

Régimen jurídico de las fundaciones públicas en la Ley de Contratos del Sector Público (Ley 9/2017)

Alejandro Blázquez Lidoy

Catedrático de Derecho Financiero y Tributario
Universidad Rey Juan Carlos

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.—II. LAS FUNDACIONES PÚBLICAS COMO PODER ADJUDICADOR EN LA LCSP.—III. EL RÉGIMEN DE ADJUDICACIÓN EN LAS FUNDACIONES DEL SECTOR PÚBLICO (ARTS. 318 Y 319).—IV. JURISDICCIÓN COMPETENTE Y RÉGIMEN DE RECURSOS. 1. *Jurisdicción privada*. 2. *La jurisdicción contencioso-administrativa*. A) Cuestiones referidas a la preparación de los contratos. B) Contratos no susceptibles del recurso especial en materia de contratación. C) El recurso especial en materia de contratación. D) Supuestos de invalidez y la revisión de oficio (art. 41.2).—V. EXPEDIENTE DE CONTRATACIÓN EN LOS CONTRATOS NO SUJETOS A REGULACIÓN ARMONIZADA.—VI. LAS ESPECIALIDADES CON RELACIÓN A LAS GARANTÍAS.—VII. ÓRGANO DE CONTRATACIÓN, MESAS DE CONTRATACIÓN, COMITÉS DE EXPERTOS Y RESPONSABLES DEL CONTRATO. 1. *Órgano de contratación*. 2. *Comité de expertos*. 3. *Mesas de contratación*. 4. *La no exigencia de un responsable del contrato en las fundaciones públicas*. 5. *Estructura en las fundaciones públicas*. 6. *El no acceso a la documentación a través de intercambio de datos entre Administraciones*.—VIII. CONTRATOS MENORES VERSUS CONTRATOS INFERIORES A 15.000 EUROS. 1. *Régimen legal de los contratos menores (art. 118)*. 2. *¿Es aplicable el régimen del artículo 118 a los poderes adjudicadores no Administración Pública?* 3. *Fundaciones públicas de investigación y contratos menores*.—IX. LA LIBERTAD DE ELECCIÓN DE PROCEDIMIENTOS DE ADJUDICACIÓN EN LOS CONTRATOS NO ARMONIZADOS. 1. *Efectos de la libertad de procedimientos sobre la división en lotes*.—X. EL RÉGIMEN DE LOS EFECTOS Y EXTINCIÓN DE LOS CONTRATOS EN LAS FUNDACIONES PÚBLICAS. 1. *La no aplicación de la normativa de los efectos, cumplimiento y extinción de los contratos administrativos*. 2. *Fundaciones públicas y prerrogativas*. 3. *Obligaciones en materia medioambiental social o laboral (art. 201)*. 4. *Condiciones especiales de ejecución de carácter social, ético, medioambiental o de otro orden (art. 202)*. 5. *Los supuestos de modificación del contrato (arts. 203 a 205)*. 6. *Modificación subjetiva (cesión de los contratos, art. 214)*. 7. *Subcontratación (arts. 215 a 217)*. 8. *Supuestos sobre racionalización técnica de los contratos (arts. 218 a 228)*. 9. *La no aplicación del régimen de facturas electrónicas (arts. 189.4 y 210.4)*.—XI. INSTRUCCIONES INTERNAS DE CONTRATACIÓN.—XII. PERFIL DEL CONTRATANTE EN LAS FUNDACIONES PÚBLICAS.—XIII. PUBLICACIÓN DE LOS CONTRATOS SUPERIORES A 5.000 EUROS Y LOS ANTICIPOS DE CAJA FIJA.—XIV. RESPONSABILIDAD DE LOS GESTORES DE LAS FUNDACIONES PÚBLICAS.—XV. LOS ENCARGOS A LAS FUNDACIONES PÚBLICAS COMO MEDIOS PROPIOS. XVI. CONVENIOS DE LAS FUNDACIONES DEL SECTOR PÚBLICO.—BIBLIOGRAFÍA CITADA.

I. Introducción

Las fundaciones del sector público, como entidades dependientes y vinculadas de una Administración pública, si bien son una realidad en el panorama jurídico español, tienen una regulación asistemática. No existe un acervo normativo coherente que regule el completo régimen jurídico de esta forma jurídica. Su aproximación ha sido a través de normas de sector y de Comunidades Autónomas que han llevado a una descoordinación que desemboca en una falta de seguridad jurídica. Mezclan aplicación de normativa pública, privada, junto con normativa privada guiada por principios públicos, lo que hace que sea complejo determinar cuáles son las reglas del juego en la que se mueven. Y la lucha contra la huida del Derecho administrativo está abocando a que estas entidades tenga un marco jurídico donde parece que el resultado es que se quedan con los inconvenientes de cada regulación y con ninguna de sus prebendas.

Uno de los ámbitos esenciales que definen su régimen jurídico es la contratación. En las fases iniciales, las fundaciones del sector público estaban al margen de la normativa de contratación administrativa¹. Con la Ley 30/2007, de Contratos del Sector Público, se pasó a un régimen dual en función de que el contrato estuviera sometido o no a regulación armonizada; si estaba sometido a regulación armonizada, se aplicaba gran parte de la normativa referente al régimen de licitación, y en el caso de que no fuera así, su régimen estaba constreñido a unas instrucciones internas de contratación aprobadas por la fundación que debían regirse por los principios de publicidad, concurrencia, transparencia, confidencialidad, igualdad y no discriminación. Este régimen, que fue objeto de críticas, se ha visto superado en la nueva Ley de Contratos del Sector Público (Ley 9/2017) y se ha avanzado en la equiparación del régimen jurídico de la contratación de una Administración Pública con el de las fundaciones públicas².

¹ De hecho, en los primeros pasos de las fundaciones públicas y ante la ausencia de regulación, el Tribunal de Cuentas en el Informe de Fiscalización sobre varias fundaciones públicas (Boletín Oficial de las Cortes Generales, Serie A, núm. 260, 19 de mayo de 2006) señaló que si bien los principios de concurrencia y publicidad en la contratación no eran exigibles de forma directa a las fundaciones del sector público estatal por su legislación en los ejercicios fiscalizados (hasta el año 2002), sí resultaban exigibles de forma indirecta por su pertenencia al sector público, como garantía última de los principios de eficiencia y economía exigibles de toda gestión del gasto público, de acuerdo con lo establecido en el artículo 31.2 de la Constitución Española y en el artículo 9 de la Ley Orgánica del Tribunal de Cuentas (p. 11).

² GIMENO FELIU (2017) defiende que con la nueva Ley: «Se pone fin a una “deslegalización procedimental” que, como se ha venido advirtiendo desde hace tiempo, ha resultado

Sin embargo, la Ley 9/2017 es una norma diseñada para Administraciones Públicas en sentido estricto, donde la equiparación de gran parte del régimen a las fundaciones públicas, así como al resto de poderes adjudicadores no Administración Pública (PANAP), da lugar a no pocos problemas formales y materiales, que abocan a una inseguridad jurídica que no debería ser admitida en el Ordenamiento³. Es cierto que las dudas de interpretación que existen en la LCSP alcanzan a muchos ámbitos⁴. Pero en el caso de los po-

claramente distorsionadora, pues ha permitido la proliferación de distintos y variados procedimientos (distintos plazos, distinta documentación, etc.) que se han convertido en una barrera de entrada para los operadores económicos, a la vez que introducía innecesarias dosis de inseguridad jurídica que favorecían una fragmentación del mercado, lo que, a su vez, favorecía la aparición de prácticas de naturaleza clientelar, que impedían el efectivo funcionamiento —por inadecuada concurrencia— de las economías de escala. No hay nada más contrario a la efectividad del principio de transparencia que la dispersión normativa y el “caos” regulatorio de los distintos procedimientos de licitación».

³ La regulación no parece cumplir con lo establecido en artículo 129.4 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, que dispone que: «*A fin de garantizar el principio de seguridad jurídica, la iniciativa normativa se ejercerá de manera coherente con el resto del ordenamiento jurídico, nacional y de la Unión Europea, para generar un marco normativo estable, predecible, integrado, claro y de certidumbre, que facilite su conocimiento y comprensión y, en consecuencia, la actuación y toma de decisiones de las personas y empresas*».

⁴ No puede dejar de apreciarse, aunque sea a título de ejemplo, la situación de los contratos menores y las diferentes interpretaciones que se están produciendo por las Juntas Consultivas, llevando a los aplicadores de la norma a una situación difícilmente tolerable. Afirma BLANCO LÓPEZ (2018) que: «El escándalo que se está dando alrededor de la aplicación de la ley 9/2017 de Contratos del Sector Público adquiere unos matices que se asemejan al propio proceso de deterioro político de España. No había visto una situación de descoordinación e ineficiencia tan intensas como las bochornosas semanas que estamos viviendo desde el 9 de marzo... el espectáculo está alcanzando ya el esperpento en la interpretación de la nueva regulación del contrato menor efectuada en el famoso artículo 118 LCSP. Las Juntas consultivas de contratación no se han dignado reunirse para celebrar unas jornadas de reflexión de los primeros impactos de aplicación de la LCSP y compartir las primeras consultas que recibían en cuestiones tan fundamentales como la interpretación de los requisitos operativos para realizar la contratación directa sin publicidad y los nuevos límites que establece la LCSP. Por el contrario, se ha producido una “carrera” de posicionamientos de carácter diferente por parte de diferentes Juntas que deja a los empleados públicos vinculados a la contratación pública perplejos, desmoralizados y desprotegidos en su actuar. No me anima especialmente resaltar el fiasco en que nos encontramos. Solo referir que las Juntas de Contratación Pública del Estado, de la Xunta de Galicia y la dirección de Contratación Pública de Catalunya (anticipándose a la propia opinión de la Junta Consultiva de esa Comunidad Autónoma que aún no ha realizado) consideran que el límite de acumulación a un mismo proveedor de la cuantía de contratación directa se refiere al objeto contractual. Por el contrario, la Junta Consultiva de la Comunidad de Aragón, de la Comunidad de Madrid o los Ayuntamientos de Madrid y Barcelona se han pronunciado entendiendo que el límite se refiere al tipo contractual. Como se comprenderá la diferencia de criterio da unos resultados sustancialmente diferentes y supone una interpretación de los retos que se supone incorpora

deres adjudicadores no Administración Públicas (PANAP), la equiparación de los regímenes jurídicos se ha hecho a través de adaptaciones donde el tránsito desde el diseño general a la situación particular no guarda la coherencia necesaria en tanto muchas de esas adecuaciones se hacen de forma casuística (más bien en formato de parche) y no mediante una regulación armonizada y coherente. En definitiva, es una norma poco precisa y técnicamente inconsistente en su forma de abordar la regulación⁵. Pero no es sólo predicable de este régimen, sino que alcanza a la LCSP en su conjunto⁶.

El objeto de este trabajo, dentro de las limitaciones de espacio marcadas, es analizar el régimen jurídico de las fundaciones públicas en la LCSP, Ley 9/2017. Serán objeto de examen aspectos muy diversos que se suscitan a lo largo del articulado, con la finalidad de abordar todas las cuestiones específicas que puedan alcanzar a estos entes, y que debido a su diversidad harán que el estudio pueda carecer de mayor sistematicidad y no sea posible presentar conclusiones finales. Se analizará el concepto de fundación pública, el régimen de recursos, las garantías, mesas de contratación, responsables del contrato, perfil del contratante, contratos menores, procedimientos de adjudicación en contratos no sometidos a regulación armonizada, efectos y extinción, prerrogativas, instrucciones internas de contratación, medios propios, etc.

la LCSP de muy diferente tono. Además, la comunidad de Aragón ha visto necesario por causa de urgencia aprobar un decreto ley para regular la contratación menor. Este desfile no ha acabado. No se puede pedir más. La mejor forma de deteriorar la recién nacida LCSP es dejarla zozobrar en este marasmo de estulticia y descoordinación, deteriorando todos los valores de contratación pública estratégica que permite potenciar».

⁵ Las dudas de interpretación de la LCSP en los PANAP ha llevado a la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado a emitir una recomendación, no vinculante, «en relación con diversos aspectos relacionados con la entrada en vigor de la Ley de Contratos del Sector Público» de fecha 28 de febrero de 2018. Y la Abogacía del Estado ha dictado la Instrucción 3/2018, de 6 de marzo, «sobre la contratación de los poderes adjudicadores que no tengan la condición de Administración Pública y de entidades del sector público que no tengan el carácter de poderes adjudicadores».

⁶ En palabras de DÍEZ SASTRE (2018b): «Existen normas insuficientemente definidas que introducen confusión entre los aplicadores del Derecho, haciendo necesarios criterios interpretativos. Pero también existen normas definidas, a cuyo sentido se superpone la interpretación de órganos que parecen considerar que su criterio es mejor que el del legislador. El resultado es un desconcierto constante y la inexistencia de un Derecho previsible, que goce de una mínima estabilidad. En los tiempos del control del gasto, sería interesante calcular el coste que tiene para las Administraciones Públicas la implementación de un Derecho de estas características».

II. Las fundaciones públicas como poder adjudicador en la LCSP

El artículo 3.1.e) de la LCSP dispone que:

«A los efectos de esta Ley, se considera que forman parte del sector público las siguientes entidades... Las fundaciones públicas. A efectos de esta Ley, se entenderá por fundaciones públicas aquellas que reúnan alguno de los siguientes requisitos:

1.º Que se constituyan de forma inicial, con una aportación mayoritaria, directa o indirecta, de una o varias entidades integradas en el sector público, o bien reciban dicha aportación con posterioridad a su constitución.

2.º Que el patrimonio de la fundación esté integrado en más de un 50 por ciento por bienes o derechos aportados o cedidos por sujetos integrantes del sector público con carácter permanente.

3.º Que la mayoría de derechos de voto en su patronato corresponda a representantes del sector público».

Los apartados 2 y 3 del artículo 3 determinan que las fundaciones públicas no son, a efectos de la LCSP, «Administración Pública» y sí son poderes adjudicadores⁷.

No es objeto de este trabajo analizar el concepto de fundación pública que se emplea en el artículo 3.1(e) y que coincide con la definición, aunque limitada al Estado, del artículo 128 de la Ley 40/2015 de Régimen Jurídico del Sector Público⁸. Dejando al margen el hecho de que se emplee el término «fundación pública», frente al ya consolidado en otras normativas de «fundaciones del sector público», lo que implica una falta de sistematicidad, sí podemos señalar que, a nuestro juicio, calificar en todo caso como poderes adjudicadores a las fundaciones que cumplan *alguna* de las condiciones de artículo 3.1(e) no es correcto. En el ámbito de la contratación pública el elemento esencial ha sido no la forma jurídica, sino el criterio funcional de la satisfacción de interés general junto con el presupuesto lógico organicista que corrobore la vinculación de la entidad a una Administración (GONZÁLEZ-VARAS, 2017, pp. 77-78). Y en la Ley 9/2017 se acoge un criterio formal que podría estar alejado de la realidad funcional de la contratación ¿Cabría considerar poder adjudicador a una fundación que sea pública por su dotación

⁷ Existe un tercer nivel de sujetos sometidos a la LCSP, que son las entidades del sector público que no tengan la consideración de poder adjudicador, donde no se encuentran las fundaciones públicas. El régimen de estos entes se recoge en los artículos 321 y 322 de la LCSP.

⁸ El concepto de fundación pública lo hemos analizado con detenimiento en otro trabajo nuestro (BLÁZQUEZ LIDOY, 2016, pp. 345 y ss.).

inicial pero donde no sea el sector público el que financie su actividad, ni su gestión esté sujeta a control de estos últimos, ni que más de la mitad de sus patronos sea designados por estos? ¿Cabría considerar poder adjudicador a una fundación con finalidad puramente mercantil, constituida por particulares, financiada con precios de mercado, pero donde la mayoría de derechos de voto correspondan al sector público? En definitiva, lo *normal* será que las fundaciones públicas cumplan los requisitos objetivos para ser poderes adjudicadores. Pero lo anterior no es óbice para que un legislador pueda/deba equiparar el régimen jurídico de la parte con el todo.

III. El régimen de adjudicación en las fundaciones del sector público (arts. 318 y 319)

El artículo 316 de la LCSP dispone que «*Los contratos de los poderes adjudicadores que no tengan la condición de Administraciones Públicas se regirán por las normas del presente Título*». Y este título se limita a cuatro preceptos, siendo los dos primeros (los arts. 317 y 318) los que regulan el régimen de adjudicación. En el ámbito de la contratación, y con arreglo a la teoría de los actos separables, es necesario reseñar la existencia de 4 fases distintas del procedimiento de contratación: preparación, adjudicación, ejecución y resolución del contrato. En el caso de las fundaciones públicas, el artículo 317 (preparación y adjudicación de los contratos sujetos a regulación armonizada) expresamente señala que «*La preparación y adjudicación de los contratos sujetos a regulación armonizada que concierten los poderes adjudicadores a que se refiere el presente Título se regirán por las normas establecidas en las Secciones 1.ª y 2.ª del Capítulo I del Título I del Libro II de esta Ley*». La sección 1.ª es la que regula la «*preparación de los contratos de las Administraciones Públicas*» y la sección 2.ª la «*adjudicación de los contratos de las Administraciones públicas*».

La redacción del artículo 318 es, sin embargo, distinta. Ya en el título del precepto limita su ámbito de aplicación a la «*Adjudicación de contratos no sujetos a regulación armonizada*». Y el contenido determina que «*En la adjudicación de contratos no sujetos a regulación armonizada se aplicarán las siguientes disposiciones...*». Como puede comprobarse, el artículo 317, referido a los contratos armonizados, remite a las normas tanto de *preparación* como de *adjudicación*, mientras que el artículo 318 excluye en los contratos no armonizado la sujeción a la normativa de preparación⁹. Es decir, en el caso de las fundaciones

⁹ El artículo 26.3 de la LCSP determina que: «*Los contratos privados que celebren los poderes adjudicadores que no pertenezcan a la categoría de Administraciones Públicas mencionados en la letra b) del apartado primero del presente artículo, cuyo objeto esté comprendido en el ámbito de la*

públicas, y para los contratos no sometidos a regulación armonizada, no es aplicable la sección 1.ª del Capítulo I del Título I del Libro II de la LEY (vide, en este sentido, GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ, 2017, p. 1.020 y VIDAL MONFERRER, 2018, p. 1.011), limitándose a la normativa de la adjudicación. Por tanto, no son de aplicación los artículos 115 a 130 de la LCSP referentes al expediente de contratación y a las consultas preliminares del mercado¹⁰. Y esta exclusión tiene incidencia en la necesidad de diseñar unas instrucciones internas de contratación o para determinar el alcance de la información que debe registrarse en el perfil del contratante¹¹.

IV. Jurisdicción competente y régimen de recursos

El artículo 24 de la LCSP determina que los contratos del sector público podrán estar sometidos a un régimen jurídico de Derecho administrativo o de Derecho privado. El artículo 26.1(b) de la LCSP dispone que tendrán la consideración de contratos privados: «*Los celebrados por entidades del sector público que siendo poder adjudicador no reúnan la condición de Administraciones Públicas*»¹². A pesar de ese carácter privado, la jurisdicción que tiene que conocer

presente Ley, se regirán por lo dispuesto en el Título I del Libro Tercero de la misma, en cuanto a su preparación y adjudicación».

¹⁰ Señala MOREU CARBONELL (2018, p. 926) que: «Cuando el contrato no está sujeto a regulación armonizada la ley nada dispone sobre el expediente de contratación, limitándose a establecer unas reglas relativas a su adjudicación que se aplican en función del tipo de contrato y de su cuantía (art. 318LCSP/2017)».

¹¹ Un problema con relación a la normativa aplicable estará en si las fundaciones públicas pueden aplicar supletoriamente la disposición final cuarta de la LCSP. En el apartado primero de la misma se dispone que: «*Los procedimientos regulados en esta Ley se regirán, en primer término, por los preceptos contenidos en ella y en sus normas de desarrollo y, subsidiariamente, por los establecidos en la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, y en sus normas complementarias*». A mi juicio, es dudosa su aplicación a las fundaciones públicas, en tanto la Ley 39/2015 está diseñada para las Administraciones Públicas en sentido estricto.

