL ÁMBITO DE APLICACIÓN SUBJETIVO

La determinación de la vertiente subjetiva del ámbito de aplicación por relación al sector público carece, como ya nos consta, de verdadero antecedente en nuestra legislación de contratación pública. Es lógico que así sea, si se tiene en cuenta que el modelo al respecto fue establecido por la Ley preconstitucional de 8 de abril de 1965 y —ya incluso por lo que hace a la Administración misma— ésta sólo podía referirse, por razones obvias y teniendo en cuenta que la contratación de la Administración local tenía su asiento propio en su legislación reguladora a los contratos celebrados por la Administración del Estado<sup>35</sup>. La inflexión que en este modelo produjo sin duda la importante Ley 13/1995, 18 mayo, se limitó a abordarlo expresamente desde la perspectiva de la delimitación del “ámbito subjetivo de aplicación” y a ampliar éste —sobre el trasfondo de la LRJPAC— a todas las Administraciones públicas territoriales y las entidades públicas fruto de la descentración funcional o de condición instrumental consideradas al efecto como Administraciones públicas. Y la ulterior modulación del modelo recogida en la hasta ahora vigente Ley de 16 de junio de 2000 se circunscribió, sin cuestionar sus bases, a:

---

<sup>35</sup> Así se reconoce expresamente en el apartado II de la exposición de motivos de la LCSP, en el que se dice:

*“Hasta el momento, las reformas de la legislación de contratos que se han sucedido desde 1986 han sido tributarias, en última instancia, del planteamiento de la Ley de Contratos del Estado cuyo modelo de regulación se ha ido asumiendo por los diferentes textos legales sin ser objeto de un cuestionamiento de fondo; incluso la Ley de 18 de mayo de 1995, que supuso un punto de inflexión para nuestra legislación en la materia, respondía, en sus concepciones básicas, a ese modelo. La normativa de contratos del sector público se ha construido, en este sistema, alrededor del contrato de la Administración Pública (ya sea ésta únicamente la Administración General del Estado, como en la Ley de 1965, o ya se entienda el concepto en un sentido más amplio, como comienza a apuntarse a partir de 1986 y se consagra de forma abierta a partir de 1995) y, más específicamente, en torno al contrato administrativo de la Administración Pública. La necesidad de pautar la contratación de otros sujetos —ya fuese por determinaciones de derecho comunitario, cuyas disposiciones en la materia se aplican a otras entidades del sector público o incluso a sujetos de derecho que se encuentran fuera de él, o por razones de política legislativa interna, con el fin de cerrar las normas sobre contratación del sector público se solventaba en este modelo bien mediante la extensión parcial de esa regulación (en lo que se refería a normas incluidas en el ámbito de regulación propio de las Directivas comunitarias: disposiciones sobre preparación y adjudicación del contrato y sobre requisitos de aptitud —capacidad y solvencia del contratista particular, básicamente) a ciertos contratos sujetos a las disposiciones comunitarias, bien mediante la declaración de sometimiento de los restantes contratos del sector público a ciertos principios que debían presidir su adjudicación”.*

- Extender, por razones derivadas del Derecho comunitario, la categoría de las entidades meramente consideradas como Administraciones públicas a los efectos de la Ley a todas en que se cumplieran los requisitos de i) creación para la satisfacción de necesidades de interés general sin carácter industrial o mercantil y ii) financiación mayoritaria o control de su actividad por las Administraciones públicas u otras entidades de Derecho público o cuyos órganos de administración, dirección o vigilancia estuvieran compuestos por miembros más de la mitad de los cuales fueran nombrados por dichas Administraciones o entidades de Derecho público.
- Someter, también por razón comunitario-europea, la adjudicación por i) las entidades de Derecho público no comprendidas en la extensión anterior; ii) ciertas sociedades mercantiles creadas para satisfacer necesidades de interés general sin carácter industrial o mercantil y iii) las fundaciones del sector público controladas funcional u orgánicamente por alguna Administración pública o entidad de Derecho público de determinados contratos de Derecho privado.

La coincidencia del ámbito de aplicación subjetivo y el sector público (ampliamente acotado) representa, pues, una verdadera novedad.