¹² DEL SAZ (2018, pp. 561 y 562) advierte que la «denominación de contrato privado no debe llevar a confusión. Los contratos privados no se corresponden con un régimen jurídico único, sino con tres regímenes jurídicos diferenciados, dependiendo del tipo de entidad que los celebre y si está sujeta o no a la normativa europea. Si, a su vez tenemos en cuenta que dentro de los contratos privados de la Administración hay que distinguir según se trate contratos de servicios o no, y que cuando se trata de poderes adjudicadores hay que distinguir a su vez según se trate de contratos armonizados o no, nos encontramos con cinco regímenes jurídicos distintos para los contratos privados. Y si aún añadimos a lo anterior que los contratos administrativos tienen su propio régimen jurídico, y que dentro de ellos aún cabe distinguir entre contratos nominados y contratos administrativos especiales, nos encontramos nada más ni nada menos que con siete regímenes jurídicos distintos para los contratos del sector público. Se entenderá así la complejidad de la regulación tantas veces denunciada».

de las cuestiones que se susciten en la contratación no será solo la civil, sino que en función de cuál sea el objeto de la reclamación podrá ser la contencioso-administrativa¹³.

1. *Jurisdicción privada*

El artículo 27.2 de la LCSP determina que: «*El orden jurisdiccional civil será el competente para resolver: a) Las controversias que se susciten entre las partes en relación con los efectos y extinción de los contratos privados de las entidades que tengan la consideración de poderes adjudicadores, sean o no Administraciones Públicas, con excepción de las modificaciones contractuales citadas en las letras b) y c) del apartado anterior*»¹⁴. Las modificaciones contractuales a las que se refiere la letra c), que son las que afectan a las fundaciones públicas, son las referidas a la preparación, adjudicación y modificaciones contractuales, cuando la impugnación de estas últimas se base en el incumplimiento de lo establecido en los artículos 204 y 205, y siempre que se entienda que dicha modificación debió ser objeto de una nueva adjudicación de los contratos celebrados. Por su parte, el artículo 36.4 de la LCSP establece que: «*Salvo que se indique otra cosa en su clausulado, los contratos del sector público se entenderán celebrados en el lugar donde se encuentre la sede del órgano de contratación*». Por tanto, los tribunales competentes serán los de la sede del órgano contratación (domicilio social de la fundación), salvo que se designe específicamente en el pliego a qué tribunales se van a someter los posibles procedimientos.

2. *La jurisdicción contencioso-administrativa*

A pesar del carácter privado de los contratos de las fundaciones públicas, el artículo 27.1.c) de la LCSP determina que: «*Serán competencia del orden jurisdiccional contencioso-administrativo las siguientes cuestiones:... Las referidas a la*

¹³ Advierte FERNÁNDEZ ACEVEDO (2018) que «si se pretende dotar de una mayor profesionalización a la contratación pública, su control debe residenciarse necesariamente en manos de quien está en mejores condiciones de efectuarlo que es también una de las razones que justifican la propia existencia del recurso especial y la ampliación de su objeto que, aunque limitadamente, lleva a cabo la LCSP/2017. Si la distinción en el plano judicial de varios órdenes distintos descansa, principalmente, en la necesaria especialización de cada uno de ellos en relación con un concreto sector material del ordenamiento jurídico, no tiene sentido prescindir de dicha especialización sin razón aparente que lo justifique».

¹⁴ A su vez, el artículo 43 de la LCSP dispone que: «*La invalidez de los contratos por causas reconocidas en el derecho civil, en cuanto resulten de aplicación a los contratos a que se refiere el artículo 38, se sujetará a los requisitos y plazos de ejercicio de las acciones establecidos en el ordenamiento civil...*».

preparación, adjudicación y modificaciones contractuales... de los contratos celebrados por los poderes adjudicadores que no tengan la consideración de Administración Pública». Para acceder a la vía contenciosa es necesario finalizar la vía administrativa. Como señala GARCÍA DE LA ROSA (2018), la «LCSP ha establecido un régimen dual de recursos. Por un lado, aquellos actos contra los que pueda interponerse el recurso especial de contratación. Por otro, el resto de actos, que estarán sometidos al régimen y que deriva del mantenimiento de un régimen de impugnación dual, en el caso de contratos con las cuantías previstas en el artículo 44.1 de la Ley 9/2017, cabe potestativamente recurso especial y posterior recurso jurisdiccional, mientras que para aquellos contratos de inferior importancia económica debe seguirse en vía administrativa el régimen común de recursos administrativos de los artículos 112 y siguientes de Ley 39/2015, de 1 de octubre, de Procedimiento Administrativo Común, y en su caso recurso contencioso-administrativo contra la resolución resultante». Este doble régimen afecta, además, a distintas competencias en el ámbito contencioso-administrativo¹⁵.

Y, a estos efectos, es necesario interponer los recursos ordinarios preceptivos para acudir a la vía contenciosa.

A) *Cuestiones referidas a la preparación de los contratos*

Uno de los problemas aplicativos que plantea el régimen de recursos contractuales es que no está coordinado con el régimen legal aplicable a las fundaciones públicas. En el caso de contratos sometidos a regulación armonizada, se aplica la normativa de la LCSP que regula tanto la preparación

¹⁵ GARCÍA DE LA ROSA (2018) advierte que «se ha de tener presente que al mantenerse un régimen dual de impugnación administrativa en función de la cuantía del contrato, se produce un diferente régimen en la impugnación jurisdiccional pues este trato diferenciado en vía administrativa condiciona la competencia de los órganos de la jurisdicción contenciosa. Así es de ver que la competencia para resolver de los recursos formulados ante las resoluciones dictados por los tribunales administrativos especiales de recursos contractuales de ámbito local, corresponde a las Salas de lo Contencioso-administrativo de los Tribunales Superiores de Justicia, por imperio de lo previsto en el artículo 10.1.k) de LJCA, lo que supone una excepción a la regla general prevista en el artículo 8.1 en relación con el 10.1.a) de LJCA, en cuya virtud la competencia para conocer recursos jurisdiccionales frente a actos de las Administraciones locales se atribuye a los Juzgados de lo Contencioso-administrativo. De este modo se da la circunstancia de que en función de la cuantía del contrato, es posible que quepa recurso especial, en cuyo caso la competencia vendrá atribuida a las Salas de los TSJ, mientras que en el caso de contratos ofertados por las entidades locales que estén por debajo del umbral cuantitativo previsto en la norma, el régimen de impugnación es el de recursos administrativos ordinarios de la Ley 39/2015, y su impugnación jurisdiccional deberá realizarse ante los Juzgados de lo Contencioso-administrativo».

como la adjudicación (art. 317). Para los contratos no sometidos a regulación armonizada, sólo es preceptiva la normativa que atañe a la adjudicación (art. 318). Y resulta complejo que el orden contencioso-administrativo, que debe verificar la legalidad de los actos (art. 48 de la Ley 39/2015, de Procedimiento Administrativo Común), pueda resultar competente en materia de preparación de contratos no sometidos a la regulación armonizada de las fundaciones cuando a estas no se les aplica dicha normativa¹⁶.

Por otro lado, se ha criticado por la doctrina la competencia de la jurisdicción civil sobre cuestiones de Derecho administrativo. Así, se ha preguntado: «¿Qué puede justificar que aspectos tales como la cesión de un contrato, la subcontratación o la aplicación de sistemas de racionalización técnica de la contratación se sometan a la LCSP/2017, pero si surge cualquier controversia sobre ellos, se someta a la jurisdicción civil?» (FERNÁNDEZ ACEVEDO, 2018). Y con relación a los modificados también se han planteado dudas sobre su ámbito de aplicación¹⁷.

B) *Contratos no susceptibles del recurso especial en materia de contratación*

Con una ubicación legislativa que es, a nuestro juicio, deficiente, la LCSP regula el régimen de recursos ordinarios dentro de la normativa del recurso especial en materia de contratación. El artículo 44.6 dispone que para los actos donde no quepa el recurso especial, en «*el caso de actuaciones realizadas por poderes adjudicadores que no tengan la condición de Administraciones Públicas,*

¹⁶ En el artículo 41.2 de la LCSP sobre la revisión de oficio se señala que a «*los exclusivos efectos de la presente Ley, tendrán la consideración de actos administrativos los actos preparatorios y los actos de adjudicación de los contratos de las entidades del sector público que no sean Administraciones Públicas...*». Calificar como acto administrativo los de carácter preparatorio cuando estas entidades no aplican dicho régimen jurídico para los contratos no sometidos a regulación armonizada es, a nuestro juicio, una contradicción interna.

¹⁷ FERNÁNDEZ ACEVEDO (2018) advierte que «cabe imaginar los dos escenarios siguientes. Primero.—Un poder adjudicador no Administración pública aprecia que no es posible ejecutar la prestación contratada en los términos inicialmente pactados. Tras estudiar los artículos 203 a 205 de la LCSP/2017 que son de aplicación, interpretando que se trata de una modificación no prevista que tiene carácter sustancial, decide resolver el contrato. El contratista no está de acuerdo y acude al juez civil contra esta decisión. Segundo.—En la misma situación, dicho poder adjudicador interpreta que la modificación sí es posible y, por tanto, acuerda la misma con el beneplácito del contratista. Un tercero cree, en cambio, que la modificación es ilegal y que debió ser objeto de una nueva adjudicación a la que estaría interesado en concurrir. Impugna la modificación ante la jurisdicción contencioso-administrativa. En ambos pleitos el debate girará principalmente en torno al carácter sustancial o no de la modificación, para lo que habrá de interpretarse y aplicarse el artículo 205 de la LCSP/2017; es decir, se trata de una cuestión de Derecho administrativo que en un caso es enjuiciada por la jurisdicción contencioso-administrativa y, en cambio, en el otro por la civil».

aquellas se impugnarán en vía administrativa de conformidad con lo dispuesto en la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas ante el titular del departamento, órgano, ente u organismo al que esté adscrita la entidad contratante o al que corresponda su tutela. Si la entidad contratante estuviera vinculada a más de una Administración, será competente el órgano correspondiente de la que ostente el control o participación mayoritaria»¹⁸. En el caso de las fundaciones públicas hay que tener en consideración que los conceptos de control y participación mayoritaria no operan como en las sociedades mercantiles. En principio, los estatutos de la propia fundación del sector público deben identificar la Administración Pública de adscripción y, a efectos de recurso, a quien correspondería la tutela¹⁹.

¹⁸ De la misma manera, y con relación a la apreciación de la prohibición de contratar con arreglo al artículo 71 de la LCSP, el artículo 72.4 determina que: «La competencia para la declaración de la prohibición de contratar en los casos en que la entidad contratante no tenga el carácter de Administración Pública corresponderá al titular del departamento, presidente o director del organismo al que esté adscrita o del que dependa la entidad contratante o al que corresponda su tutela o control. Si la entidad contratante estuviera vinculada a más de una Administración, será competente el órgano correspondiente de la que ostente el control o participación mayoritaria».

¹⁹ El artículo 129 de la Ley 40/2015 dispone que:

«1. Los estatutos de cada fundación determinarán la Administración Pública a la que estará adscrita de conformidad con lo previsto en este artículo.

2. De acuerdo con los siguientes criterios, ordenados por prioridad en su aplicación, referidos a la situación en el primer día del ejercicio presupuestario, la fundación del sector público quedará adscrita, en cada ejercicio presupuestario y por todo este período, a la Administración Pública que:

- a) Disponga de mayoría de patronos.
- b) Tenga facultades para nombrar o destituir a la mayoría de los miembros de los órganos ejecutivos.
- c) Tenga facultades para nombrar o destituir a la mayoría de los miembros del personal directivo.
- d) Tenga facultades para nombrar o destituir a la mayoría de los miembros del patronato.
- e) Financie en más de un cincuenta por ciento, en su defecto, en mayor medida la actividad desarrollada por la fundación, teniendo en cuenta tanto la aportación del fondo patrimonial como la financiación concedida cada año.
- f) Ostente el mayor porcentaje de participación en el fondo patrimonial.

3. En el supuesto de que participen en la fundación entidades privadas sin ánimo de lucro, la fundación del sector público estará adscrita a la Administración que resulte de acuerdo con los criterios establecidos en el apartado anterior.

4. El cambio de adscripción a una Administración Pública, cualquiera que fuere su causa, conllevará la modificación de los estatutos que deberá realizarse en un plazo no superior a tres meses, contados desde el inicio del ejercicio presupuestario siguiente a aquél en se produjo el cambio de adscripción».

Sobre la Ley 40/2015 y las fundaciones públicas remitimos a otro trabajo nuestro (BLÁZQUEZ LIDOY, 2016, pp. 345 y ss.)

Este recurso administrativo ante el titular del órgano del que dependa la fundación es un recurso excepcional que, una vez resuelto, abrirá la vía contencioso-administrativa. En la Recomendación de la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado de 28 de febrero de 2018 se advierte que: «Este régimen de impugnación se configura, por otro lado, como un sistema especial aplicable a los contratos públicos y que prevalece, por razón de la materia, sobre lo dispuesto con carácter general en el artículo 114.2.d) de la Ley 39/2015 que, además, admite expresamente excepciones por norma con rango legal, como es el caso. A la tramitación de este recurso de alzada, no obstante, sí se aplicarán las restantes normas de la LPA que regulan aquellos aspectos propios del recurso de alzada que no están descritas en la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por expresa exigencia de la norma especial»²⁰.

Jurídicamente, este recurso ante el titular del órgano de control se ha calificado como un «recurso de alzada impropio»²¹. Sin embargo, los recursos de alzada se interponen ante «el órgano superior jerárquico del que los dictó» (art. 121.1 de la Ley 39/2015). Y en el caso de las fundaciones del sector público no será extraño que el propio titular que deba conocer de la alzada sea, a su vez, miembro del patronato e, incluso, su presidente, lo que hace que la denominación genérica de recurso de alzada impropio pueda no ser la apropiada en estos casos.

C) *El recurso especial en materia de contratación*

El recurso especial en materia de contratación tiene el mismo régimen para las Administraciones Públicas y para los poderes adjudicadores no Administración Pública. En consecuencia, las fundaciones públicas deben adjudicar los contratos en los mismos plazos que los establecidos en el artículo 153 de la LCSP²². Y los tribunales u organismos independientes competentes para

²⁰ En el mismo sentido, la Instrucción 3/2018 de la Abogacía General del Estado señala que el artículo 114.2.d) de la Ley 39/2015 determina que en el ámbito estatal ponen fin a la vía administrativa los actos y resoluciones siguientes: «d) En los Organismos públicos y entidades derecho público vinculados o dependientes de la Administración General del Estado, los emanados de los máximos órganos de dirección unipersonales o colegiados, de acuerdo con lo que establezcan sus estatutos, salvo que por ley se establezca otra cosa».

²¹ Término empleado por la Recomendación de la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado de 28 de febrero de 2018 y la Instrucción 3/2018 de la Abogacía General del Estado.

²² El artículo 37.3 de la LCSP dispone que: «Los contratos que celebren los poderes adjudicadores que no tengan la consideración de Administraciones Públicas cuando sean susceptibles de recurso especial en materia de contratación conforme al artículo 44 deberán formalizarse en los plazos establecidos en el artículo 153».

conocer de los mismos serán los vinculados a la Administración de la que dependa la fundación pública²³. En estos casos, además, no caben, ni siquiera en las Comunidades Autónomas, recursos ordinarios²⁴.

El recurso especial en materia de contratación es especial, en tanto opera residualmente al margen del sistema de recursos de la LPAC, de carácter potestativo y gratuito para los recurrentes (art. 44.7 de la LCSP). El carácter potestativo del recurso supone que los legitimados podrán acudir previamente al mismo o bien directamente ante la jurisdicción contenciosa-administrativa. En el caso de las fundaciones públicas es necesario reseñar, al menos, tres cuestiones:

(i) La primera afecta a las condiciones objetivas. Se puede interponer este recurso en el caso de contratos de obras por un valor estimado superior a 3 millones de euros, o de suministro y servicios por importe superior a 100.000 euros. Y se pueden impugnar una serie de actuaciones tasadas que van desde los anuncios, pliegos, documentos contractuales, actos de trámite cualificados, admisión o inadmisión de candidatos, acuerdos de adjudicación, modificaciones contractuales basadas en incumplimientos que deban dar lugar a una nueva adjudicación (arts. 204 y 205 de la LCSP), formalización de encargos a medios propios. Como señalamos anteriormente, carece de sentido que la jurisdicción administrativa conozca de cuestiones no sometidas a la LCSP, como son las que afectan a la preparación en el caso de contratos no sometidos a regulación armonizada o lo que atañe con los efectos de los contratos. El recurso especial se puede interponer con relación a los «*pliegos y documentos contractuales que establezcan las condiciones que deban regir la contratación*» [art. 44.2.a) de la LCSP]. Dejando al margen que los pliegos son en la Ley documentos preparatorios, lo que realmente cabe cuestionarse es si el ámbito administrativo debe pronunciarse sobre aquellas cuestiones que están sometidas al Derecho privado y que regulan la vida y efectos de los contratos (art. 319.1 de la LCSP). Ciertamente, los pliegos son «*la ley del contrato*»

²³ El artículo 47.1 de la LCSP determina que: «*Cuando se trate de los recursos interpuestos contra actos de los poderes adjudicadores que no tengan la consideración de Administraciones Públicas, la competencia estará atribuida al órgano independiente que la ostente respecto de la Administración a que esté vinculada la entidad autora del acto recurrido*».

²⁴ Así, el artículo 44.5 de la LCSP establece que: «*Contra las actuaciones mencionadas en el presente artículo como susceptibles de ser impugnadas mediante el recurso especial, no procederá la interposición de recursos administrativos ordinarios*». CANALES GIL y HUERTA BARAJAS (2018, pp. 653 y 654) advierten que en la nueva normativa se ha suprimido el inciso final que había en el artículo 40.5 del TRLCSP por que se establecía la no recurribilidad, salvo la excepción prevista con relación a las Comunidades Autónomas. Por tanto, dado que el artículo 44.5 tiene carácter de legislación básica, dicha posibilidad ha desaparecido con la entrada en vigor de la LCSP.

y obligan a las partes. Pero precisamente por eso, la jurisdicción administrativa solo debería tener competencia sobre cuestiones que sean exigibles legalmente a las fundaciones públicas por aplicación de la LCSP y no a aquellos otros ámbitos sometidos al Derecho privado²⁵. En este sentido, no hay que olvidar que el artículo 43 de la LCSP determina que: «*La invalidez de los contratos por causas reconocidas en el derecho civil, en cuanto resulten de aplicación a los contratos a que se refiere el artículo 38, se sujetará a los requisitos y plazos de ejercicio de las acciones establecidos en el ordenamiento civil...*»²⁶.

(ii) La segunda de las cuestiones tiene que ver con el carácter potestativo del recurso especial en las fundaciones públicas. A diferencia de lo que

²⁵ No obstante lo anterior, GONZÁLEZ-VARAS (2017, p. 156) señala que: «Incluso en el ámbito de la contratación civil de las sociedades públicas la libertad de pactos tiene sus límites, según recuerda la Resolución 101/2016 del Órgano Administrativo de Recursos Contractuales de la Comunidad Autónoma de Euskadi (...), declarando inaplicable el artículo 1594 del Código Civil, en un caso en que un pliego pretendía obviar el artículo 151.2 TRLCSP mediante una estipulación de reserva de la posibilidad de desligarse unilateralmente del contrato una vez formalizado y sin necesidad de aportar justificación alguna. Se razona por el órgano resolutorio:

“Tal y como alega el poder adjudicador esta facultad está prevista en el artículo 1.594 del Código Civil y nos hallamos ante un contrato que en lo referente a sus efectos y extinción se rige por el derecho privado (art. 20.2 TRLCSP), lo que daría validez a la estipulación. (...) No puede aceptarse la aplicación sin matices, incondicionada y sin necesidad de justificación, del artículo 1.594 del Código Civil a los contratos celebrados por los poderes adjudicadores que no son administraciones públicas. Como ya se ha dicho anteriormente, AK no puede, salvo que se desvíe del objeto societario que justifica su existencia, actuar como una sociedad mercantil cualquiera, ya que es un ente instrumental que está gestionando un servicio de titularidad pública y no puede soslayar las previsiones legales que regulan el procedimiento de adjudicación de sus contratos mediante el uso de una norma o estipulación que le permite alterar libremente el resultado de dicho procedimiento (ver también el Fundamento de Derecho Décimo de la Resolución 18/2015 del OARC/KEAO). Consecuentemente, la cláusula debe anularse”».

²⁶ Díez SASTRE (2018a, p. 580) señala que: «*Los supuestos de nulidad de Derecho civil serían los siguientes: a) la falta de consentimiento, de acuerdo con los artículos 1261 y 1262 CC; b) el carácter imposible, ilícito o indeterminable del objeto del contrato (art. 1273 CC); c) la inexistencia o ilicitud de la causa (art. 1275 CC); d) la contravención de una Ley imperativa o del orden público (art. 1255 CC); y e) la insuficiencia de poder del firmante de la proposición (art. 1259 CC) —aunque este trámite puede subsanarse al comienzo de la licitación y, tras la adjudicación, pasaría a ser un vicio de invalidez de Derecho administrativo). Por su parte, las causas de anulabilidad serían: a) la falta de capacidad del licitador, distinta de la capacidad de obrar, que se regula como causa de nulidad de Derecho administrativo (arts. 1263-1264 CC); b) el error como vicio en el consentimiento padecido por el licitador o el ente adjudicador (arts. 1265-1266 CC); c) el dolo, si una de las partes induce a la otra a celebrar un contrato que no habría celebrado (arts. 1265, 1269 y 1270 CC); y d) la violencia e intimidación al licitador a la hora de presentar su proposición (arts. 1265, 1267 y 1268 CC)».*

sucede con una Administración, los poderes adjudicadores no Administración Pública no dictan actos administrativos. Y, por tanto, no son directamente recurribles con arreglo a la Ley 39/2015. Sí lo son con arreglo a la Ley 9/2017, como excepción a la Ley Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas. Esto ha llevado plantear a la doctrina si en el caso de los PANAP el recurso especial es obligatorio. DEL SAZ (2018, pp. 567 y 568) advierte que «teniendo en cuenta que el recurso especial ha quedado configurado, finalmente, como recurso potestativo y no preceptivo (art. 44.7), cuando se trate de un acto de adjudicación de un poder adjudicador con personificación privada (sociedades, fundaciones o asociaciones), y no se interponga recurso especial por ser potestativo, supuesto en el que no cabe interponer otro recurso administrativo, no habrá acto administrativo que recurrir, fallando así los presupuestos procesales que contempla la Ley reguladora de la Jurisdicción para la interposición del recurso... En estos casos, y sólo en estos casos, el recurso especial lejos de ser potestativo debe considerarse preceptivo pues la ley no atribuye expresamente a la jurisdicción ordinaria, la resolución de los recursos interpuestos contra los actos de preparación y adjudicación de ninguno de los contratos sujetos a su ámbito subjetivo de aplicación y a falta de una atribución expresa, parece más que dudoso que los tribunales ordinarios puedan y sepan aplicar normas de derecho administrativo. Y no sólo eso, otra interpretación llevaría a que, según se interponga o no recurso especial, un mismo acto puede ser controlable a la vez por ambas jurisdicciones. Una conclusión contraria al espíritu de la ley»²⁷.

(iii) La tercera afecta al expediente de contratación. El artículo 52.1 de la LCSP determina que: «*Si el interesado desea examinar el expediente de contratación de forma previa a la interposición...*». Como desarrollaremos posteriormente, el expediente de contratación en las fundaciones presenta una regulación compleja. Por un lado, los artículos 116 a 130 (que son los que se encuentran dentro de la subsección 1.^a —«*Expediente de contratación*»—) no se aplican a los poderes adjudicadores no Administración Públicas para los contratos no sometidos a regulación armonizada (art. 318). Pero, a la vez, las menciones que en otros preceptos se hacen sobre el contenido del expediente de contratación que sí son de aplicación obligatoria a las fundaciones hace

²⁷ No obstante la opinión de esta autora, el artículo 41.2 de la LCSP, sobre la revisión de oficio, determina que a «*los exclusivos efectos de la presente Ley, tendrán la consideración de actos administrativos los actos preparatorios y los actos de adjudicación de los contratos de las entidades del sector público que no sean Administraciones Públicas...*». Por tanto, aunque sea sólo limitado a la LCSP, sí se califican como actos administrativos los actos dictados por los PANAP.

que nos encontremos ante un régimen no armónico. A nuestro juicio, sólo podrá exigirse a las fundaciones públicas aquella parte del expediente de contratación que sea preceptivo para ellas por aplicación de la normativa de la LCSP. Pero no lo establecido en los artículos 116 a 130²⁸.

D) *Supuestos de invalidez y la revisión de oficio (art. 41.2)*

En los artículos 38, 39 y 40 de la LCSP se regulan los supuestos de invalidez, nulidad y anulabilidad para los poderes adjudicadores, incluidas las fundaciones públicas. Al margen de lo que ya hemos señalado anteriormente con relación a las especialidades de las fundaciones públicas, la única causa de nulidad que no se aplicaría a las fundaciones del sector público es la regulada en el artículo 39.1.b). Dicho precepto recoge como causa de nulidad «*la carencia o insuficiencia de crédito, de conformidad con lo establecido en la Ley 47/2003, de 26 de noviembre, General Presupuestaria, o en las normas presupuestarias de las restantes Administraciones Públicas sujetas a esta Ley*». Dicha limitación solo tendría efectos para las Administraciones con presupuestos limitativos, pero no para las fundaciones públicas, donde el presupuesto es de carácter estimativo.

Sí merece mayor atención la revisión de oficio (art. 41.2), al determinarse que: «*A los exclusivos efectos de la presente Ley, tendrán la consideración de actos administrativos los actos preparatorios y los actos de adjudicación de los contratos de las entidades del sector público que no sean Administraciones Públicas... La revisión de oficio de dichos actos se efectuará de conformidad con lo dispuesto en el apartado anterior*». Y en el artículo 41.3 se determina que «*serán competentes para declarar la nulidad o lesividad de los actos a que se refieren los apartados anteriores el órgano de contratación, cuando se trate de contratos de una Administración Pública, o el titular del departamento, órgano, ente u organismo al que esté adscrita la entidad contratante o al que corresponda su tutela, cuando esta no tenga el carácter de Administración Pública*».

Por tanto, ante la firmeza de los actos de contratación, podrá instarse la revisión de oficio del contrato viciado de nulidad (art. 106.1 de la Ley 39/2015); sólo se podrá instar este procedimiento por las causas de nulidad establecidas en el artículo 41.1 Ley 39/2015 o en el artículo 39 de la Ley 9/2017. A estos efectos, la LCSP califica como «*actos administrativos*» los dictados por una fundación pública, con la única finalidad de hacer aplicable un

²⁸ *Vide infra* apartado 5 de este trabajo (expediente de contratación en los contratos no sujetos a regulación armonizada) a los efectos de determinar qué parte de los expedientes de contratación son obligatorios para las fundaciones públicas.

régimen jurídico concreto. Por otro lado, y como hemos señalado de manera reiterada, «*los actos preparatorios*» no son exigibles para los PANAP en el caso de contratos no sometidos a regulación armonizada, por lo que la revisión de oficio debería limitarse en este supuestos a los actos de adjudicación.

V. Expediente de contratación en los contratos no sujetos a regulación armonizada

Como hemos señalado de manera previa, en el caso de contratos no sujetos a regulación armonizada el artículo 318 excluye para las fundaciones del sector público la aplicación del régimen normativo vinculado a la preparación de los contratos (arts. 115 a 130). Pero todos los poderes adjudicadores sí están sometidos a la normativa general que se aplica a las entidades del sector público (arts. 1 a 113). Y estos preceptos, si bien tienen un contenido heterogéneo, en muchos casos no son sino la concreción de los principios generales a supuestos de hecho concretos²⁹.

(i) El artículo 115 regula las consultas preliminares del mercado, como un medio de realizar estudios de mercado y consultas para un mejor enfoque de la contratación. Y se regula estableciéndose una serie de límites y unas obligaciones de documentación y publicidad. A nuestro juicio, si una fundación pública acude a estas consultas preliminares, no estará obligado a publicar ni el inicio de la consulta ni las actuaciones realizadas, con independencia de que sí tenga que recoger en un informe meramente interno las actuaciones y conclusiones (principio de eficacia y buena gestión). Y sí entendemos que serán de aplicación, por el contrario, los límites impuestos. En concreto, el hecho de que de «*las consultas realizadas no podrá resultar un objeto contractual tan concreto y delimitado que únicamente se ajuste a las características técnicas de uno de los consultados. El resultado de los estudios y consultas debe, en su caso, concretarse en la introducción de características genéricas, exigencias generales o fórmulas abstractas que aseguren una mejor satisfacción de los intereses públicos, sin que en ningún caso, puedan las consultas realizadas comportar ventajas respecto de la adjudicación del contrato para las empresas participantes en aquellas*»; Igualmente, la fundación tampoco «*podrá revelar a los participantes en el mismo las soluciones propuestas por los otros participantes, siendo las mismas solo conocidas íntegramente por aquel*» ni evitar la «*participación en la consulta no impide la posterior intervención en el procedimiento de contratación que en su caso se tramite*». Los anteriores límites serían aplicables en tanto son una concreción de los principios generales de la

²⁹ Con relación a los principios generales de la contratación pública *vide* MORENO MOLINA (2017).

contratación; falseamiento de competencia, no discriminación, igualdad de trato, integridad, confidencialidad y buena administración³⁰.

(ii) Los artículos 116 y 117 se refieren al expediente de contratación y a su aprobación. El artículo 116.1 dispone que: «*La celebración de contratos por parte de las Administraciones Públicas requerirá la previa tramitación del correspondiente expediente, que se iniciará por el órgano de contratación motivando la necesidad del contrato en los términos previstos en el artículo 28 de esta Ley y que deberá ser publicado en el perfil de contratante*». Hay una remisión al artículo 28, precepto este que sí es aplicable a cualquier poder adjudicador. Y, de la misma manera, la regulación del expediente de contratación no sólo se encuentra en el artículo 116, sino que otra serie de preceptos, que sí son de aplicación obligatoria a las fundaciones públicas, tienen referencias continuas al contenido del mismo³¹.

³⁰ Es necesario distinguir el hecho de que artículo 115 no sea aplicable a las fundaciones públicas, de la necesidad de que la contratación se sujete a los principios fundamentales de la contratación. Y establecer objetos concretos y delimitados atenta contra la libre competencia y el principio de igualdad; desvelar a los participantes las soluciones propuestas al principio de confidencialidad e igualdad; y evitar la participación a la libre competencia.

³¹ Las referencias en la Ley al expediente son continuas, incluidas cuestiones que afecta a la fase de ejecución (y que solo excepcionalmente son aplicables a las fundaciones públicas). (i) El artículo 99.3 determina que «*No obstante lo anterior, el órgano de contratación podrá no dividir en lotes el objeto del contrato cuando existan motivos válidos, que deberán justificarse debidamente en el expediente, salvo en los casos de contratos de concesión de obras*» (vide también el 99.4 sobre las limitaciones en el caso de limitación en lotes que deben justificarse en el expediente); (ii) El artículo 106.1 dispone que: «*En el procedimiento de contratación no procederá la exigencia de garantía provisional, salvo cuando de forma excepcional el órgano de contratación, por motivos de interés público, lo considere necesario y lo justifique motivadamente en el expediente*»; (iii) El artículo 137 establece que: «*En caso de que el expediente de contratación haya sido declarado de tramitación urgente, los plazos establecidos en esta Sección se reducirán en la forma prevista en la letra b) del apartado 2 del artículo 119 y en las demás disposiciones de esta Ley*»; (iv) El artículo 145.1 señala que: «*La adjudicación de los contratos se realizará utilizando una pluralidad de criterios de adjudicación en base a la mejor relación calidad-precio. Previa justificación en el expediente, los contratos se podrán adjudicar con arreglo a criterios basados en un planteamiento que atienda a la mejor relación coste-eficacia, sobre la base del precio o coste, como el cálculo del coste del ciclo de vida con arreglo al artículo 148*»; (v) El artículo 146.2b) determina que: «*La elección de las fórmulas se tendrán que justificar en el expediente*»; (vi) El artículo 152.3 regula que: «*Solo podrá adoptarse la decisión de no adjudicar o celebrar el contrato por razones de interés público debidamente justificadas en el expediente. En este caso, no podrá promoverse una nueva licitación de su objeto en tanto subsistan las razones alegadas para fundamentar la decisión*», mientras que el apartado 4 del artículo 152 hace referencia al desistimiento del procedimiento y su justificación en el expediente de contratación; (vii) El artículo 154.7 determina que: «*Podrán no publicarse determinados datos relativos a la celebración del contrato cuando se considere, justificándose debidamente en el expediente, que la divulgación de esa información puede obstaculizar la aplicación de una norma, resultar contraria al interés público o perjudicar intereses comerciales legítimos de empresas públicas o privadas o la competencia leal entre ellas, o cuando se trate de contratos declarados secretos o reservados o cuya ejecución deba ir*

Por tanto, a pesar de que el artículo 116 no es de aplicación a las fundaciones del sector público estatal, la remisión al artículo 28, así como la mención en otros preceptos del texto legal sí obligatorios para las fundaciones y que hacen referencia al expediente, implica la necesidad de que las fundaciones públicas instruyan un expediente que respete, al menos, dicho contenido preceptivo. Pero, no será necesaria la aplicación estricta del contenido exigido por el artículo 116, sin perjuicio de que principios de buena gestión y eficiencia puedan aconsejar su aplicación³². De esta manera, cualquier posible acceso de terceros al expediente debe limitarse a lo que sea legalmente obligatorio (como sucede con el artículo 52 referido al recurso especial). El resto del expediente confeccionado por la fundación, que podría tener incluso la información no obligatoria del artículo 116, deberá calificarse como «informe interno» y, por tanto, ni formará parte del expediente formal de contratación³³, ni su falta de cumplimiento puede llevar aparejado ningún efecto negativo, en cualquier ámbito, para la fundación o sus gestores³⁴.

Y, desde luego, lo que entendemos que no es aplicable en ningún caso son las obligaciones de publicación en perfil del contratante. A diferencia de

acompañada de medidas de seguridad especiales conforme a la legislación vigente, o cuando lo exija la protección de los intereses esenciales de la seguridad del Estado y así se haya declarado de conformidad con lo previsto en la letra c) del apartado 2 del artículo 19»; (viii) El artículo 103.2 hace mención a la revisión periódica y predeterminada de precios; (ix) La fecha de envío a los diarios oficiales (arts. 135 y 154.3) debe contar en el expediente; (x) En el caso del procedimiento de licitación con negociación, el artículo 169.6 exige que en «el expediente deberá dejarse constancia de las invitaciones cursadas, de las ofertas recibidas, de las razones para su aceptación o rechazo y de las ventajas obtenidas en la negociación»; (xi) El artículo 205, que es exigible a las fundaciones públicas, exige la justificación de las condiciones para la modificación del contrato; (xii) El artículo 215.2(e), también aplicable a las fundaciones públicas, exige que las tareas críticas que no puedan ser objeto de subcontratación deberán ser objeto de justificación en el expediente de contratación; (xiii) El artículo 219.2 exige justificar en el expediente la duración del acuerdo marco; (xiv) En general, todo lo que suponga una excepción a la norma que sea general (arts. 29.4, 30.3, 63.8; 138.2).

³² En cualquier caso, el artículo 116.4.a), referido a la elección de procedimiento de licitación, no sería aplicable al tener las fundaciones públicas libertad a la hora de elegir el procedimiento aplicable (art. 318.b de la LCSP).

³³ El artículo 70.4 de la Ley de Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas determina que: «No formará parte del expediente administrativo la información que tenga carácter auxiliar o de apoyo, como la contenida en aplicaciones, ficheros y bases de datos informáticas, notas, borradores, opiniones, resúmenes, comunicaciones e informes internos o entre órganos o entidades administrativas, así como los juicios de valor emitidos por las Administraciones Públicas, salvo que se trate de informes, preceptivos y facultativos, solicitados antes de la resolución administrativa que ponga fin al procedimiento».

³⁴ En concreto, no sería de aplicación la parte del artículo 38.b) de la LCSP que determina que los contratos celebrados un poder adjudicador serán inválidos «cuando lo sea alguno de sus actos preparatorios...».

lo que sucederá en las Administraciones Públicas, el expediente de contratación tendrá una incidencia meramente interna, sin que sea obligatorio su publicación.

De la misma manera, la aplicación del artículo 117, referente a la aprobación del expediente, debe entenderse correctivamente. Es necesario que el órgano competente de la fundación pública, en función de los poderes, sea quien apruebe el inicio de la contratación. Pero no creemos que sea necesario ni aprobar el expediente, ni dictar una «*resolución*» (concepto de Derecho administrativo), ni puede entenderse que dicha resolución supondrá la aprobación del gasto, en tanto en las fundaciones públicas, como entidades que se rigen en la gestión de sus fondos por Derecho privado, no existe tal referencia³⁵.

(iii) El artículo 118, referente a los contratos menores, merece, por su importancia, un desarrollo específico que haremos en un epígrafe posterior.

(iv) El artículo 119 regula la tramitación urgente del expediente. Su contenido, sin embargo, no puede incardinarse en la fase de preparación del contrato. De hecho, la mayor parte del mismo regula la reducción de plazos en el caso de que el procedimiento sea declarado urgente. Así, el artículo 137, que sí es directamente aplicable a las fundaciones públicas, dispone que: «*En caso de que el expediente de contratación haya sido declarado de tramitación urgente, los plazos establecidos en esta Sección se reducirán en la forma prevista en la letra b) del apartado 2 del artículo 119 y en las demás disposiciones de esta Ley*». Por tanto, las fundaciones podrán justificar la tramitación urgente en el caso de que nos encontremos ante una necesidad inaplazable o sea preciso acelerar por razones de interés público, y, en dicho caso, por aplicación del artículo 137, se aplicarán las reducciones de plazo reguladas en el artículo 119.2 de la LCSP.

(v) Los artículos 122, 123, 124 y 125 hacen mención a los pliegos de cláusulas administrativas y de prescripciones técnicas. El artículo 122 hace referencia al pliego de «*cláusulas administrativas*». Aunque sea una mera cuestión terminológica, al ser la naturaleza del contrato que se firma privado y no ser las fundaciones públicas Administración, el término de cláusulas administrativas no es correcto y debe emplearse otro diferentes (como, por ejemplo, «*cláusulas jurídicas*»). En los procedimientos de contratación de cualquier poder adjudicador los pliegos son la ley del contrato, de tal manera que, como establece el artículo 35.2 de la LCSP: «*El documento contractual no podrá incluir estipulaciones que establezcan derechos y obligaciones para las partes distintos*

³⁵ Sin perjuicio, además, que el documento que puede dar soporte a esa aprobación pueda ser el plan de actuación que aprueba el patronato de manera anual.

de los previstos en los pliegos, concretados, en su caso, en la forma que resulte de la proposición del adjudicatario, o de los precisados en el acto de adjudicación del contrato de acuerdo con lo actuado en el procedimiento, de no existir aquellos»³⁶. El artículo 139.1 determina que: «Las proposiciones de los interesados deberán ajustarse a los pliegos y documentación que rigen la licitación, y su presentación supone la aceptación incondicionada por el empresario del contenido de la totalidad de sus cláusulas o condiciones, sin salvedad o reserva alguna»³⁷. En definitiva, es obligatorio, en cumplimiento de los principios generales de contratación, que cuando un licitador presenta a una oferta, tenga pleno conocimiento de la totalidad del marco que regulará las relaciones y condiciones.

Por tanto, al margen de que los artículos 122 a 124 no sean directamente aplicables a las fundaciones, la propia naturaleza de la contratación pública hace que sea necesario elaborar unos pliegos de cláusulas jurídicas y de prescripciones técnicas, con todo el contenido necesario para regular tanto el acceso a la licitación como el cumplimiento del contrato.

(vi) De la misma manera, los artículos 125 a 129 tienen que ver con la obligación de establecer criterios que no puedan excluir o favorecer a ciertos licitadores por causas técnicas. Como establece el artículo 126.1, las prescripciones técnicas «proporcionarán a los empresarios acceso en condiciones de igualdad al procedimiento de contratación y no tendrán por efecto la creación de obstáculos injustificados a la apertura de la contratación pública a la competencia». De esta manera, se establece que cualquier referencia o exigencia concreta a la que se haga mención en los pliegos debe permitir a los licitadores que la cumplan por medios equivalentes. Por tanto, y como señalamos con relación al contenido de los pliegos, aunque los artículos 125 a 129 no sean directamente aplicables a los poderes adjudicadores no Administración Pública, la propia naturaleza de los principios públicos de contratación hace que su contenido lo sea en tanto vaya dirigido a preservar la igualdad de trato y evitar crear obstáculos no acordes con los principios de contratación. Y, naturalmente,

³⁶ Por todos, puede verse la Resolución 72/2018 del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, de 26 de enero de 2018, donde se afirma que: «Los pliegos que elabora el órgano de contratación y que acepta expresamente el licitador al hacer su proposición constituyen la ley del contrato y vinculan, según reiterada y constante Jurisprudencia del Tribunal Supremo, tanto a la Administración contratante como a los participantes en la licitación». El artículo 153.1 determina que «en ningún caso se podrán incluir en el documento en que se formalice el contrato cláusulas que impliquen alteración de los términos de la adjudicación».