En clara correspondencia con la pluralidad de criterios empleados por el legislador para determinar tanto la extensión como los términos de la aplicación de la LCSP, la delimitación del sector público (art. 3 LCSP) cumple, como se ha avanzado ya, la función de completar la determinación legal del “ámbito de aplicación”, por si misma incapaz de cumplir totalmente lo que, sin embargo, promete: la fijación completa de dicho ámbito de aplicación, cuando menos en su parte nuclear o primaria (a la que se refiere el apartado 1.º del artículo 2 LCSP) en tanto que referido a los contratos precisamente del sector público (dimensión subjetiva a la que alude este concepto, cuya concreción es objeto precisamente del art. 3 LCSP).

Por la razón ya dicha de la pluralidad de criterios, tal función se despliega en un doble plano: de un lado, el de la extensión misma de la aplicación, fijando para ello el círculo de sujetos integrantes del sector público, y, de otro lado, el de los términos, diversos, de la aplicación en sí del texto legal, diferenciando, por su naturaleza y características, entre los aludidos sujetos y formando con ellos, así, hasta tres grupos o círculos (parcialmente solapados, en su caso, y no todos ellos completamente inscritos en el del sector público), a efectos justamente de la modulación de la aplicación de la Ley. Modulación ésta que, a su vez, responde a la doble motivación de la innovación legislativa: la de ampliación y reforzamiento

internos de la disciplina de la contratación pública y la de adecuación de dicha disciplina al Derecho comunitario europeo aplicable. Esta forma de operar hace inevitable el listado de cada uno de los aludidos círculos y, por tanto, la repetición de los sujetos que forman parte de dos o todos ellos.

### *3.1. El sector público; los sujetos que lo integran*

La definición del sector público se hace i) a los exclusivos efectos de la aplicación de la LCSP, de modo que, por ello, no es extrapolable a otros sectores del ordenamiento, ni siquiera al presupuestario, y ii) mediante enumeración (en el apartado 1 del art. 3 LCSP) de los sujetos que lo integran. En ella se revela con fuerza la política interior de disciplina y control de la contratación pública desde la perspectiva del gasto público que, como ya se ha hecho notar, late en la LCSP. Pues la enumeración de sujetos responde a la lógica y el criterio de la que, de los que forman el sector público estatal, hace la legislación general presupuestaria (hoy el artículo 2.1 de la Ley 47/2003, de 26 de noviembre, General Presupuestaria). Naturalmente, la de la LCSP, además de referirse —dado el carácter básico del texto legal— al sector público del Estado *lato sensu*, sin restricción alguna por razón de la estructura territorial de éste, actualiza y amplía la de la legislación presupuestaria (básicamente, aunque no sólo, por razón de la aparición de nuevas fórmulas organizativas como la de las Agencias Estatales). En concreto:

- Coinciden ambas enumeraciones (aunque no siempre siguiendo el mismo orden) en los siguientes tipos de sujetos:
  - i) Las Administraciones territoriales (en este caso la diferencia radica exclusivamente en la ampliación a todas ellas).
  - ii) Los organismos autónomos, las entidades públicas empresariales y cualesquiera otras entidades de Derecho público con personalidad jurídica propia vinculadas a un sujeto que pertenezca al sector público (aquí de nuevo la única diferencia radica en la amplitud de la acotación del tipo).
  - iii) Las entidades gestoras, los servicios comunes y las mutuas de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales de la Seguridad Social (aquí la diferencia radica en la enumeración separada de las entidades y los servicios de la Seguridad Social, de un lado, y las mutuas de accidentes y enfermedades colabora-

doras con ella, de otro; con desaparición, por cierto, de la precisión —para éstas últimas— de su inclusión sólo “en su función pública de colaboración en la gestión de la Seguridad Social”).

- iv) Las sociedades mercantiles en cuyo capital social tenga una participación, directa o indirecta, mayor del 50% alguna Administración territorial; organismo autónomo, entidad pública empresarial o entidad de Derecho público vinculada a un sujeto del sector público; entidad gestora o servicio común de la Seguridad Social o mutua de accidentes y enfermedades colaboradoras con esta última; una sociedad en mano o bajo control de un sujeto del sector público; o una fundación del sector público (aquí, una vez más, la diferencia es puramente la derivada de la ampliación).
- v) Los consorcios con personalidad jurídica propia previstos en el artículo 6.5 LRJPAC (la diferencia reside igualmente solo en la ampliación del tipo). Y
- vi) Las fundaciones constituidas con una aportación mayoritaria, directa o indirecta, de una o varias entidades del sector público o cuyo patrimonio fundacional esté formado, con carácter de permanencia y en más del 50%, por bienes o derechos aportados o cedidos por tales entidades (nuevamente la diferencia va en el sentido de la ampliación del tipo).