³⁷ También el artículo 122.4 dispone que: «Los contratos se ajustarán al contenido de los pliegos de cláusulas administrativas particulares, cuyas cláusulas se consideran parte integrante de los mismos».

estos pliegos sí tienen que publicarse obligatoriamente en el perfil del contratante al constituir los documentos que regulan la relación entre las partes.

(v) Distinto es el caso del artículo 130 de la LCSP, referente a las condiciones de subrogación en contratos de trabajo. Se trata de un precepto mal ubicado, que no debería estar incluido en las normas de preparación del contrato en tanto su régimen jurídico tiene una serie de implicaciones que deberían ser aplicables a todos los poderes adjudicadores. El apartado 1 del artículo 130, determina que cuando *«una norma legal un convenio colectivo o un acuerdo de negociación colectiva de eficacia general, imponga al adjudicatario la obligación de subrogarse como empleador en determinadas relaciones laborales, los servicios dependientes del órgano de contratación deberán facilitar a los licitadores, en el propio pliego, la información sobre las condiciones de los contratos de los trabajadores a los que afecte la subrogación que resulte necesaria para permitir una exacta evaluación de los costes laborales que implicará tal medida, debiendo hacer constar igualmente que tal información se facilita en cumplimiento de lo previsto en el presente artículo»*. La LCSP no impone a la nueva adjudicataria la obligación de subrogarse en sus contratos, sino que se trata de una norma de remisión, donde si en otros ámbitos jurídicos la Ley o los convenios exigen la subrogación, lo que la LCSP determina es que debe darse una información exacta y minuciosa de los costes laborales. Esta exigencia es, a nuestro juicio, directamente aplicable a las fundaciones por la propia naturaleza de las obligaciones que asumen los contratistas. Tal y como señala la Junta Consultiva de Contratación en su informe 33/2002, de 23 de octubre, es necesario que el adjudicatario conozca suficientemente las obligaciones que asume porque la *«ausencia de tal dato llevaría a una situación de ignorancia de aquellas obligaciones que debe asumir viciando su posición ante el contrato»*; y el artículo 130.1 no viene sino a precisar cuál es la información necesaria para que los licitadores puedan saber cuáles son las condiciones del contrato.

No sería aplicable la imposición de penalidades (art. 190.4) tanto por el hecho de que las penalidades no son exigibles a las fundaciones públicas (art. 319), como por el hecho de que el propio artículo 130 no es exigible a estas entidades. Y esto sin perjuicio de que criterios de buena gestión sí aboguen por su adopción³⁸. Más problemas plantea el régimen de los apartados 5 y 6 del artículo 130. El apartado 5 dispone que: *«En el caso de que una vez producida la subrogación los costes laborales fueran superiores a los que se*

³⁸ De la misma manera que es posible considerar la obligación de entregar la información de las relaciones laborales afectadas como una condición especial de ejecución del contrato o, incluso, una obligación esencial, cuyo incumplimiento pueda dar lugar a la resolución del contrato (MADRIGAL ESTEBAN y MARTÍNEZ SALDAÑA, 2015, p. 45).

desprendieran de la información facilitada por el antiguo contratista al órgano de contratación, el contratista tendrá acción directa contra el antiguo contratista». Este precepto, que parece orientarse a limitar las responsabilidades de la Administración concediendo una acción directa contra el contratista, no es aplicable a las fundaciones públicas para contratos no armonizados, aunque sí lo sería para los contratos armonizados, al no ser aplicable el artículo 130 para las fundaciones públicas por mor del artículo 318, y ser la acción directa una previsión que sólo puede ser establecida por Ley (como el art. 1597 del Código Civil) por no tener el contratista entrante y el saliente ninguna relación. Dicho régimen legal es, a nuestro juicio, insostenible. No es jurídicamente defendible que el régimen de una acción directa de un contratista dependa de que el contrato esté o no sometido a regulación armonizada. En cualquier caso, y de no considerar aplicable la acción directa, en el caso de que el nuevo contratista se viera perjudicado por esta situación, cabría plantear una posible responsabilidad del órgano de contratación³⁹.

Y un comentario parecido merece el apartado 6 del artículo 130, que establece el que en el pliego de cláusulas administrativas debe recogerse la *«obligación del contratista de responder de los salarios impagados a los trabajadores afectados por subrogación, así como de las cotizaciones a la Seguridad social devengadas, aún en el supuesto de que se resuelva el contrato y aquellos sean subrogados por el nuevo contratista, sin que en ningún caso dicha obligación corresponda a este último. En este caso, la Administración, una vez acreditada la falta de pago de los citados salarios, procederá a la retención de las cantidades debidas al contratista para garantizar el pago de los citados salarios, y a la no devolución de la garantía definitiva en*

³⁹ Señalan MADRIGAL ESTEBAN y MARTÍNEZ SALDAÑA (2015, p. 48) que: «No es inhabitual que el nuevo adjudicatario se encuentre que, una vez perfeccionado el contrato, tenga conocimiento de que debe subrogar a un número de trabajadores superior al que se contenía en la información inicial proporcionada por el órgano de contratación y, en consecuencia, advierta en ese momento que los costes que tuvo en consideración para preparar su oferta son sustancialmente inferiores a los reales, alterando así el marco económico del contrato. Este supuesto ha sido analizado por la Abogacía General del Estado en su Dictamen de 26 de diciembre de 2011 (rfa.: A.G Entes Públicos 134/11) y en él se concluye que existe responsabilidad del órgano de contratación cuando este no ha proporcionado la información completa de las relaciones laborales objeto de subrogación».

El Dictamen afirma la relevancia de proporcionar a los licitadores la información necesaria sobre todas las personas objeto de transmisión o subrogación y sus costes salariales, pues tiene *«una entidad suficiente para como para determinar el contenido de las ofertas e incluso la voluntad o no de concurrir a la licitación*». Y añade que, ante la falta de información suficiente, *«cabría plantear una eventual responsabilidad del órgano de contratación (...) cuando pueda acreditarse razonablemente que, de haber conocido las condiciones de la subrogación que la adjudicación conlleva, el adjudicatario no habría concurrido a la licitación o, de haberlo hecho, el contenido de su oferta habría sido sustancialmente distinto*».

tanto no se acredite el abono de éstos»⁴⁰. No es jurídicamente sostenible que dicha obligación sea exigible en el caso de un contrato sujeto a regulación armonizada y no lo sea en caso contrario. No obstante lo anterior, sí entendemos que la fundación pública podría establecer en su pliego la obligación de responder de los salarios impagados y de las cotizaciones, procediendo en su caso a la retención y no devolución de la garantía definitiva. No se trata de una prerrogativa, ni entendemos que exista ningún impedimento normativo que lo prohíba. Por el contrario, y como criterio de gestión eficiente, su inclusión estaría justificada para evitar una posible acción del nuevo contratista contra la fundación.

VI. Las especialidades con relación a las garantías

El artículo 114, referente a las garantías, dispone que:

«1. En los contratos que celebren las entidades del sector público que no tengan la consideración de Administraciones Públicas, los órganos de contratación podrán exigir la prestación de una garantía a los licitadores o candidatos, para responder del mantenimiento de sus ofertas hasta la adjudicación y, en su caso, formalización del contrato o al adjudicatario, para asegurar la correcta ejecución de la prestación.

2. El importe de la garantía, que podrá presentarse en alguna de las formas previstas en el artículo 108, sin que resulte necesaria su constitución en la Caja General de Depósitos, así como el régimen de su devolución o cancelación serán establecidos por el órgano de contratación, atendidas las circunstancias y características del contrato, sin que pueda sobrepasar los límites que establecen los artículos 106.2 y 107.2, según el caso».

(i) A diferencia de lo que sucede en las Administraciones Públicas, donde la garantía es obligatoria salvo que por determinadas circunstancias puedan excluirse, en el caso de las fundaciones públicas expresamente se redacta en forma de opción (podrá exigir). De esta manera, podría no exigirse garantía sin tener que justificar las razones de la exclusión en el expediente. Dentro de las exclusiones de petición de garantía, el artículo 107.1 hace expresa mención a los bienes que se reciban antes de que se pague el precio, lo que está justificado en tanto la Administración tiene en su poder el bien objeto del contrato y, por tanto, la garantía perdería parte de su razón de ser. De la misma forma, cabría extender esta situación a las prestaciones de servicios

⁴⁰ El artículo 201 de la LCSP, que sí es directamente aplicable a las fundaciones públicas hace referencia a que los «*incumplimientos o los retrasos reiterados en el pago de los salarios o la aplicación de condiciones salariales inferiores a las derivadas de los convenios colectivos que sea grave y dolosa, dará lugar a la imposición de las penalidades a que se refiere el artículo 192*».

que se paguen por hitos o al final de la prestación. En cualquier caso, las fundaciones públicas deben determinar, teniendo en consideración una gestión responsable y eficiente de fondos públicos, analizar en qué casos se puede evitar exigir una garantía definitiva.

(ii) El importe de la garantía máxima que se puede imponer es del 10% (art. 107.2). Pero, a diferencia de las Administraciones Públicas, cabe entender que ni el importe del 5% inicial es preceptivo ni cabe exigir situaciones especiales para exigir una garantía adicional de un 5% adicional. Por tanto, tiene discrecionalidad, sin necesidad de justificar, a los efectos de fijar el importe atendidas las circunstancias y características del contrato siempre que no supere el 10%.

(iii) El régimen de devolución o cancelación (art. 111) puede ser fijado por el órgano de contratación.

(iv) La forma de las garantías es también optativa por parte de las fundaciones. Pueden hacerse uso de las que se establecen en el artículo 108 de la LCSP, con la excepción de que resulte necesaria su constitución en la Caja General de Depósitos. Como se señalaba en la Instrucción de la AGE 1/2008, podría depositarse en la cuenta de la fundación. Pero la fundación puede solicitar cualquier otro tipo de garantía, desde la prenda hasta la hipoteca.

(v) No es aplicable a las fundaciones públicas el artículo 198.3 de la LCSP, que determina que: *«El contratista tendrá también derecho a percibir abonos a cuenta por el importe de las operaciones preparatorias de la ejecución del contrato y que estén comprendidas en el objeto del mismo, en las condiciones señaladas en los respectivos pliegos, debiéndose asegurar los referidos pagos mediante la prestación de garantía»*. Por tanto, las fundaciones públicas pueden legalmente hacer pagos de manera anticipada a la recepción del contrato sin solicitar garantía o sin que la garantía fuera por el 100%. Esto, por ejemplo, facilita la adquisición de material a través de plataformas de internet donde es necesario realizar los pagos de manera anticipada.

(vi) En definitiva, las fundaciones tienen un régimen especial con relación a las garantías que le permite una flexibilidad de la que, si así lo permite la naturaleza del contrato, pueden y deben hacer uso.

VII. Órgano de contratación, mesas de contratación, comités de expertos y responsables del contrato

La aplicación de la LCSP requiere de un equipo de no pocos profesionales. Comienza con quién inicia y justifica el contrato, pasando por quién

lo aprueba, por quién redacta los pliegos de condiciones jurídicas y los técnicos, mesas de contratación, comités de expertos, responsables del contrato, etc. La aplicación de la LCSP exige una infraestructura pensada para Administraciones Públicas con medios más que suficientes. Se trata, además, de personas que deben tener cualificación y formación adecuadas. En la Recomendación (UE) 2017/1805 de la Comisión de 3 de octubre de 2017 sobre la profesionalización de la contratación pública (Construir una arquitectura para la profesionalización de la contratación pública) recomienda mejorar la profesionalidad de quienes aplican la normativa de contratos. En concreto, los profesionales de la contratación pública *«deben disponer de las cualificaciones, formación, capacidades y experiencia adecuadas necesarias para su nivel de responsabilidad. Esto implica garantizar la existencia de personal con experiencia, capacitado y motivado, ofrecer la formación y desarrollo profesional continuo necesarios, así como desarrollar una estructura de la carrera profesional e incentivos que hagan atractiva la función de la contratación pública y motiven a los funcionarios públicos a lograr resultados estratégicos»*.

Este diseño general, que hay que loar en tanto se busca la profesionalización, eficiencia, lograr la mejor calidad-precio, y centrarse en cómo se compra y no cuánto se compra, presenta un problema de base en las fundaciones públicas. Estas entidades no suelen tener ni la infraestructura, ni los recursos, ni la capacidad para poder llevar a cabo este cambio de registro. Los departamentos de administración y gestión de las fundaciones no se caracterizan por tener un nutrido personal. Por el contrario, por la propia naturaleza de las fundaciones, que son patrimonios adscritos a fines, la mayoría del personal está vinculado a la realización de actividades fundacionales. A esta situación de precariedad, hay que añadir que la propia LCSP determina que en ningún caso la *«entidad contratante podrá instrumentar la contratación de personal a través del contrato de servicios, incluidos los que por razón de la cuantía se tramiten como contratos menores»* (art. 308.2 de la LCSP). Si bien dicho precepto no sería de aplicación obligatoria a las fundaciones públicas según la LCSP (art. 319), al estar ubicado en la fase de ejecución, sí parece que lo sería con arreglo a los principios sobre la contratación de personal, falsos autónomos o cesión ilegal de trabajadores⁴¹.

⁴¹ *Vide* la Recomendación 1/2013, de 27 de febrero, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón, relativa a la necesidad de aprobar en el ámbito del sector público unas instrucciones para la correcta ejecución de servicios externos, donde se hace referencia a la necesidad de adoptar medidas para evitar la cesión ilegal de trabajadores.

El campo de juego que tienen las fundaciones parece llevar a una situación paradójica. La LCSP exige que las fundaciones, con su personal dependiente, sean capaces de gestionar de forma profesional y con separación de funciones, la totalidad de los procedimientos que exige la LCSP. Pero las fundaciones, en su gran mayoría, no disponen de los recursos necesarios para hacerlo ni las actuales normas presupuestarias (limitando la contratación de personal) ni la posibilidad de contratarlo externamente, les permiten solventar esta situación. A nuestro juicio, el legislador está actuando en este caso de una manera irracional. No legisla desde lo que puede ser, sino desde lo que debería ser. No es posible exigir unos principios y requisitos en la contratación si y a la vez te prohíben contratar medios para su cumplimiento. En el ámbito del Derecho Civil podríamos invocar el artículo 1.116, que determina que: *«Las condiciones imposibles, las contrarias a las buenas costumbres y las prohibidas por la ley anularan la obligación que de ellas dependa. La condición de no hacer una cosa imposible se tiene por no puesta»*.

1. Órgano de contratación

Con carácter general, el artículo 61.1 de la LCSP determina que: *«La representación de las entidades del sector público en materia contractual corresponde a los órganos de contratación, unipersonales o colegiados que, en virtud de norma legal o reglamentaria o disposición estatutaria, tengan atribuida la facultad de celebrar contratos en su nombre»*. En el apartado 2 del artículo 61 se dispone que los órganos de contratación podrán delegar con cumplimiento de las normas y formalidades aplicables para *«otorgamiento de poderes, cuando se trate de órganos societarios o de una fundación»*. Por su parte, y para el sector público estatal, el artículo 323.6 establece que: *«La capacidad para contratar de los representantes legales de las sociedades y fundaciones del sector público estatal se regirá por lo dispuesto en los estatutos de estas entidades y por las normas de derecho privado que sean en cada caso de aplicación»*.

En las fundaciones públicas será habitual una estructura articulada en tres niveles de decisión. El patronato, como órgano máximo de gobierno que se reunirá, en muchos casos, de manera esporádica. Su condición de órgano de contratación se limitará, en su caso, a contratos de importes muy significativos. A su vez, el patronato delegará sus funciones en otros patronos. Esta delegación puede ser individual o para comisiones ejecutivas o delegadas formadas por varios patronos. Este órgano aprobará los contratos de importes elevados. Por último, existe la figura de un director general que tiene amplios poderes de ejecución y control. No será infrecuente que sea el órgano de

contratación, ya sea de manera individual o mancomunada con el gerente, para los contratos recurrentes y por debajo de ciertos umbrales.

La existencia de un sistema de poderes y la consideración de distintos órganos de contratación tiene una incidencia real en la estructura de la contratación de la fundación. En la medida en que una persona esté implicada en la toma de decisión del contrato no podrá participar en otras fases del proceso.

2. *Comité de expertos*

El artículo 146.2 de la LCSP determina que;

«a) En los procedimientos de adjudicación, abierto o restringido, celebrados por los órganos de las Administraciones Públicas, la valoración de los criterios cuya cuantificación dependa de un juicio de valor corresponderá, en los casos en que proceda por tener atribuida una ponderación mayor que la correspondiente a los criterios evaluables de forma automática, a un comité formado por expertos con cualificación apropiada, que cuente con un mínimo de tres miembros, que podrán pertenecer a los servicios dependientes del órgano de contratación, pero en ningún caso podrán estar adscritos al órgano proponente del contrato, al que corresponderá realizar la evaluación de las ofertas; o encomendar esta a un organismo técnico especializado, debidamente identificado en los pliegos.

b) En los restantes supuestos, la valoración de los criterios cuya cuantificación dependa de un juicio de valor, así como, en todo caso, la de los criterios evaluables mediante la utilización de fórmulas, se efectuará por la mesa de contratación, si interviene, o por los servicios dependientes del órgano de contratación en caso contrario, a cuyo efecto se podrán solicitar los informes técnicos que considere precisos de conformidad con lo previsto en el artículo 150.1 y 157.5 de la presente Ley».

Este precepto es de aplicación obligatoria para las fundaciones públicas. Por tanto, deberán confeccionar un comité técnico con un mínimo de tres miembros, con el límite de que no podrán estar adscritos al órgano proponente del contrato. En las fundaciones no existen «órganos» proponentes del contrato. Ni existen organismos técnicos especializados a los que se pueda encargar. Las fundaciones tendrán su propia estructura, y será un departamento o un responsable de área quien promoverá el contrato y, por tanto, quien no podrá estar en el comité de expertos⁴². Serán, además, los que redacten generalmente los pliegos técnicos y que, por dicha razón, tampoco puedan

⁴² Ese departamento o jefe de área será el encargado de redactar la documentación necesaria a los efectos de justificar la idoneidad y necesidad del contrato (art. 22).

participar en el comité⁴³. Esta imposibilidad de formar parte de los comités parece radicar en la necesidad de favorecer la transparencia de la contratación pública y evitar los conflictos de intereses. Pero presenta el inconveniente que se eliminará, generalmente, a los más expertos en la toma de conocimiento (los del propio área) lo que es en sí mismo una contradicción en una fundación pública. Por otro lado, esta composición está pensada para una Administración con personal suficiente. En pequeñas fundaciones, o en fundaciones donde no existan distintas áreas, esta situación puede llevar a la situación de que no exista personal suficiente para poder completar este comité. De la misma manera, es posible que personal laboral que tiene asignadas funciones determinadas, deba incorporar a sus actividades la de formar parte de estos comités para poder cubrir el número de personas necesarias. Nos encontramos, de nuevo, ante una norma pensada para cierto tipo de Administraciones, pero de difícil aplicación práctica en las fundaciones públicas.

Por otro lado, en el caso del procedimiento abierto simplificado, el artículo 159.4(e) se determina que cuando existan criterios de adjudicación cuya cuantificación dependa de un juicio de valor, la valoración de las proposiciones se hará por los servicios técnicos del órgano de contratación. En este caso, debe ser el personal de la fundación con la competencia técnica apropiada, y siempre que no haya participado en la redacción de los pliegos, ni sean los proponentes de la contratación. También pueden ser profesionales externos a la fundación.

3. Mesas de contratación

Las mesas de contratación presentan especial interés en el ámbito de las fundaciones públicas a la vista del artículo 326 de la LCSP⁴⁴. En la Instrucción 3/2018 de la Abogacía General del Estado se señala que la intervención

⁴³ Por su parte, en la disposición adicional segunda, referida a las entidades locales, se determina que: «El comité de expertos a que se refiere la letra a) del apartado 2 del artículo 146 de la presente Ley, para la valoración de los criterios que dependan de un juicio de valor, podrá estar integrado en las Entidades locales por cualquier personal funcionario de carrera o laboral fijo con cualificación apropiada que no haya participado en la redacción de la documentación técnica del contrato de que se trate. En todo caso, entre este personal deberá formar parte un técnico jurista especializado en contratación pública».

⁴⁴ En el Informe 2/2018, de 11 de abril sobre Composición de las Mesas de Contratación de la Junta Consultiva de Contratación de la Comunidad de Madrid se señala en sus conclusiones que: «1. El artículo 326 de la Ley de contratos del sector público no es de aplicación directa en la Comunidad de Madrid ya que no tienen la consideración de básico y no se ha dictado al amparo del artículo 148.1,18 de nuestra Constitución. 2. El artículo 326 de la Ley de contratos del sector público no tienen aplicación supletoria en la Comunidad de Madrid en base al artículo 149.3 de

de las mesas de contratación es preceptiva para la Administración (art. 326) y *facultativa* en otro caso, por lo que no existe inconveniente que los poderes adjudicadores no Administración Pública «*decidan constituir mesas de contratación, como órganos de asistencia técnica especializada, en sus procedimientos de contratación*». Dicha Instrucción remite a otra instrucción emitida con la anterior Ley de contratos donde se aconsejaba para los contratos sometidos a regulación armonizada un órgano de valoración que tuviera la competencia de calificar la documentación presentada, valorar las ofertas y elevar una propuesta de adjudicación al órgano de contratación, siendo posible y aconsejable que su composición se inspirara, en la medida de lo posible y con las adaptaciones que resulten necesarias en lo dispuesto para las Administraciones Públicas. Y un análisis casi idéntico hace la Junta Consultiva de Contratación en su informe de 28 de febrero de 2018⁴⁵.

En cualquier caso, ni la AGE ni la Junta Consultiva se pronuncia de manera expresa sobre cómo interpretar los distintos preceptos de la Ley donde en la normativa aplicable a las fundaciones públicas se remite a las mesas de contratación. Por un lado, están la totalidad de las funciones que se establecen en el artículo 326.2 de la LCSP⁴⁶. Por otro, el texto normativo establece en

la Constitución porque las mesas de contratación se encuentran reguladas en el artículo 18 del Reglamento de contratación de la Comunidad de Madrid».

⁴⁵ PLEITE GUADAMILLAS (2011) advierte que «una adecuada garantía de los principios de objetividad y transparencia en la selección de la oferta económica más ventajosa, que el artículo 1 LCSP exige salvaguardar en toda la contratación del sector público, aconseja el establecimiento, en los contratos sujetos a regulación armonizada, de un órgano de valoración... Si la Entidad Pública decide, potestativamente, constituir una Mesa de contratación, debe entenderse que desea remitirse al régimen jurídico de este órgano de asistencia en la normativa de contratos del sector público, y a él deberá atenerse. Entre los vocales deberán figurar quienes tengan atribuidas las funciones correspondientes al asesoramiento jurídico y al control económico presupuestario del órgano. La designación de los miembros de la Mesa de contratación tiene que llevarla a cabo el órgano de contratación sobre miembros que cumplan los requisitos de la norma, pudiendo designarse los correspondientes titulares y suplentes, no siendo válida la constitución de la Mesa en función de suplencias o delegaciones por parte quienes fueron nombrados al margen de la voluntad del órgano de contratación».

⁴⁶ Son funciones legales de la mesa de contratación:

—la calificación de la documentación acreditativa del cumplimiento de los requisitos previos a que se refieren los artículos 140 y 141, y, en su caso, acordar la exclusión de los candidatos o licitadores que no acrediten dicho cumplimiento;

—la valoración de las proposiciones de los licitadores;

—la propuesta sobre la calificación de una oferta como anormalmente baja;

—la propuesta al órgano de contratación de adjudicación del contrato a favor del licitador que haya presentado la mejor oferta;

—en el procedimiento restringido, en el de licitación con negociación la selección de los candidatos cuando así se delegue por el órgano de contratación.

diversos preceptos atribuciones que corresponden sólo a la mesa de contratación [arts. 157.1, 159.4.d), 169.8] mientras que en otros se hace referencia a que la «*mesa de contratación o, en su defecto, el órgano de contratación*» (arts. 149, 150, 70, 171).

El hecho de no ser aplicable la normativa sobre mesas de contratación a las fundaciones y sin embargo existir funciones que sí les atribuye legalmente, debe llevar a la conclusión que dichas funciones serán asumidas por el órgano de contratación o por las personas en quién en él delegue y con las funciones específicas que se le atribuyan. El órgano de contratación puede delegar las mismas en otras personas. En este sentido, será en el pliego de condiciones jurídicas donde se deberá regular cuál es la composición y cuáles son sus funciones. Y, a diferencia de lo que mantiene la AGE y la Junta Consultiva, entendemos que no debe hacerse mención al concepto de mesa de contratación (que es un concepto que remite a un régimen jurídico determinado) ni que tampoco su composición debe ajustarse a lo que establece la LCSP en tanto la estructura de estas entidades no permitirá, en muchos casos, su adecuación a la misma. En efecto, incluso en el caso del procedimiento abierto simplificado, la mesa de contratación debe estar constituida por un mínimo de 4 personas (art. 326.5 de la LCSP)⁴⁷. De esta manera, si hubiera un comité de expertos por exigirlo los requisitos de valoración subjetiva impuesta, y le añadimos un redactor del pliego técnico, un responsable del contrato, y el órgano de contratación, la estructura mínima de *gestión* la fundación puede alcanzar 10 personas, lo que difícilmente podrán cumplir algunas/muchas fundaciones.

Por tanto, entendemos que el órgano de contratación puede designar un comité que no debe denominarse mesa de contratación (podría denominarse comité técnico de contratación) que deberá ajustarse a las capacidades materiales de la fundación⁴⁸. No vemos inconveniente normativo para que dichas funciones las asuma una o dos personas⁴⁹. Pero, por aplicación de un

⁴⁷ El artículo 326.5 determina que: «*Salvo lo dispuesto en el apartado 1 del presente artículo, la mesa de contratación que intervenga en el procedimiento abierto simplificado regulado en el artículo 159 de la presente Ley se considerará válidamente constituida si lo está por el Presidente, el Secretario, un funcionario de entre quienes tengan atribuido legal o reglamentariamente el asesoramiento jurídico del órgano de contratación y un funcionario que tenga atribuidas las funciones relativas a su control económico-presupuestario*».

⁴⁸ No se puede denominar mesa de contratación en tanto dicho concepto tiene contenido jurídico, y no vulgar, remitiendo a un régimen jurídico determinado que no se aplica a las fundaciones públicas.

⁴⁹ Igualmente, se puede solicitar el asesoramiento de técnicos o expertos independientes con conocimientos acreditados en las materias relacionadas con el objeto del contrato, que deberá ser autorizada por el órgano de contratación y deberá ser reflejada expresamente en

principio de transparencia, dichas funciones no deberían recaer en el personal que haya participado en la redacción de la documentación técnica del contrato⁵⁰.

4. La no exigencia de un responsable del contrato en las fundaciones públicas

Dentro de la normativa básica que se aplica a cualquier poder adjudicador, incluidas las fundaciones, está la figura del «Responsable del contrato». El artículo 62.1 establece que: «Con independencia de la unidad encargada del seguimiento y ejecución ordinaria del contrato que figure en los pliegos, los órganos de contratación deberán designar un responsable del contrato al que corresponderá supervisar su ejecución y adoptar las decisiones y dictar las instrucciones necesarias con el fin de asegurar la correcta realización de la prestación pactada, dentro del ámbito de facultades que aquellos le atribuyan. El responsable del contrato podrá ser una persona física o jurídica, vinculada a la entidad contratante o ajena a él». En el texto legal algunos preceptos hacen mención expresa a sus funciones. El artículo 194.2 hace referencia al responsable (como aquel que debe proponer las penalidades); el 195.2 (quien emite informe sobre los retrasos del contratista); el artículo 308.3 (quien debe adoptar las medidas necesarias en los contratos de servicios para adoptar, en la financiación y pago, las medidas que sean necesarias para la programación de las anualidades y durante el período de ejecución); el artículo 311.1 (quien debe dar instrucciones para la interpretación del contrato de servicios en la ejecución)⁵¹.

el expediente, con referencia a las identidades de los técnicos o expertos asistentes, su formación y su experiencia profesional.

⁵⁰ En el Expediente 3/2018 de la Junta de Consultiva de Contratación Pública del Estado se señala que el impedimento para que el redactor de la documentación técnica no pertenezca a la mesa de contratación tiene como finalidad favorecer la transparencia de la contratación pública y evitar los conflictos de intereses en la actuación de los miembros de la mesa. Por otro lado, y con relación al grado de participación, un mero conocimiento de las condiciones del pliego no generaría la prohibición de formar parte de la mesa y, sin embargo, una participación efectiva en la confección del mismo, dando instrucciones o haciendo observaciones de obligado cumplimiento, sí vedaría la participación en el órgano de asistencia. La Junta Consultiva entiende que los redactores de la parte técnica tampoco pueden asesorar en concepto de técnico o experto independiente. Sin embargo, sí pueden emitir informes de valoración, con pleno respeto al deber de independencia y objetividad que como empleados públicos les atañe.

⁵¹ RUIZ DAIMIEL (2018) entiende que «en el pliego de cláusulas administrativas particulares deberá detallarse que facultades le corresponden al responsable del contrato. ¿Y qué facultades se le pueden atribuir al responsable del contrato? Evidentemente las relacionadas con la ejecución y extinción del contrato. Una cláusula sencilla en un pliego podría establecer que corresponden al responsable del contrato “Además de las recogidas expresamente en la Ley,

En el anterior marco normativo, la redacción del responsable del contrato era muy similar a la actual, pero era una figura potestativa. Con la nueva norma es preceptiva. El artículo 62.1 distingue entre la *unidad* encargada del seguimiento y ejecución ordinaria y el responsable del contrato⁵². Y se considera que es una figura importante en todo lo que afecta a la ejecución del contrato⁵³. Ahora bien, en el ámbito de las fundaciones públicas el responsable del contrato presenta el inconveniente en que sus funciones se ubican en sede de ejecución del contrato. Y en dicho ámbito, las fundaciones no se rigen por la LCSP excepto en las materias reguladas en el artículo 319, y ninguna tiene que ver de forma expresa con las funciones del responsable del contrato. Esto plantea la inconsistencia de designar una figura como obligatoria para todos los poderes adjudicadores con el objeto de controlar la ejecución (el responsable del contrato) cuando el régimen jurídico de la LCSP que regula los efectos no es de aplicación a las fundaciones públicas. A nuestro parecer, la figura del responsable del contrato no es *obligatoria* para las fundaciones, en tanto las funciones que tiene que desempeñar solo son

el ejercicio de las facultades inherentes a la potestad de dirección del contrato, así como proponer al órgano de contratación el ejercicio de las prerrogativas que le correspondan por razones de interés público. Igualmente le corresponderá acreditar la conformidad de la prestación con lo previsto en el contrato, de acuerdo con lo establecido en el artículo 198 y asistir al acto de recepción del contrato en calidad de representante de la Administración o en su caso, dar la conformidad final al contrato”».

⁵² El expediente 28/2018 de la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado entiende que: «Además de la unidad encargada del seguimiento de la ejecución del contrato será necesario designar expresamente a un responsable del mismo. En relación con la segunda cuestión la ley permite que la persona designada esté vinculada a la entidad contratante y no prohíbe que esté adscrita a la unidad que supervisa la ejecución del contrato en términos generales».

⁵³ En la Recomendación 1/2013, de 27 de febrero, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón, relativa a la necesidad de aprobar en el ámbito del sector público unas instrucciones para la correcta ejecución de servicios externos, se advertía que en los contratos de servicios la figura del responsable del contrato era esencial a los efectos de evitar que exista peligro de que los representantes o trabajadores del contratante puedan invadir la esfera de dirección que corresponde al contratista, respecto de su personal. El responsable del contrato sería así el instrumento a través del cual se canalizaran todas las comunicaciones e instrucciones que la entidad contratante deba hacer llegar a la contratista, que, a su vez, deberá designar un director del contrato que realice las tareas que le corresponden, en su doble vertiente: como organización propia y autónoma y como empleador.

MARTÍNEZ FERNÁNDEZ (2018, p. 825) entiende que la figura del responsable del contrato es esencial en tanto es «necesario que materialmente se controle el cumplimiento íntegro del contrato y que un servicio jurídico especializado tramite los correspondientes expedientes en caso de cesión, modificación, subcontratación, revisión de precio, reequilibrio económico, incumplimiento, etc.». Entre sus funciones estaría la de emitir un informe específico «al concluir la ejecución sobre el cumplimiento por parte del adjudicatario de todas sus obligaciones contractuales».

aplicables para las Administraciones Públicas⁵⁴. El artículo 62 debe interpretarse en el sentido de que solo es preceptivo para las entidades que aplican *in totum* la LCSP, incluido lo que afecta a los efectos y extinción.

5. *Estructura en las fundaciones públicas*

Como veremos posteriormente, creemos que es muy conveniente que las fundaciones públicas aprueben unas instrucciones internas de contratación para regular ciertas cuestiones, entre las que tienen que estar las que afectan a los comités técnicos de contratación, a los comités de expertos y a los responsables del contrato⁵⁵. Desde esta perspectiva, si la fundación tiene una estructura de administración suficientemente amplia, podría aprobar un sistema parejo al establecido en la Ley, especialmente en lo que afecta a la mesa de contratación (comité técnico de contratación). Si, como será habitual, no existe dicha infraestructura habrá que diseñar un sistema que permita una gestión eficaz y que cumpla con los principios de transparencia y objetividad necesarios.

(i) La persona responsable de iniciar el contrato, mediante la justificación de la idoneidad y necesidad del contrato, puede ser, a la vez, el encargado de redactar el pliego técnico. Como hemos señalado, entendemos que la figura de responsable del contrato (art. 62) no se aplica a las fundaciones públicas pero, en su caso, podría esta persona desempeñar también esta función.

(ii) Comité técnico de contratación (asimilable a la mesa de contratación). Puede delegarse en una sola persona, o bien constituir un comité cuya composición máxima alcance a tres personas (en función del tipo o importe del contrato). No existe inconveniente legal en que dichas funciones las asumiera el órgano de contratación, pero por la propia estructura de las fundaciones, donde el órgano de contratación máximo será el patronato (o comisiones delegadas del mismo) y el director, parece que la gestión ordinaria estas funciones deben delegarse en otras personas. En cualquier caso, no deben estar quienes hayan redactado el pliego técnico. Así, podrían delegarse

⁵⁴ RUIZ DAIMIEL (2018), por el contrario, defiende que: «Dada la ubicación del artículo 62, en el Capítulo I “Órganos de contratación” Título II “Partes del contrato” del Libro I “Configuración general de la contratación del sector público y elementos estructurales de los contratos”, la designación del responsable afecta tanto a los contratos administrativos como a los privados, sea cual sea la entidad del sector público que lo celebre, tenga o no la condición de poder adjudicador».

⁵⁵ *Vide infra* apartado 11 (instrucciones internas de contratación).

dichas funciones en el gerente de la fundación, siempre que no fuera a su vez órgano de contratación o, si lo fuera, en un jefe de área.

(iii) Comité de expertos. Debe estar formado por tres personas, donde no deben formar parte del mismo ni el órgano proponente del contrato ni quien redactó el pliego técnico. Tampoco pueden formar parte del mismo ni el órgano de contratación ni los miembros del comité técnico de contratación.

6. *El no acceso a la documentación a través de intercambio de datos entre Administraciones*

Cuando el licitador es una Administración Pública, ésta puede acceder a informaciones que hay en otras Administraciones y registros públicos y evitar, así, que los licitadores tengan que aportar documentación a la que puede acceder la Administración⁵⁶. De esta forma nos encontramos ante una simplificación del procedimiento y un ahorro de cargas administrativas para el licitador, que es una de las finalidades de la LCSP recogida de manera expresa en su preámbulo. Así, el artículo 28.2 exige que se favorecerá la agilización de trámites. Y, en el caso de la Comunidad de Madrid, expresamente se recoge esta facultad en sus modelos de pliegos⁵⁷. En el caso de las fundaciones del sector público, por su propia naturaleza, no existe esta facultad o prerrogativa. El resultado final es que se produce la paradoja que las cargas

⁵⁶ El artículo 6 de la Ley 11/2007 en que se desglosan los derechos de los ciudadanos asociados en materia de utilización de medios electrónicos con las Administraciones, determina, en particular, el derecho (ap. 2.b), «a no aportar datos y documentos que obren en poder de las A.A.P.P., que utilizarán medios electrónicos para recabarlos siempre que, en caso de datos personales, se tenga el consentimiento del interesado, pudiendo emitirse y recabarse por medios electrónicos».

⁵⁷ Así, en el modelo de pliego de la Comunidad de Madrid de servicios (abierto, pluralidad de criterios), que han fueron informados favorablemente por la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad de Madrid mediante acuerdo 2/2018, de 11 de Abril, consta en la cláusula 15 que: «La mesa de contratación recabará de otros órganos y registros de las Administraciones y entidades públicas la consulta y transmisión electrónica de datos y documentos referentes a la capacidad y solvencia del licitador que haya resultado propuesto como adjudicatario, siempre que sea posible su acceso de forma gratuita, y que el interesado, a estos efectos, haya indicado en qué momento y ante qué órgano administrativo presentó los citados documentos, salvo que conste su oposición expresa, en los términos del modelo que figura como anexo VII de este pliego. Si, excepcionalmente, no se pudieran recabar los citados documentos, o si se opone a su consulta, se solicitará al interesado su aportación. Asimismo requerirá, en su caso, al licitador, la presentación por medios electrónicos, en el plazo de diez días hábiles, a contar desde el siguiente a aquel en que hubiera recibido el requerimiento, de los documentos que se indican a continuación». Y, como puede verse, se adjunta un anexo VII que es un «modelo de declaración de oposición expresa del licitador a la consulta de sus datos por medios electrónicos».

administrativas en el caso de licitar con una fundación pública se vuelven más pesadas que si el licitador es una Administración⁵⁸.

VIII. Contratos menores *versus* contratos inferiores a 15.000 euros

La regulación de los contratos menores está dando lugar a una enconada disputa sobre su aplicación a los PANAP⁵⁹. El artículo 318.a) dispone que: «Los contratos de valor estimado inferior a 40.000 euros, cuando se trate de contratos de obras, de concesiones de obras y concesiones de servicios, o a 15.000 euros, cuando se trate de contratos de servicios y suministros, podrán adjudicarse directamente a cualquier empresario con capacidad de obrar y que cuente con la habilitación profesional necesaria para realizar la prestación objeto del contrato». Como puede verse, el artículo 318.a) no califica formalmente estos contratos como menores, por lo que se ha cuestionado si el artículo 118 de la LCSP es aplicable a las fundaciones públicas.

1. Régimen legal de los contratos menores (art. 118)

Uno de los grandes desvelos en el ámbito contractual público ha sido el uso de los contratos menores y adjudicaciones directas⁶⁰. Como consecuencia, su régimen jurídico se ha endurecido en todas sus fases. Básicamente, las cuestiones esenciales de su régimen son las siguientes:

(i) Tienen la consideración de contratos menores los contratos de valor estimado inferior a 40.000 euros, cuando se trate de contratos de obras, o a 15.000 euros, cuando se trate de contratos de suministro o de servicios (art. 118.1). Estas cantidades no toman en consideración el IVA.

(ii) En los contratos menores la tramitación del expediente exigirá el informe del órgano de contratación motivando la necesidad del contrato. Asimismo se requerirá la aprobación del gasto y la incorporación al mismo

⁵⁸ El artículo 139.1 determina una autorización para todos los poderes adjudicadores de poder consultar los datos del ROLECE («Las proposiciones de los interesados deberán ajustarse a los pliegos y documentación que rigen la licitación, y su presentación supone la aceptación incondicionada por el empresario del contenido de la totalidad de sus cláusulas o condiciones, sin salvedad o reserva alguna, así como la autorización a la mesa y al órgano de contratación para consultar los datos recogidos en el Registro Oficial de Licitadores y Empresas Clasificadas del Sector Público o en las listas oficiales de operadores económicos de un Estado miembro de la Unión Europea»).

⁵⁹ Se trata de una cuestión que no es baladí, teniendo en consideración la responsabilidad que tienen los gestores de fondos públicos. En el trabajo de MARTÍNEZ FERNÁNDEZ (2017) se recogen sentencias de carácter penal vinculada a los contratos de menores.

⁶⁰ Vide el trabajo de MARTÍNEZ FERNÁNDEZ (2017).

de la factura correspondiente, que deberá reunir los requisitos que las normas de desarrollo establezcan (art. 118.1).