— La enumeración de la LCSP añade los siguientes tipos de sujetos (no incluidos en la de la Ley General Presupuestaria):

- a) Las Universidades públicas [letra c) del apdo. 1 del art. 3 LCSP; este tipo se incluye indudablemente por razón del cumplimiento de la normativa comunitaria].
- b) Las Agencias Estatales [letra c) del apdo. 1 del art. 3 LCSP; esta inclusión se limita a recoger la nueva fórmula organizativa instrumental creada por Ley 28/2006, de 18 de julio].
- c) Las entidades de Derecho público con personalidad jurídica propia, vinculadas ciertamente a un sujeto del sector público, pero dotadas de autonomía especial o independencia funcional para el cumplimiento de las funciones de regulación o control de carácter externo que tengan atribuidas sobre un determinado sector o actividad [letra c) del apdo. 1 del art. 3 LCSP; se trata de las llamadas en sede doctrinal autoridades

- independientes o entes reguladores y su inclusión obedece igualmente al cumplimiento de la normativa comunitaria].
- d) Los entes, organismos o entidades con personalidad propia creados específicamente para satisfacer necesidades de interés general de carácter no industrial o mercantil, cuya actividad esté financiada mayoritariamente, su gestión controlada o más de la mitad de los miembros de sus órganos de administración, dirección o vigilancia nombrados por uno o varios sujetos del sector público [letra h) del apdo. 1 del art. 3 LCSP; recoge este tipo la “extensión” que del ámbito de aplicación del régimen de la contratación pública hacía, por razón comunitario europea, el artículo 2.1 de la Ley sustituida por la LCSP<sup>36</sup>].
  - e) Las asociaciones constituidas por los entes, organismos y entidades integrantes del sector público [letra i) del apdo. 1 del art. 3 LCSP; la inclusión de este tipo obedece prioritariamente sin duda al cumplimiento del Derecho comunitario europeo].

### *3.2. El núcleo del sector público o sector público administrativo y, por consecuencia, también el sector público no administrativo*

Al interior del sector público así definido y desde la perspectiva propia del Derecho interno<sup>37</sup>, se delimita un círculo más restringido de sujetos: el administrativo, nuclear o primario, con el resultado de la generación, por efecto y de forma implícita, de otro círculo igualmente inscrito en el sector público y, por tanto, también más restringido que éste: el de los restantes sujetos del sector público no incluidos en el anterior y que resultan ser los que cabría calificar como derivados de los comprendidos en el administrativo, pero integrado por sujetos carentes de la consideración de Administraciones públicas. Esta desagregación vuelve a evocar la que del sector público estatal hace el artículo 3 de la Ley General Presupuestaria en sector administrativo, empresarial y fundacional.

El sector primario, el administrativo, se inscribe, pues, en el sector público anterior, formando por así decirlo su núcleo (en el que la sustancia de lo público presenta, a efectos de la disciplina interna de la contratación pú-

---

<sup>36</sup> Este tipo se corresponde, en efecto, con el de “organismo de Derecho público” definido, para cumplir su función armonizadora de las legislaciones nacionales, por el artículo 1.9, inciso segundo, de la actual Directiva 2004/18/CE, de 31 de marzo.

<sup>37</sup> Sin dejar de atender, sin embargo, la del cumplimiento del Derecho comunitario.

blica, mayor densidad). Se define por relación al criterio general —ya previamente empleado en la legislación de contratación pública— de la consideración como Administración pública y mediante enumeración que, en aplicación de dicho criterio, identifica los tipos de sujetos que lo forman, pero complementada por una matización.