(iii) En el expediente se justificará que no se está alterando el objeto del contrato para evitar la aplicación de las reglas generales de contratación, y que el contratista no ha suscrito más contratos menores que individual o conjuntamente superen la cifra que consta en el apartado primero de este artículo (art. 118.3). Es este, quizás, el precepto más relevante en la contratación menor y cuyas dudas sobre su alcance no están agotadas⁶¹. Hay dos líneas hermenéuticas⁶². Una interpretación amplia, liderada por la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado (Expedientes 41/2017 y 42/2017), donde entiende que, para evitar efectos absurdos, *«la exigencia de que el contratista no haya suscrito más contratos menores que individual o conjuntamente superen el umbral establecido debe interpretarse de modo que lo que la norma impide no es que se celebren otros contratos menores por el mismo operador económico sin límite alguno, sino que la conducta prohibida y que, por consecuencia, debe ser objeto de la necesaria justificación, consiste en que se celebren sucesivos contratos cuyas prestaciones constituyan una unidad y cuya fragmentación resulte injustificada en dos supuestos: bien por haber existido un previo contrato de cuantía superior al umbral y que, sin embargo, se desgaja sin motivo en otros contratos menores posteriores con prestaciones que debieron formar parte del primer contrato, o bien porque esto se haga fraccionando indebidamente el objeto en sucesivos contratos menores»*. Parece, por tanto, que confina manera muy significativa la limitación legal. De esta manera, no se aplicará este límite cuando *«sus objetos sean cualitativamente distintos o cuando, siendo las prestaciones que constituyen su objeto equivalentes, no haya duda alguna de que no constituyen una unidad de ejecución en lo económico y en lo jurídico»*. Otra interpretación es la restrictiva, que es liderada por la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón en su informe 3/2018, de 13 de febrero (*«Incompatibilidad para la adjudicación de contratos menores»*), donde afirma que la regla de incompatibilidad que establece el artículo 118.3 *«debe operar respecto de anteriores contratos menores de la misma tipología que aquél que pretenda adjudicarse de manera sucesiva. Es decir, respectivamente entre los contratos de obras, o de servicios o de suministros anteriormente adjudicados respecto al concreto contrato de obras, o de servicios o de suministros que pretenda adjudicarse»*. De esta forma, la *«adjudicación previa de un contrato*

⁶¹ Las diferentes interpretaciones de las Juntas Consultivas han sido calificadas por BLANCO LÓPEZ (2018) como un «escándalo», «bochorno», «estulticia» o «fiasco».

⁶² En la página web de Crisis y Contratación Pública hay un apartado específico para contratos menores (<https://www.crisisycontratacionpublica.org/archives/9587>) donde se recoge, entre otra información, los distintos informes emitidos por las Juntas Consultivas sobre los contratos menores clasificados en función de si hacen una interpretación flexible o rígida.

menor de obras por importe superior a 15.000 euros no sería obstáculo para la adjudicación al mismo operador económico de otros contratos de servicios —o de suministros hasta llegar a sumar esa cantidad».

(iv) Con relación al ámbito temporal en el que deben computarse los límites a la contratación también se han planteado dudas sobre la forma de cómputo. Si bien debe entenderse que el plazo es el legal de un año (art. 29), lo que se plantea es si ese plazo debe contarse desde el momento de la perfección del primer contrato menor considerado, o bien el criterio a emplear es el de la base del ejercicio o anualidad presupuestaria. Al igual que con relación al ámbito objetivo de la aplicación del límite económico, también aquí las Juntas Consultivas mantienen posiciones diversas⁶³. Ahora bien, en el caso de las fundaciones públicas, entendemos que la respuesta correcta es la de fecha a fecha y no el ejercicio presupuestario. Y la razón es que en las fundaciones el presupuesto no es limitativo, sino de carácter estimativo, y su régimen económico contable es esencialmente privado, por lo que los argumentos de carácter presupuestario no deben tomarse en consideración⁶⁴.

(v) El artículo 63.4, relativo al perfil del contratante, determina que la publicación de la información relativa a los contratos menores deberá realizarse al menos trimestralmente, y debe contener, como mínimo, su objeto, duración, el importe de adjudicación (IVA incluido) y la identidad del adjudicatario, ordenándose los contratos por la identidad del adjudicatario. No se publican aquellos contratos cuyo valor estimado fuera inferior a cinco mil euros, siempre que el sistema de pago utilizado por los poderes adjudicadores fuera el de anticipo de caja fija u otro sistema similar para realizar pagos menores.

⁶³ En el Estado, la Junta Consultiva mantiene que el plazo debe computarse desde el momento de la perfección del primer contrato considerado (Expedientes 41/2017 y 42/2017), mientras que en Aragón, la Junta (Informe 3/2018) sostiene que el criterio a emplear es el de la base del ejercicio o anualidad presupuestaria (se podría celebrar un contrato menor el 1 de diciembre por importe de 14.000 euros, y otro el 15 de enero por 13.000 euros). El Informe 1/2018, de 20 de abril, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Generalitat de Catalunya entiende que *«ambos sistemas se consideran adecuados y válidos, no siendo la Ley la que lo concrete y teniendo los dos argumentos que los avalan»*.

⁶⁴ La Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón señala en su informe por la Informe 9/2018, de 11 de abril de 2018 que *«el cómputo de ese año debería hacerse conforme a la anualidad presupuestaria, período de tiempo coincidente con el año natural, que es el ámbito natural de los compromisos financieros de las Administraciones públicas españolas desde que el principio de anualidad presupuestaria se introdujese en las postrimerías del reinado de Fernando VII»*. Pues bien, a nuestro juicio, el criterio presupuestario puede ser empleado como argumento en las Administraciones públicas, pero no en las fundaciones públicas.

(vi) Los contratos menores no podrán tener una duración superior a un año ni ser objeto de prórroga (art. 29.8).

(vii) Los contratos menores podrán adjudicarse directamente a cualquier empresario con capacidad de obrar y que cuente con la habilitación profesional necesaria para realizar la prestación (arts. 131.3 y 153.6). Si el órgano de contratación quisiera emplear otro sistema de contratación al objeto de que no se apliquen los límites del artículo 118, debería acudir a cualquiera del resto de los procedimientos de adjudicación establecidos en la Ley, especialmente el simplificado (art. 159.6)⁶⁵. Así, acudiendo a este procedimiento de adjudicación se pueden firmar varios contratos de importe inferior a 15.000 euros con el mismo contratista.

(viii) En los contratos menores no es necesaria la formalización (arts. 36.1 y 37.2), y se acreditará su existencia con la aprobación del gasto y la factura (art. 153.3).

2. ¿Es aplicable el régimen del artículo 118 a los poderes adjudicadores no Administración Pública?

El artículo 318 a) de la LCSP determina que: «*Los contratos de valor estimado inferior a 40.000 euros, cuando se trate de contratos de obras, de concesiones de obras y concesiones de servicios, o a 15.000 euros, cuando se trate de contratos de servicios y suministros, podrán adjudicarse directamente a cualquier empresario con capacidad de obrar y que cuente con la habilitación profesional necesaria para realizar la prestación objeto del contrato*». La cuestión es si se trata de un artículo de remisión al 118 de la Ley, con todo lo que conlleva, o, por el contrario, es un precepto especial, que queda al margen del régimen general de los contratos menores.

Una primera interpretación es la que aboga por su carácter especial, ajeno a los contratos menores. Las razones que sostendrían esta posición son las siguientes:

(i) El artículo 318.a) no usa la terminología de contratos menores. Es un argumento que no es baladí, pues no sólo es el nombre, sino la referencia al régimen jurídico.

(ii) El artículo 118 de la LCSP pertenece al ámbito de la preparación de los contratos y, como hemos señalado, el artículo 318 limita su ámbito de

⁶⁵ Vide el Informe 3/2018, de 13 de febrero, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón, referente a la «Incompatibilidad para la adjudicación de contratos menores».

aplicación a la adjudicación. Es más, el artículo 131.3, que sí se encuentra en sede de adjudicación, remite de manera expresa al artículo 118.

(iii) El artículo 118 hace mención de que los contratos que superen el umbral determinado «*podrán adjudicarse directamente a cualquier empresario con capacidad de obrar*». Sin más, no establece mayores requisitos o exigencias.

(iv) Por último, incluso para las entidades que no son ni siquiera poderes adjudicadores, el texto y la redacción es idéntica (art. 321.2.a).

A favor de esta posición se ha mostrado ARROYO (2018), quien afirma que el artículo 318.a) no categoriza «de contratos menores ni remite a su regulación, con lo cual no se han de seguir en su preparación las previsiones contenidas en el artículo 118 de la LCSP, aplicable exclusivamente a las Administraciones Públicas. Así, la entidad adjudicadora, no Administración Pública no tendrá que elaborar un informe motivando la necesidad del contrato, la aprobación del gasto o la justificación de que no se está alterando el objeto del contrato para evitar las reglas generales de contratación y que el contratista no ha suscrito más contratos menores que, individual o conjuntamente, superen las mencionadas cifras. El matiz es importante, una cosa es que se pueda adjudicar de forma directa a través del procedimiento que la entidad adjudicadora, no Administración Pública considere oportuno, y otra que se haya de observar con rigurosidad la cumplimentación del expediente de contratación en los contratos menores previsto en el artículo 118 de la LCSP para las Administraciones Públicas. Son dos cuestiones diferentes». De la misma manera, DÍEZ SASTRE (2017a) defiende que: «Si la entidad adjudicadora no es Administración Pública, no se habla en ningún momento de contrato menor, simplemente se prevé la adjudicación directa con otros requisitos y con límites mucho más amplios. Este detalle no es baladí. Es cierto que los umbrales económicos son los mismos que los propios del contrato menor, pero esa es la única coincidencia. El contrato menor es un tipo de contrato que se reserva para las Administraciones Públicas. En el resto de casos el legislador establece los requisitos aplicables para adjudicar los contratos de cuantías equivalentes a las del contrato menor. La respuesta a la pregunta planteada en el título de esta reflexión es, por tanto, negativa. No hay una unificación del régimen jurídico aplicable al contrato menor para todos los entes del sector público». Defiende esta autora que «en el supuesto de los poderes adjudicadores que no son Administración Pública hay que recordar que el Derecho europeo solo proyecta los principios generales de la contratación sobre contratos no armonizados cuando exista interés para el mercado interior». Para esta autora «pueden adjudicarse directamente siempre que el empresario tenga capacidad de obrar y que cuente con la habilitación que

sea necesaria, en su caso, para llevar a cabo la prestación que es objeto del contrato [arts. 318 a) y 321.2 a) LCSP]. Esos son los únicos requisitos vinculados a la utilización de una adjudicación directa en contratos con una cuantía especialmente baja. Se trata de una regla de *minimis*, que justifica separarse del régimen general de adjudicación de contratos no armonizados en estos casos»⁶⁶.

Frente a esta interpretación, se han situado tanto la Junta Consultiva como la Abogacía General del Estado. En la Instrucción 3/2018, la AGE mantiene que aunque el artículo 318 no emplee el término contratos menores, ni contenga una remisión expresa a los artículos 118 y 131.3, que son los preceptos que contiene la regulación general de los contratos menores, se «*está aludiendo, sin embargo, a un supuesto coincidente con el de los contratos menores*». Y ello porque se trata de «*importes exactamente coincidentes con los previstos para los contratos menores en el artículo 118.1 de la LCSP*» y, además, la redacción sobre la adjudicación del artículo 318 es «*idéntica a la empleada por el legislador en el artículo 131.3 de la LCSP para aludir a los contratos menores*». Y, como consecuencia, se puede «*concluir que no estamos ante una mera casualidad o coincidencia, sino ante una decisión deliberada del legislador, que en el artículo 318.a) de la LCSP está configurando un supuesto conceptualmente coincidente con los contratos menores*». Por tanto, son aplicables «*los requisitos que, con carácter general, establece para los contratos menores el artículo 118 de la LCSP*». Y señala que: «*El artículo 118 de la LCSP contiene, en aras de la seguridad jurídica, las reglas aplicables a la tramitación del expediente de contratación en los contratos menores, e incorpora ciertas caute- las tendentes a evitar su uso abusivo y fraudulento, previsiones, todas ellas, que parece lógico considerar aplicables a los contratos que celebren los poderes adjudicadores que no tengan la condición de Administraciones públicas... No tendría sentido alguno que, refiriéndose el artículo 318.1 a) de la LCSP a los contratos menores conforme se ha indicado, se estableciese un diferente régimen según que la entidad contratante sea una Administración Pública (régimen más rígido al tener que aplicarse la regla del artículo 118.3) o un poder adjudicador que no ostentase la condición de Administración Pública (régimen menos rígido de no aplicarse la regla del artículo 118.3) cuando lo que se ha pretendido es evitar prácticas fraudulentas*».

Y similares argumentos emplea la Junta Consultiva en su informe de 28 de febrero de 2018. Ésta afirma que «*existe fundamento jurídico suficiente para concluir que la voluntad de la norma es asimilar ambos conceptos y regímenes jurídicos. En efecto, no cabe considerar superflua o inútil la circunstancia de que los importes de los contratos y sus categorías jurídicas sean en ambos preceptos —118 y 318*

⁶⁶ GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ (2017, p. 384) suscribe también la interpretación de esta autora.

a)— *plenamente coincidentes, aspecto que debe añadirse a la cristalina referencia a la adjudicación directa*» a cualquier empresario con capacidad de obrar y que cuente con la habilitación profesional necesaria para realizar la prestación objeto del contrato, *«referencia que contiene una expresión idéntica a la empleada en el artículo 131.3 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público para aludir a los contratos menores»*. Sigue argumentando que: *«La finalidad del artículo 118 es cohonestar el incremento de la seguridad jurídica en los contratos de menor cuantía que realizan las entidades del sector público que tengan la condición de poderes adjudicadores con la sencillez y celeridad máxima del procedimiento, que permite adjudicar directamente el contrato al operador económico que cumpla las condiciones de aptitud necesarias para ejecutarlo»*. *«Esta conclusión es perfectamente compatible con la finalidad que se observa en la Ley en el sentido de aproximar el régimen de preparación y adjudicación de los contratos de las Administraciones Públicas y de los poderes adjudicadores, aspecto este que se observa con nitidez en todo el Título I del Libro III de la Ley en los artículos 316 a 320»*.

A mi entender, tanto la AGE como la Junta Consultiva van más allá en su interpretación de lo que el legislador ha dispuesto de manera clara. La argumentación de la AGE y la Junta Consultiva presenta varios inconvenientes que hace que no la podamos compartir:

(i) En ningún momento se pronuncian sobre cómo se puede superar el hecho de que el artículo 118 esté ubicado en la parte de la norma vinculada a la preparación de los contratos. Como hemos señalado, el artículo 318 es claro a los efectos de limitar la aplicación de la LCSP a la adjudicación, excluyendo a la preparación, que sí es exigible, sin embargo, en los contratos sometidos a la regulación armonizada. Es más, resulta cuanto menos sorprendente la afirmación de la Junta consultiva referente a *«la finalidad que se observa en la Ley en el sentido de aproximar el régimen de preparación y adjudicación de los contratos de las Administraciones Públicas y de los poderes adjudicadores, aspecto este que se observa con nitidez en todo el Título I del Libro III de la Ley en los artículos 316 a 320»* cuando la dicción del artículo 318 es clara a los efectos de no exigir la parte de la normativa afecta a la preparación. De hecho, de ser aplicable el artículo 118, la redacción del párrafo inicial debería ser otra distinta⁶⁷.

⁶⁷ Es más, la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado, al analizar si a los contratos privados de las Administraciones Públicas [art. 26.1.a) de la LCSP] les es de aplicación el artículo 118, entiende que la remisión que hace el artículo 26.2 a la normas de *«preparación»* hace que artículo 118 sí sea aplicable a estos contratos privados (Expedientes 7/18, 36/18 y 57/18). A nuestro parecer, no es coherente ni sistemático argumentar que en el caso de los contratos privados la mención expresa a las normas de preparación exigen la

(ii) Acudir al argumento semántico, afirmando que los importes del artículo 318 son iguales que los del artículo 118, y que la dicción del artículo 318 es idéntica a la del artículo 131, no es de mayor peso que el argumento semántico contrario. El artículo 318 evita emplear el término «*contrato menor*» a pesar de que es utilizado de manera reiterada en el texto legal. Y, además, el artículo 318 regula estos contratos en fase de «*adjudicación*», no de «*preparación*», por lo que carece de sentido la remisión.

(iii) El argumento semántico que se emplea es incompleto. La redacción del artículo 131.3 no es idéntica a la del artículo 318.a). El artículo 131.3 determina que los contratos menores «*podrán adjudicarse directamente a cualquier empresario con capacidad de obrar y que cuente con la habilitación profesional necesaria para realizar la prestación*», dicción idéntica que el artículo 318.a), pero el 131.3 añade que «*cumpliendo con las normas establecidas en el artículo 118*», lo que no se refleja en el artículo 318.a). Lo cual, por otro lado, es lógico, pues el artículo 118 pertenece al ámbito de la preparación. Sin embargo, el artículo 131 sí está ubicado en la fase de adjudicación, que es aplicable a las fundaciones públicas con arreglo a lo que determina el propio artículo 318. Y por dicha razón se justifica que la redacción sí sea idéntica. Es decir, teniendo en consideración que la verdadera naturaleza de un contrato menor es la de un «*procedimiento de adjudicación*», el artículo 318 ha establecido un sistema concreto de adjudicación para las fundaciones del sector público, donde no se remite a la fase de preparación⁶⁸.

(iv) Si aceptamos la interpretación de la Junta Consultiva y de la AGE, llegaríamos a la conclusión de que el artículo 318.a) es redundante. No tendría un contenido autónomo en sí mismo, a pesar de que el artículo 318 es una norma especial pensada para los poderes adjudicadores⁶⁹.

aplicación de los límites del artículo 118 y, a su vez, obviar que el artículo 318 excluye dicha normativa pero exigir, igualmente, los requisitos del artículo 118 por criterios lógicos.

⁶⁸ El Informe 3/2018, de 13 de febrero, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón, referente a la «incompatibilidad para la adjudicación de contratos menores» afirma que «*la verdadera naturaleza jurídica del contrato menor es, precisamente, la de un procedimiento de adjudicación*».

⁶⁹ Se pueden traer a colación los argumentos sobre el legislador racional y no redundante. Por todos, EZQUIAGA (1994, p. 94), advierte que «partiendo del principio de no redundancia en el ordenamiento jurídico, según el cual cada disposición legal debe tener una incidencia autónoma, un particular significado, y no constituir una mera repetición de otras disposiciones legales, el argumento de la no redundancia justifica que, entre dos (o más) significados posibles de un enunciado, sea rechazado aquél (o aquellos) que supongan una mera repetición de lo establecido por otra disposición del ordenamiento». Y continua señalando que «el intérprete no debe poner de manifiesto la redundancia del legislador al atribuir significado a los enunciados normativos, puesto que hacerlo supondría ir en contra de la

(v) Acudir a criterios lógicos, como los de prácticas fraudulentas (señala el Abogado del Estado que: «No tendría sentido alguno que, refiriéndose el artículo 318.1 a) de la LCSP a los contratos menores conforme se ha indicado, se estableciese un diferente régimen según que la entidad contratante sea una Administración Pública (régimen más rígido al tener que aplicarse la regla del artículo 118.3) o un poder adjudicador que no ostentase la condición de Administración Pública (régimen menos rígido de no aplicarse la regla del artículo 118.3) cuando lo que se ha pretendido es evitar prácticas fraudulentas») tampoco creemos que sea relevante. Los criterios lógicos dependen del presupuesto de partida inicial. Por ejemplo, si partimos de la base de que un PANAP no es lo mismo que una Administración Pública, es lógico concluir que su régimen jurídico debe ser distinto (no se puede tratar igual a lo desigual). Abrir la tesis de las razones lógicas basadas en los principios de la Ley, de cualquier tipo, llevaría a la necesaria revisión de toda la normativa de la LCSP que no fuera directamente aplicable a las fundaciones públicas para adivinar en qué casos existen «razones lógicas» para aplicar analógicamente la Ley, como sucedería en todo lo aplicable a la preparación del contrato. Pero las razones lógicas parece que se emplean sólo en lo que perjudica a estas entidades, pues nadie aboga, por ejemplo, que a estos poderes adjudicadores se les pueda aplicar las potestades que sí tienen las Administraciones Públicas⁷⁰ ¿Es proporcionado que sólo se extienda vía interpretación imponer las restricciones de las Administraciones Públicas pero no sus prebendas?