La enumeración incluye los siguientes tipos:

- 1.º Las Administraciones territoriales [letra a) del apdo. 2 del art. 3 LCSP; son las mismas que la de la letra a) del apdo. 1 del mismo precepto].
- 2.º Las entidades gestoras y los servicios comunes de la Seguridad Social [letra a) del apdo. 2 del art. 3 LCSP; son las mismas enunciadas en la letra b) del apdo. 1 de idéntico precepto].
- 3.º Los organismos autónomos [letra b) del apdo. 1 del art. 3 LCSP; incluidos previamente en la letra c), inciso inicial, del apdo. 1 del mismo precepto legal, pero que no agotan los sujetos enunciados en él].
- 4.º Las Universidades públicas [letra c) del apdo. 2 del art. 3 LCSP; incluidas igualmente en la letra c) del apdo. 1 del mismo precepto legal, pero que tampoco agotan los sujetos en él enunciados].
- 5.º Las entidades de Derecho público que, con independencia funcional o una especial autonomía reconocida por Ley, tengan atribuidas funciones de regulación o control de carácter externo sobre un determinado sector o actividad [letra d) del apdo. 2 del art. 3 LCSP; se trata de las mismas entidades mencionadas en la letra c), inciso final, del apdo. 1 del mismo precepto legal, con cuya inclusión tampoco acaba de agotarse el listado de este último].
- 6.º Las entidades de Derecho público vinculadas a una o varias Administraciones públicas [así, pues, alguna de las de la letra a) del propio apdo. 1 del art. 3 LCSP] o dependientes de las mismas, que presenten alguna de las características siguientes:
  - i) Efectuar, mediante su actividad, operaciones de redistribución de la renta y de la riqueza nacional en todo caso sin ánimo de lucro.
  - ii) No consistir su actividad principal en la producción, en régimen de mercado, de bienes y servicios destinados al consumo individual o colectivo.
  - iii) No financiarse mayoritariamente con ingresos, cualquiera que sea su naturaleza, obtenidos como contraprestación la entrega de bienes o la prestación de servicios.

[Letra e) del apdo. 2 del art. 3 LCSP; se trata de una especificación, por razón del Derecho comunitario, del tipo genérico “entidades de Derecho público vinculadas o dependientes de un sujeto del sector público incluidas en la letra c) del apdo. 1 del mismo precepto legal].

La matización se refiere a las entidades públicas empresariales estatales y los organismos asimilados o equivalentes dependientes de las Comunidades Autónomas y las Entidades Locales (párrafo 2.º y último del apdo. 2 del art. 3 LCSP), para especificar que —aunque, por su actividad o su financiación, queden incluidos en el sector público de que ahora se trata— nunca tienen la consideración de Administraciones públicas a los efectos de la aplicación de la LCSP.

El criterio consistente en “tener la consideración de Administración pública” así empleado por dos veces en el apartado 2 del artículo 3 LCSP plantea la cuestión de si mantiene su alcance tradicional en la legislación de contratación pública y procedente de la diferenciación que, en su determinación de las Administraciones públicas, hace el artículo 2 LRJPAC, siendo, por tanto, distinto al de conceptualización total como Administración pública. La cuestión no es meramente teórica, pues tiene trascendencia, como inmediatamente se comprobará, para la determinación del círculo de sujetos que tienen la consideración de poderes adjudicadores. En una interpretación sistemática del artículo 3 LCSP parece que debe considerarse que en el texto legal se mantiene la duplicidad de ser y tener la consideración de Administración pública (así, según el apartado 2 del artículo las Administraciones públicas territoriales se incluyen entre los sujetos que tienen la consideración de Administraciones públicas porque *son* tales desde el apartado 1 del propio precepto legal).

### *3.3. El sector materialmente público a efectos de la armonización comunitario-europea*

En plano distinto a los anteriores —el propio de la coordinación o armonización exigida por el Derecho comunitario aplicable—, se delimita aún otro círculo de sujetos no enteramente coincidente con los anteriores y que se superpone a ellos y, en su caso, los desborda: el de los sujetos que tienen, a los exclusivos efectos de la LCSP<sup>38</sup>, la consideración de poderes

---

<sup>38</sup> El inciso inicial del apartado 3 del artículo 3 LCSP dice literalmente: “Se considerarán poderes adjudicadores, a efectos de esta Ley...”.

adjudicadores (noción ésta de origen comunitario europeo: art. 1.9, inciso inicial, de la actual Directiva 2004/18/CEE, de 31 de marzo). Al igual que en los casos precedentes, la delimitación se hace por el sistema de enumeración de los sujetos con tal consideración, que son los siguientes:

- a) Las Administraciones públicas [letra a) del apdo. 3 del art. 3 LCSP; es decir, los mismos sujetos incluidos en el sector público por la letra a) del apdo. 1 y también en el sector público administrativo por la letra a) del apdo. 2 del mismo precepto legal]. Las Administraciones territoriales resultan ser, así, sujetos del sector público que, pertenecientes al ámbito administrativo y, por tanto, nuclear de éste, tienen la consideración en todo caso y siempre de poderes adjudicadores. Lo que comporta, como consecuencia, que a su actividad de contratación es de total aplicación (plena o, en su caso, básica) la LCSP, incluida la “regulación armonizada” que ésta contiene (la regulación específicamente dirigida a asegurar la efectividad interna del Derecho comunitario). Con esta primera determinación, el círculo de los poderes adjudicadores no desborda el sector público.
- b) Todos los demás entes, organismos o entidades (tipo, por tanto, residual respecto del anterior) que presenten las siguientes características:
  - 1.<sup>a</sup> Tener personalidad jurídica propia.
  - 2.<sup>a</sup> No ser una de las Administraciones públicas de la letra anterior (sólo las que lo son y, consecuentemente, no todas las que, conforme al apartado 2 del precepto legal, tienen sólo la consideración de tales a los efectos de la Ley).

De estas dos primeras características resulta que el tipo comprende tanto las entidades de Derecho privado desde luego incluidas en el sector público en virtud de la letra h) del apartado 1 del artículo 3 LCSP, como las entidades de Derecho público que asimismo deben entenderse comprendidas en dicha letra en tanto no queden incluidas entre las aludidas por la letra d) del apartado 2 del mismo artículo 3 LCSP.
  - 3.<sup>a</sup> Haber sido creados específicamente para satisfacer necesidades de interés general de carácter no industrial ni mercantil, siempre que uno o varios sujetos que deban considerarse poder adjudicador (es decir, una Administración pública territo-

rial, un ente de los ahora considerados<sup>39</sup> o una asociación constituida por una u otro de los anteriores) i) financien mayoritariamente su actividad, ii) controlen su gestión o iii) nombren a más de la mitad de los miembros de sus órganos de administración, dirección o vigilancia.

Esta última característica deja claro que se trata de los sujetos aludidos en la letra h) del apartado 1 del artículo 3 LCSP (y, al propio tiempo, que dicha letra debe ser objeto de una interpretación amplia, en la línea defendida antes); sujetos que son, así, integrantes del sector público no administrativo o derivado que tienen la consideración de poderes adjudicadores. Interpretación ésta que impone desde luego la definición que de “organismo de Derecho público” —a los efectos de la del de “poder adjudicador”— hace el artículo 1.9 de la vigente Directiva 2004/18/CE, de 31 de marzo.

- c) Las asociaciones constituidas por los sujetos pertenecientes a los dos tipos anteriores a los que se otorga la consideración de poderes adjudicadores [se trata de los sujetos incluidos en el sector público por la letra i) del apartado 1 del artículo 3 LCSP y a los que, por tanto, se les atribuye esta otra consideración a los efectos de la Ley y también para el cumplimiento del artículo 1.9 de la Directiva 2004/18/CE, de 31 de marzo].

Aunque o bien no se les otorgue formalmente la consideración de poderes adjudicadores o bien se les asigne ésta por remisión al artículo 3.3 LCSP, pero no teniendo fácil cabida en este precepto<sup>40</sup>, es claro que, por efecto de la extensión o ampliación del ámbito de aplicación de la LCSP que efectúa el apartado 2 del artículo 1 LCSP, operan materialmente como tales los sujetos que, aún perteneciendo al sector público derivado o residual (respecto del nuclear), adjudiquen contratos subvencionados (conforme resulta del artículo 17.2 LCSP) y los concesionarios de obras públicas cuando hagan lo propio respecto de contratos de obras con terceros, según

---

<sup>39</sup> La inclusión en la definición de los entes definidos es una consecuencia de la tajante redacción de la letra b) del apartado 3 analizado: “... uno o varios sujetos que deban considerarse poder adjudicador de acuerdo con los criterios de este apartado 3...”. Este modo de proceder dificulta la inteligencia del precepto, pero lo que el legislador pretende queda claro.

<sup>40</sup> El requisito de creación específicamente para satisfacer necesidades de interés general hace difícil, en efecto, encajar en este tipo (único en el que cabría su subunción en la categoría de poder adjudicador) ya incluso a los concesionarios de obras públicas.

se desprende del artículo 250 LCSP. Estos sujetos desbordan ya, sin embargo, el sector público.