A nuestro entender, el texto legal es claro⁷¹. Y los argumentos y justificaciones que presentan tanto la AGE como la Junta Consultiva están más en lo que debería ser que en la realidad legal de la norma. Si la LCSP hubiera querido que el régimen aplicable de los contratos menores fuera aplicable a los PANAP lo hubiera regulado de manera expresa. Bastaba con decir que serán aplicables las normas sobre la adjudicación y, además, el artículo 118 de la LCSP. Sin embargo, no lo ha hecho. Puede que, *de lege ferenda*, o con arreglo a criterios de buena gestión, fuera recomendable que estos poderes adjudicadores adoptaran de manera voluntaria el régimen del artículo 118. Pero una cuestión es que fuera aconsejable, y otra, distinta, que sea obligatorio. En este sentido, pueden verse los argumentos que tanto la Junta Consultiva como

voluntad del legislador racional, que es siempre que cada disposición tenga su significado específico».

⁷⁰ Como señala la Instrucción 3/2018 los PANAP no tienen las prerrogativas establecidas en el artículo 190 de la LCSP y «carecen también de la facultad de acordar con fuerza obligatoria para la otra parte la resolución del contrato y determinar los efectos de ésta (autotutela declarativa), así como proceder ejecutivamente contra el contratista (autotutela ejecutiva), cuestiones que habrá de dirimirse, en caso de oposición del contratista, ante la jurisdicción civil».

⁷¹ Como defiende ARROYO (2018), «no existe margen de duda interpretativa».

la AGE emplean sobre las mesas de contratación. En el caso de los PANAP concluyen que su constitución es *facultativa*, lo que no obsta, conforme ya señalaba la Instrucción 1/2008 de la AGE que su constitución fuera una adecuada garantía de los principios de objetividad y transparencia, y que se aconsejaba su establecimiento. En este caso se distingue claramente entre lo que es (no hay obligación de constituir una mesa de contratación) de lo que debe ser (su constitución se vincula a la consecución de los principios esenciales de la contratación). Pero no se da el salto de aplicar criterios lógicos, y entender que teniendo en consideración cuál es la razón de ser y finalidad de las mesas de contratación en la Administración Pública, su constitución sea obligatoria fuera de ese ámbito.

En este sentido, compartimos las palabras del profesor TEJEDOR BIELSA (2018) cuando afirma, al hacer referencia a las consideraciones sobre los contratos menores de la Instrucción 3/2018 y la Recomendación de 28 de febrero de 2018, que quizás quepa «considerar que lo que el legislador pretende es precisamente lo contrario y de ahí la letra de la Ley... El “*espíritu*” tal cual lo ven algunos se impone a la letra que leemos todos; lo que algunos querrían que la Ley dijese prevalece sobre la que la Ley dice». Es decir, la letra de la Ley es, como nosotros mantenemos, clara y no puede compartirse la opinión de la AGE y de la Junta Consultiva⁷².

Como he señalado, a nuestro parecer, no es aplicable el régimen jurídico del artículo 118 de la LCSP, y, por tanto:

(i) No es necesario el informe del órgano de contratación motivando la necesidad del contrato.

(ii) No es necesario que en el expediente se justifique que no se está alterando el objeto del contrato para evitar la aplicación de las reglas generales de contratación. Sin embargo, sí es de aplicación el artículo 99.2 de la LCSP, por lo que en todo caso debe acreditarse que no se está fraccionando el contrato.

(iii) No es de aplicación el límite vinculado a que contratista no haya suscrito más contratos menores que individual o conjuntamente superen la cifra que consta en el apartado primero de este artículo (art. 118.3), con

⁷² Advierte TEJEDOR BIELSA (2018) que la Junta Consultiva y la Abogacía del Estado «sientan unas bases, en general, que siempre tienden a la interpretación más restrictiva de la norma, basada en el principio de desconfianza en el gestor subyacente en la nueva LCSP y que nos aleja del derecho europeo. El interés general, en ese contexto, pasa a un segundo plano». Como señala este autor, «es el de la contratación pública un sector en el que la opinión empieza a pesar más que la norma».

independencia de la interpretación amplia que ha dado la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado a este requisito.

(iv) No se les aplica los límites de la duración superior a un año ni lo que afecta a la prórroga, sin perjuicio de que para determinar el importe estimado del contrato y el procedimiento aplicable deba acudir al artículo 101 de la LCSP.

Lo anterior no es óbice para que la fundación pública apruebe unas instrucciones internas de contratación donde pudieran regularse cuestiones vinculadas al contrato menor⁷³.

3. *Fundaciones públicas de investigación y contratos menores*

La Ley de Presupuestos Generales del Estado para el año 2018, Ley 6/2018, de 3 de julio, ha introducido una modificación en la LCSP que afecta a las fundaciones de investigación⁷⁴. En concreto, ha añadido la disposición adicional quincuagésima cuarta (Régimen aplicable a los contratos celebrados por los agentes públicos del Sistema Español de Ciencia, Tecnología e Innovación):

«Atendiendo a la singular naturaleza de su actividad, como excepción al límite previsto en el artículo 118 de esta Ley, tendrán en todo caso la consideración de contratos menores los contratos de suministro o de servicios de valor estimado inferior o igual a 50.000 euros que se celebren por los agentes públicos del Sistema Español de Ciencia, Tecnología e Innovación, siempre que no vayan destinados a servicios generales y de infraestructura del órgano de contratación.

A estos efectos, se entienden comprendidos entre los agentes públicos del Sistema Español de Ciencia, Tecnología e Innovación, en los términos establecidos en la

⁷³ LUCENA VALENCIA (2018) defiende que «parecería razonable plantear la opción de redactar unas instrucciones en las que regule la tramitación de los menores. Así en dichas instrucciones, si bien los límites serían los mismos que los establecidos en el 118 (dado que así lo establece el artículo 318), habría cierto margen regulatorio en su tramitación que no tendría que ser idéntica a la de la ley (ejemplo, poder regular que su duración puede ser superior a un año, que los límites para contratar menores sea por contrato y no por proveedor, que no sea necesario hacer informe de necesidad para cada contrato...)

⁷⁴ En un documento de la Comisión Europea (*Giving more for research in Europe: the role of foundations and the non-profit sector in boosting R&D investment*, septiembre 2005, § 3.5) se señalaba que había una tendencia en la que se emplean fundaciones como nuevo instrumento para las políticas públicas de investigación, debido a que es un modo más flexible e independiente. Sobre el papel de las Fundaciones en la I+D en Europa puede verse el estudio de AA.VV. (2015) «EUFORI Study European Foundations for Research and Innovation», *Comisión Europea*.

Ley 14/2011, de 1 de junio, de la Ciencia, la Tecnología y la Innovación, las Universidades públicas, los Organismos Públicos de Investigación, fundaciones, consorcios y demás agentes de ejecución de la Administración General del Estado, los organismos y entidades de investigación similares a los anteriores dependientes de otras Administraciones Públicas, las Fundaciones de Investigación Biomédica, y los centros, instituciones y consorcios del Sistema Nacional de Salud».

(i) La primera cuestión es determinar su aplicación a los poderes adjudicadores no Administración Pública (entre los que se encuentran las fundaciones públicas). Como hemos señalado, a nuestro juicio, el artículo 118 no es aplicable a las fundaciones del sector público, sino exclusivamente a las Administraciones Públicas en sentido estricto. Las fundaciones públicas se rigen por el artículo 318.a). Y la disposición adicional quincuagésima cuarta regula una excepción al artículo 118, pero omite cualquier referencia al artículo 318.a). Sin embargo, la disposición adicional quincuagésima cuarta incluye de manera expresa dentro de la identificación de los agentes de públicos del sistema de ciencia al género «*fundaciones*» y la especie «*Fundaciones de Investigación Biomédica*». El hecho de hacer mención a las fundaciones, que no son Administración Pública, implica que el límite de los 50.000 euros se aplica a todos los poderes adjudicadores no Administración Pública. Sin embargo, la técnica jurídica se puede calificar como deficiente. La no inclusión expresa del artículo 318.a) es una inconsistencia jurídica, pues no se puede excepcionar el artículo 118 y no e 318.a), para luego incluir dentro de los agentes que pueden aplicar el límite de 50.000 euros a las fundaciones⁷⁵. Y es también una incongruencia jurídica incluir a las fundaciones como género y a una especie como son las fundaciones de investigación biomédica, como si éstas últimas fueran distintas de cualquier otra fundación de investigación⁷⁶.

⁷⁵ Lo cierto es que la no inclusión del artículo 318 parece fundamentarse en la equiparación que hace la Abogacía del Estado del artículo 318 y del 118. En este sentido, parece existir el convencimiento que el artículo 318.a) de la LCSP coinciden conceptualmente con los contratos menores del artículo 118 de dicho texto legal, y, por tanto, quedan sujetos a las previsiones contenidas en este último precepto y también a la excepción de cuantía prevista en la nueva disposición adicional quincuagésima cuarta sobre régimen aplicable a los contratos celebrados por los agentes públicos del Sistema Español de Ciencia, Tecnología e Innovación.

⁷⁶ El Real Decreto 279/2016, de 24 de junio, sobre acreditación de institutos de investigación biomédica o sanitaria, hace mención a la acreditación de institutos de investigación biomédica o sanitaria en el ámbito del Sistema Nacional de Salud de acuerdo con lo dispuesto por el artículo 88 de la Ley 14/2007, de 3 de julio, de Investigación biomédica. La forma jurídica puede ser la de fundación.

(ii) La segunda cuestión es identificar qué fundaciones están incluidas en el ámbito subjetivo de aplicación (agentes públicos del Sistema Español de Ciencia, Tecnología e Innovación). El artículo 3.1 de la Ley 14/2011, de 1 de junio, de la Ciencia, la Tecnología y la Innovación, determina que: «*A efectos de esta ley, se entiende por Sistema Español de Ciencia, Tecnología e Innovación el conjunto de agentes, públicos y privados, que desarrollan funciones de financiación, de ejecución, o de coordinación en el mismo, así como el conjunto de relaciones, estructuras, medidas y acciones que se implementan para promover, desarrollar y apoyar la política de investigación, el desarrollo y la innovación en todos los campos de la economía y de la sociedad*». Por tanto, cuando una fundación se encuentre en dicho ámbito de actuación, podrá aplicar los límites de los 50.000 euros. Así, por ejemplo, el artículo 10.3 de la Ley de Fundaciones de la Comunidad de Madrid determina que aquellas fundaciones públicas que tengan «*como fin u objeto social actividades de investigación científica y técnica o innovación se configuran como organismos de investigación públicos de la Comunidad de Madrid, pudiendo contratar personal investigador de acuerdo con las modalidades que al efecto aprueben las leyes estatales*»⁷⁷.

(iii) En cuanto al alcance del precepto, el umbral se eleva a 50.000 euros, y se limita a los contratos de suministro o de servicios y se excluyen las obras. Y los servicios y suministros se definen de manera negativa. No se aplica a los que «*vayan destinados a servicios generales y de infraestructura del órgano de contratación*». El término «*servicios generales*» debe entenderse en sentido amplio, sin limitarse a los servicios de la LCSP, sino a lo que se podría denominar como «*gastos generales*»⁷⁸. Por tanto, legalmente no es necesario que los servicios o suministros se vinculen a las actividades de investigación, desarrollo e innovación. El límite se vincula al sujeto (agente de público de investigación) y al objeto (que no sean servicios generales o de infraestructura), pero no a la actividad concreta (I+D+i). Por tanto, una fundación de investigación que haga también actividades ajenas a la investigación, podrá aplicar el límite de los 50.000 a proyectos no vinculados a la I+D+i⁷⁹. Esta

⁷⁷ El hecho de que se incluyan a entidades que promueven o desarrollen la I+D+i hace, a nuestro juicio, que se incluya a las fundaciones que tengan como finalidad la difusión de la ciencia.

⁷⁸ De nuevo, la redacción legal no parece que sea la deseable. La mención de «*servicios generales*» podría hacer pensar que se excluyen los *suministros* si se entendiera que se está haciendo referencia a un concepto de la LCSP. Sin embargo, parece que se está haciendo referencia a los gastos generales o costes generales, que incluye también los suministros.

⁷⁹ Esta situación parece entrar en contradicción con la finalidad de la reforma normativa. Señala GIMENO FELIU (2018a) que la «una burocracia excesiva, en este ámbito tan singular, no dificulte o impida la gestión y desarrollo de la investigación y la innovación en España,

opción nos lleva a la incongruencia de aplicar el límite de 50.000 a actividades que nada tienen que ver con la I+D pero, sin embargo, aplicar el de los 15.000 para los gastos generales aun cuando estos si estarán afectados a la I+D+i de manera indirecta.

(iv) Por otro lado, es necesario identificar qué son servicios generales y de infraestructura. Se trata de un concepto no jurídico. No hay una remisión a otra regulación. Una aproximación económica y de contabilidad de costes pasaría por entender que se trata de aquellos servicios y suministros que no están afectos de manera directa y exclusiva a un proyecto concreto; es decir, aquellos servicios y suministros que se tengan que adquirir con independencia de los proyectos concretos⁸⁰. Por tanto, la diferencia no sería por el *objeto* del contrato, sino por la *adscripción* específica del servicio o suministro adquirido. De esta manera, la compra de ordenadores podrá o no estar sometido al umbral de 50.000 euros en función de cuál sea su destino. Si se adquieren para la ejecución de un proyecto de investigación concreto se aplicará dicho umbral. Si se va a adscribir al departamento de contabilidad o de gerencia, seguirá estando limitada a 15.000 euros. Y este mismo razonamiento se puede hacer con relación a cualquier otro servicio o suministro (como los servicios jurídicos).

(v) Si damos por correcto el anterior razonamiento se abre el interrogante de cómo operan los límites de 50.000 y 15.000 euros cuando se adquieren por una misma entidad diversos bienes y servicios para proyectos concretos y para servicios generales. Una primera opción sería entender que son dos límites independientes, de tal manera que se pueden tramitar como contrato menor hasta 65.000 euros, siempre que hasta 50.000 euros sean para proyectos concretos y hasta 15.000 para los gastos o inversiones generales. Una segunda opción es que el límite de 50.000 es el tope acumulado para la suma de los dos. De esta manera, los servicios y suministros para gastos generales no pueden superar de manera individual los 15.000 euros, pero, además, en el caso de que los servicios y suministros concretos hubieran ya consumido más de 35.000 euros, no podrá superar la diferencia entre los 50.000 y lo efectivamente consumido. Es decir, si una fundación adquiere ordenadores para un proyecto de investigación por valor de 40.000 euros, lo

caracterizada por una gestión muy atomizada de los proyectos y directamente vinculada, en muchas ocasiones, al investigador principal».

⁸⁰ No se trata de hacer referencia a costes directos o indirectos. Se trata de hacer una distinción de los costes específicos de proyectos de los costes generales ajenos a los proyectos concretos. Un ordenador que se afecta a tres proyectos (coste directo), no es un coste de servicios generales o de infraestructura. Un ordenador que afecta al departamento general de contabilidad (coste indirecto), sí.

máximo que podría adquirir para ordenadores adscritos a servicios generales sería por valor de 10.000 euros.

De las dos interpretaciones entendemos que la correcta es la segunda. La disposición adicional quincuagésima cuarta señala que *«como excepción al límite previsto en el artículo 118 de esta Ley, tendrán en todo caso la consideración de contratos menores los contratos de suministro o de servicios de valor estimado inferior o igual a 50.000 euros»*. Se trata de una excepción al límite del artículo 118, no de una adición. Por tanto, el total de adquisiciones son las que, en su caso, no podrán superar el total de los 50.000 euros.

(vi) Otra cuestión que no está solventada es qué sucede cuando un mismo bien y servicio se va afectar tanto a proyectos concretos como a servicios generales. El texto exige como condición *«que no vayan destinados a servicios generales y de infraestructura del órgano de contratación»*. El texto no califica si esa afectación tiene que ser exclusiva o puede ser parcial⁸¹. En principio, parece que el bien no podría estar afectado, ni siquiera parcialmente, a servicios generales.

(vii) Con relación a la prueba, la fundación debe acreditar frente a terceros la no afectación a servicios generales. En teoría, la justificación de la necesidad de la contratación y su registro en el expediente, unido a la contabilidad analítica que debería existir en la fundación, será el medio de acreditar su exclusiva afectación a proyectos⁸².

IX. La libertad de elección de procedimientos de adjudicación en los contratos no armonizados

Otra de las cuestiones controvertidas alcanza a la interpretación que debe darse al artículo 318.b) de la Ley 9/2017. Dicho precepto determina que: *«Los contratos de obras, concesiones de obras y concesiones de servicios cuyo valor estimado sea igual o superior a 40.000 euros e inferior a 5.548.000 euros y los contratos de servicios y suministros de valor estimado superior a 15.000 euros e in-*

⁸¹ Como tampoco señala qué sucede si un bien se adquiere para un proyecto de investigación y antes de que acabe su período de amortización se cambia de afectación a servicios generales.

⁸² En el ámbito tributario, el Tribunal Económico-Administrativo Central ha señalado en materia de prueba en su Resolución de 22 de diciembre de 2015 (RG 3393/2013) que *«el deber de actividad probatoria le corresponderá a la Administración sólo a partir de la aportación de pruebas del interesado; en ese caso, cuando las pruebas indicaran que el contribuyente tiene el derecho que afirma, si la Administración sostiene lo contrario, le corresponderá a ésta aportar otras pruebas que desvirtúen las del sujeto pasivo»*.

ferior a 221.000 euros, se podrán adjudicar por cualquiera de los procedimientos previstos en la Sección 2.ª del Capítulo I del Título I del Libro Segundo de la presente Ley, con excepción del procedimiento negociado sin publicidad, que únicamente se podrá utilizar en los casos previstos en el artículo 168». A su vez, el Preámbulo de la norma advierte que los PANAP deben «adjudicar estos contratos por los mismos procedimientos establecidos para dichas Administraciones Públicas, si bien se les permite utilizar de forma indistinta cualesquiera de ellos, a excepción del negociado sin publicidad, que solo se podrá hacer uso de él, en los mismos supuestos que las citadas Administraciones».

En la normativa existen distintos tipos de procedimientos regulados en los artículos 156 y ss., donde se recogen el procedimiento abierto (art. 156); el procedimiento abierto simplificado (art. 159) que se puede emplear para los contratos cuyo valor estimado sea menor de 100.000 euros (para los contratos de servicios y suministros) y siempre que los criterios por juicios de valor no sean superiores al 25% (o 45% si es de carácter intelectual); el procedimiento *simplificadísimo* (art. 159.6), aplicable para contratos cuyo valor estimado sea inferior a 35.000 euros en suministros y servicios (80.000 en obras); procedimiento restringido (art. 160), caracterizado por que empresarios presentan su *solicitud* para participar, y es la fundación quien *selecciona* a los que invita a presentar su oferta (mínimo de cinco y se puede establecer un máximo) y donde no se puede negociar; procedimiento con negociación (art. 166); dialogo competitivo (art. 172); asociación para la innovación (art. 177).

Lo que se ha cuestionado es si las fundaciones públicas tienen plena libertad para elegir cualquier procedimiento con independencia de límites económicos y objetivos. Es decir, si, por ejemplo, podría usar un procedimiento abierto simplificado por valor superior a 100.000 euros o *simplificadísimo* por valor superior a 35.000 euros. GALLEGO CÓRCOLES (2018b) defiende que los anteriores límites no se aplica a las fundaciones públicas, aunque en el caso del procedimiento *simplificadísimo* entiende que aunque no aplique el límite «la configuración del procedimiento es inidónea para ser empleado en procedimientos distintos»⁸³. ARROYO (2018) mantiene que «el legislador deja opción a la entidad adjudicadora a que pueda escoger el procedimiento que considere más oportuno dentro de los previstos en esa Ley, sin sujetarse a los supuestos o condiciones habilitantes establecidos en los

⁸³ En otra publicación, esta autora defiende (GALLEGO CÓRCOLES, 2018a, p. 1080) que para los PANAP todos los procedimientos de licitación, a excepción del procedimiento negociado sin publicidad, tienen «*carácter ordinario*» en los supuestos que no esté sometido a regulación armonizadas.

citados preceptos, como, por ejemplo, podrían ser las cuantías de los mismos. La utilización de los términos “pueda” y “cualquiera” avalan esta interpretación, de forma que la utilización del procedimiento correspondiente es potestativa para la entidad, dentro de los previstos en la Ley, pero no en los supuestos expresamente regulados allí. Ello se vería refrendado por el hecho de que cuando el legislador ha decidido establecer que sí que se deberán utilizar en los casos específicamente regulados en la norma, así lo ha regulado expresamente. A título de ejemplo, el citado artículo 318, letra b) de la LCSP, después de declarar la libertad de elección de procedimiento para este tipo de poderes adjudicadores, especifica que se exceptiona de ese elenco, el negociado sin publicidad, que *“únicamente se podrá utilizar en los casos previstos en el artículo 168”*. Y afirma este autor que: «No podemos pasar por alto que el Consejo de Estado llegó a la misma conclusión que la aquí alcanzada en su Dictamen núm. 1.116/2015 de 10 de marzo de 2016 sobre el anteproyecto de Ley de Contratos del Sector Público». En el mismo sentido, RAZQUIN LIZÁRRAGA y VÁZQUEZ MATILLA (2017) mantienen que «estas entidades tienen una gran libertad de elección del procedimiento de adjudicación, puesto que pueden optar por cualquiera de ellos, salvo el negociado sin publicidad, que sólo se podrá utilizar cuando concurren los supuestos excepcionales previstos en la LCSP».

Frente a estas opiniones, la Instrucción 3/2018 de la AGE mantiene que debe interpretarse que el artículo 318.b) da la *«opción de elegir entre “los mismos” procedimientos de contratación aplicables a las Administraciones Públicas (a excepción del procedimiento negociado sin publicidad, que sólo será aplicable en los supuestos previstos en el artículo 168 de la LCSP)»*. Así, señala que el artículo 318.b) *«implica una remisión in totum a la regulación aplicable a cada uno de dichos procedimientos, algunos de los cuales (procedimiento abierto, restringido, diálogo competitivo, asociación para la innovación), serán, en principio, intercambiables o susceptibles de aplicación indistinta a elección del órgano de contratación, mientras que otros (el procedimiento negociado, el procedimiento abierto simplificado del artículo 159), habrán de entenderse aplicables siempre y cuando lo permita el valor estimado del contrato en cuestión... No parece que sea el designio del legislador que contratos de los poderes adjudicadores de un valor estimado muy próximo al de los contratos sujetos a regulación armonizada terminen, a la postre, adjudicándose por un procedimiento, como el del artículo 159.6 de la LCSP legalmente concebido para ser tramitado con extrema agilidad por razón, precisamente, del reducido valor estimado de los contratos que puedes acogerse a él, ni que se termine generalizando la aplicación de reglas especiales (eximir a los licitadores de la acreditación de la solvencia económica y financiera, técnica o profesional, no exigencia de la garantía definitiva...), que sólo se ha previsto y admitido el legislador en atención a la escasa cuantía del contrato»*.

Y con una argumentación muy parecida se pronuncia la Recomendación de la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado de 28 de febrero de 2018, donde se afirma que: «*Tal remisión no puede entenderse ajustada a derecho si no alianza también el cumplimiento de los requisitos de acceso a cada uno de ellos, tal como ocurre, por ejemplo, en el caso del procedimiento abierto simplificado del artículo 159 en sus dos modalidades, los cuales se podrán emplear siempre y cuando se cumplan los requisitos sustantivos que permiten su uso, esto es, el relativo al valor estimado del contrato en cuestión, la limitación de la utilización de los criterios sujetos a un juicio de valor y los procedimentales que les son propios... Otra solución conduciría a situaciones ajenas a la intención evidente del legislador. La omisión de los requisitos de acceso al procedimiento más simplificado permitiría flexibilizar injustificadamente la selección del contratista en contratos de los poderes adjudicadores de un valor estimado muy próximo al de los contratos sujetos a regulación armonizada. Tal circunstancia no es coherente con la finalidad de la norma y no debe reconocerse como ajustada a derecho*».

A mi entender, tanto la AGE como la Junta Consultiva van más allá de lo que el legislador ha dispuesto. Debe distinguirse entre la *finalidad* de la norma plasmada en el texto legislativo, de una supuesta voluntad del legislador no recogida en el mismo. Así, entendemos que la tesis de la AGE y la Junta Consultiva presenta varios inconvenientes;

(i) Dar por válida la interpretación del artículo 318.b) que hacen la AGE y la Junta Consultiva supondría vaciar de contenido dicho precepto y hacerlo redundante. Si la voluntad del legislador hubiera sido que se aplicaran los mismos procedimientos y en las mismas condiciones que las Administraciones Públicas, el artículo 318.b) sería innecesario y la redacción debería haber sido distinta. No parece tener lógica jurídica suficiente señalar que en «*la adjudicación de contratos no sujetos a regulación armonizada se aplicarán las siguientes disposiciones*» si lo que se hace es aplicar *in totum* el mismo régimen jurídico⁸⁴.

(ii) La mención del artículo 318.b) en el que se puede adjudicar por cualquiera de los procedimientos salvo en el caso de «*procedimiento negociado sin publicidad, que únicamente se podrá utilizar en los casos previstos en el artículo 168*», carecería de alcance. Si, como entienden la AGE y la Junta Consultiva, hay una remisión *in totum* a los procedimientos de aplicación, la mención al artículo 168 sería superflua, pues en la remisión general estaría incluida el propio 168.

⁸⁴ El argumento es el mismo que empleamos sobre los contratos menores, donde hacíamos mención a criterios lógicos de interpretación basados en un legislador racional y no redundante.

(iii) La argumentación de que el artículo 318.b) da «la opción de elegir entre “los mismos” procedimientos de contratación aplicables a las Administraciones Públicas (a excepción del procedimiento negociado sin publicidad, que sólo será aplicable en los supuestos previstos en el artículo 168 de la LCSP» no parece aceptable con arreglo a técnicas hermenéuticas. La opción de elegir entre los mismos procedimientos que la Administraciones Públicas no parece que sea ninguna opción en sí misma. Sería, en su caso, una *remisión* a un régimen jurídico.

(iv) Desde un punto de política legislativa, esta interpretación supondría unificar el procedimiento para las Administraciones Públicas y los PANAP cuando el legislador sólo ha limitado dicha opción para los contratos sometidos a regulación armonizada⁸⁵.

(v) El preámbulo del legislador, en este caso como manifestación de su voluntad, es claro; se «permite utilizar de forma indistinta cualesquiera de ellos, a excepción del negociado sin publicidad, que solo se podrá hacer uso de él, en los mismos supuestos que las citadas Administraciones». La interpretación de la AGE y la Junta Consultiva, supondría dejar sin contenido la supuesta voluntad del legislador manifestada en el preámbulo.

(vi) El argumento lógico de que por aquellos contratos por un valor estimado muy próximo a los contratos armonizados pudieran adjudicarse por el procedimiento más simplificado (el del artículo 159.9) contraría la finalidad de la norma presenta, a nuestro parecer, varios inconvenientes. Así, tanto la Junta Consultiva como la AGE parecen centrar el argumento tomando como punto de comparación el procedimiento simplificadísimo (art. 159.6), que es un procedimiento muy específico, pero dejan al margen del razonamiento lógico al procedimiento simplificado (art. 159)⁸⁶ ¿Cuál es el inconveniente

⁸⁵ La interpretación de este precepto no ha sido sencilla. El Consejo de Estado, en su Dictamen 1.116/2015, examinado el anteproyecto de Ley de Contratos del Sector Público, ya señalaba que había tres posibles interpretaciones. Una sería entender que el recurso a los procedimientos mencionados expresamente ha de verificarse en términos imperativos, «*aunque con esta solución se aproximarían notablemente, en materia de adjudicación, las regulaciones correspondientes a contratos sujetos a regulación armonizada (artículo 316) y a contratos no sujetos a regulación armonizada*». «*La otra opción sería considerar que la aplicación de tales procedimientos tiene carácter potestativo y que los órganos competentes de las respectivas entidades pueden aprobar normas internas que regulen los procedimientos de contratación. Incluso cabe una tercera interpretación (Secretaría General Técnica del Ministerio de Fomento), que consiste en entender que los procedimientos de adjudicación han de ser los previstos en la Ley, pero que se pueden utilizar en supuestos distintos a los fijados legalmente*». Defendía el Consejo de Estado que estas dos últimas opciones son las más acordes con el carácter de no sujetos a regulación armonizada de estos contratos.

⁸⁶ Resulta cuanto menos curioso que la Instrucción 3/2018 de la AGE señale, con relación a las garantías, que no se puede aceptar que «*se termine generalizando la aplicación de reglas especiales (eximir a los licitadores de la acreditación de la solvencia económica y financiera, técni-*

en emplear este procedimiento en el caso de contratos inferiores a 221.000 euros? Por otro lado, no es suficiente con señalar que dicha opción «no parece que sea el designio del legislador» o que «conduciría a situaciones ajenas a la intención evidente del legislador». Sería necesario que examinaran, entonces, cuál es la finalidad del legislador con el artículo 318 de la LCSP, que exime de las reglas de la preparación de los contratos a estos poderes adjudicadores y que tiene unas normas especiales para la libertad de elección de procedimiento ¿Por qué no existe un pronunciamiento sobre esta finalidad? Es más, el designio del legislador legalmente reflejado ha sido establecer un régimen distinto para los PANAP que para las Administraciones Públicas pues no en vano, una fundación pública no es una Administración; ni tienen su capacidad de gestión, ni los privilegios de las prerrogativas en los contratos (art. 190 de la LCSP) ni las facultades de autotutela⁸⁷ ¿Por qué razón, entonces, tiene que obviarse este marco legal e igualar totalmente el régimen con las Administraciones Públicas?

En definitiva, argumentos lógicos nos llevan a otra conclusión que la mantenida tanto la por AGE como la Junta Consultiva en este apartado, que parecen estar orientados por criterios *de lege ferenda* más que *de lege data*⁸⁸. A

ca o profesional, no exigencia de la garantía definitiva...), que sólo se ha previsto y admitido el legislador en atención a la escasa cuantía del contrato» cuando para los PANAP las garantías definitivas no son obligatorias. El artículo 114 de la LCSP tiene un precepto específico que determina que su exigencia es potestativa. Así lo reconoce la propia Instrucción 3/2018 en otro pasaje. YÁÑEZ DÍAZ (2018, p. 1045) advierte que los poderes adjudicadores no Administración Pública «no les son de aplicación las reglas generales en materia de garantías cuya aplicación ha de reservarse a las Administraciones Pública» y «al tratarse de contratos privados y no serles de aplicación las reglas de la LCSP/2017 sobre las garantías en los contratos administrativos habrá de estarse a lo pactado en el contrato o lo indicado por la entidad contratante a la que se adhiera la contratista. Nada impide que lo pactado o establecido sea un régimen similar o idéntico al de las garantías en los contratos administrativos en virtud de la libertad de pactos recogida en los artículos 34 LCSP/2017 y 1255 del Código Civil».

⁸⁷ Como señala la Instrucción 3/2018 de la AGE «*dado que las entidades que ahora se consideran son poderes adjudicadores que no tiene la condición de Administraciones Públicas, cuyos contratos son privados, no resultan aplicables las prerrogativas que el artículo 190 de la LCSP»* refiere para las Administraciones Públicas.

⁸⁸ A nuestro parecer, argumentos de coherencia se postulan, precisamente, por la posición contraria. La exigencia de coherencia es esencial en Derecho, hasta el punto que debe constituirse como criterio de identificación e incluso como elemento legitimador (DE ASIS ROIG, 1995, p. 28). El argumento de racionalidad del sistema supone que un sistema normativo, elaborado por un legislador razonable, no puede suministrar un resultado interpretativo o aplicativo de las normas que sea en sí mismo ilógico o inicuo (SANTAMARÍA PASTOR, 1988, p. 399). Se trata del criterio apagógico, según el cuál no puede darse un significado a una norma que provoque consecuencias absurdas, del criterio de la razonabilidad, que sólo permite dar un significado distinto al dado con anterioridad por razones de razonabilidad, o el

nuestro juicio, los poderes adjudicadores tienen capacidad de elección entre los distintos procedimientos regulados en la adjudicación de contratos. Ciertamente, puede resultar problemático el llamado procedimiento simplificado (art. 159.6) en la medida, fundamentalmente, que no se exige ni acreditar solvencia económica y financiera ni técnica o profesional. Creemos que el artículo 159.6 sólo se puede emplear dentro de su estricto ámbito legal en tanto se trata de un precepto de carácter excepcional a la normativa general sobre la solvencia. Los artículos 74 y siguientes de la LCSP exigen a todas las entidades que quieran contratar con el sector público (incluidas las fundaciones públicas) que tenga las condiciones de solvencia necesarias. Y el artículo 159.6 permite, por debajo de los umbrales de 35.000 euros para suministros y servicios y 80.000 para obras, no acreditar solvencia. Pero es una norma excepcional⁸⁹. Si los PANAP pudieran emplear este procedimiento para importes superiores, estarían dejando sin contenido los artículos 74 y ss. de la LCSP y los principios generales, que también se les aplican, establecidos en los artículos 1 y 28.

En cualquier caso, una cuestión diferente es si es o no aconsejable establecer internamente parámetros de elección, pero como una cuestión organizativa, que podría regularse en unas instrucciones internas de contratación⁹⁰.

1. Efectos de la libertad de procedimientos sobre la división en lotes

El artículo 99.2 de la LCSP determina que: «No podrá fraccionarse un contrato con la finalidad de disminuir la cuantía del mismo y eludir así los requisitos de publicidad o los relativos al procedimiento de adjudicación que correspondan». A su vez, el apartado 6 del artículo 99 reitera que: «Cuando se proceda a la división en lotes, las normas procedimentales y de publicidad que deben aplicarse en la adju-

sistemático, que exige que las normas tengan sentido en relación con el resto del ordenamiento (vide DE ASIS ROIG, 1995, pp.186 y ss.).

⁸⁹ El artículo 92 *in fine* determina que: «Reglamentariamente podrá eximirse la exigencia de acreditación de la solvencia económica y financiera o de la solvencia técnica o profesional para los contratos cuyo importe no supere un determinado umbral». Como puede verse, legalmente se permite que, en función de que las cuantías no sean significativas, que no se acredite la solvencia.

⁹⁰ Díez SASTRE (2017b, p. 14) advierte que, como consecuencia del artículo 318.b), «se abre un ámbito de incertidumbre para los operadores y para la garantía de los principios de la contratación, en la medida en que no se obliga a establecer de antemano cuáles serán los criterios que lleven a aplicar uno u otro procedimiento. Además, hay que tener en cuenta que no se establece ninguna previsión en relación con la fase de preparación del contrato, que será necesaria para tramitar los procedimientos de adjudicación aplicables. En este sentido, las Administraciones Públicas podrían establecer las reglas que ordenen la utilización de unos u otros criterios, para los poderes adjudicadores que estén adscritos o vinculadas a ellas».

dicación de cada lote o prestación diferenciada se determinarán en función del valor acumulado del conjunto». Estos preceptos, que se vinculan a la legalidad y transparencia, en la medida en que no debe fraccionarse los contratos a los efectos de evitar la aplicación de los procedimientos legales, tendría una menor relevancia en las fundaciones públicas por aplicación del 318 de la LCSP⁹¹. Si, como hemos entendido, los límites cuantitativos de los distintos procedimientos de adjudicación no vinculan a las fundaciones públicas, éstas tendrán dos límites para los contratos de servicios y suministros. Por abajo, 15.000 euros de valor estimado⁹². Por arriba, el umbral para los límites de regulación armonizada (en la actualidad 221.000 euros). Por tanto, mientras que la totalidad del objeto del contrato se encuentre entre dicho límites, se podría *fraccionar* el contrato, en tanto no afecta ni a la publicidad ni a los procedimientos de adjudicación. Sí podrían afectar a la aplicación de los presupuestos del recurso especial en materia de contratación, que exige que el valor estimado del contrato sea superior a 100.000 euros (art. 44.1 de la LCSP). Pero, en teoría, el artículo 99.2 no toma como referencia los umbrales de este recurso como límite para el fraccionamiento.

A efectos prácticos, cuando los distintos objetos de licitación sean superiores a 15.000 para suministros y servicios pero inferiores a 221.000 euros (umbral comunitario), las fundaciones del sector público podrían optar por sacar procedimientos individuales o un procedimientos únicos por lotes.

X. El régimen de los efectos y extinción de los contratos en las fundaciones públicas

Como hemos visto anteriormente, la LCSP ha establecido un régimen jurídico para la adjudicación y preparación de los contratos de las fundaciones en el caso de los contratos no sometidos a regulación armonizada. Sin embargo, el régimen de los efectos y extinción es idéntico. El artículo 26.1(b) de la LCSP determina que tendrán la consideración de contratos privados

⁹¹ Como advierte VÁZQUEZ MATILLA (2018): «La prohibición legal del artículo 99.2 LCSP prohíbe solo el fraccionamiento para evitar sustraer de la aplicación de la publicidad y procedimiento adecuado a los contratos. No está prohibido fraccionar el contrato para dividirlo en lotes. De ahí que lotificar el contrato es fraccionarlo. No podemos crear lotes con prestaciones que no constituyen o forman parte del objeto de ese contrato de esa prestación».

⁹² El artículo 118.3 de la LCSP exige que en «*el expediente se justificará que no se está alterando el objeto del contrato para evitar la aplicación de las reglas generales de contratación*». Como hemos señalado no es aplicable a las fundaciones el artículo 118 de la LCSP, pero sí lo es el artículo 99, por lo que la fundación debe poder acreditar que el objeto del contrato no ha sido objeto de fraccionamiento.

«los celebrados por entidades del sector público que siendo poder adjudicador no reúnan la condición de Administraciones Públicas». Y, como consecuencia, el artículo 27.2 de la LCSP determina que: «El orden jurisdiccional civil será el competente para resolver: a) Las controversias que se susciten entre las partes en relación con los efectos y extinción de los contratos privados de las entidades que tengan la consideración de poderes adjudicadores, sean o no Administraciones Públicas, con excepción de las modificaciones contractuales citadas en las letras b) y c) del apartado anterior».

La normativa concreta que se aplica a las fundaciones públicas en lo que afecta a los efectos y extinción se recoge en dos preceptos diferentes.

(i) En el apartado 3 del artículo 26 se dispone que los contratos privados de las fundaciones públicas: «En cuanto a sus efectos y extinción les serán aplicables las normas de derecho privado, y aquellas normas a las que se refiere el párrafo primero del artículo 319 en materia medioambiental, social o laboral, de condiciones especiales de ejecución, de modificación del contrato, de cesión y subcontratación, de racionalización técnica de la contratación; y la causa de resolución del contrato referida a la imposibilidad de ejecutar la prestación en los términos inicialmente pactados, cuando no sea posible modificar el contrato conforme a los artículos 204 y 205»⁹³.

(ii) Por su parte, el artículo 319 de la LCSP determina que:

«1. Los efectos y extinción de los contratos celebrados por los poderes adjudicadores que no pertenezcan a la categoría de Administraciones Públicas se regirán por normas de derecho privado. No obstante lo anterior, le será aplicable lo dispuesto en los artículos 201 sobre obligaciones en materia medioambiental, social o laboral; 202 sobre condiciones especiales de ejecución; 203 a 205 sobre supuestos de modificación del contrato; 214 a 217 sobre cesión y subcontratación; y 218 a 228 sobre racionalización técnica de la contratación; así como las condiciones de pago establecidas en los apartados 4.º del artículo 198, 4.º del artículo 210 y 1.º del artículo 243.

Asimismo, en los casos en que la modificación del contrato no estuviera prevista en el pliego de cláusulas administrativas particulares, siempre que su importe sea igual o superior a 6.000.000 de euros y la cuantía de la modificación, aislada o conjuntamente, fuera superior a un 20 por ciento del precio inicial del contrato, IVA excluido, será necesaria la autorización del Departamento ministerial u órgano de la administración autonómica o local al que esté adscrita o corresponda la tutela de

⁹³ El artículo 1.2 de la LCSP dispone que: «Es igualmente objeto de esta Ley la regulación del régimen jurídico aplicable a los efectos, cumplimiento y extinción de los contratos administrativos, en atención a los fines institucionales de carácter público que a través de los mismos se tratan de realizar». Como puede verse, en el caso de las fundaciones públicas no es de aplicación dicho régimen salvo las excepciones tasadas recogidas en el artículo 319.

la entidad contratante, previo dictamen preceptivo del Consejo de Estado u órgano consultivo equivalente de la Comunidad Autónoma.

2. En estos contratos será en todo caso causa de resolución la imposibilidad de ejecutar la prestación en los términos inicialmente pactados, cuando no sea posible modificar el contrato conforme a los artículos 204 y 205 así como la recogida en la letra i) del artículo 211.

A los contratos de concesión de obras y concesión de servicios les será de aplicación las causas de resolución establecidas en los artículos 279 y 294, para cada uno de ellos. No obstante lo anterior, el rescate de la obra o el servicio, la supresión de su explotación así como el secuestro o intervención de los mismos, se tendrá que acordar por el Departamento ministerial u órgano de la administración autonómica o local al que esté adscrita o corresponda la tutela del poder adjudicador»⁹⁴.

1. La no aplicación de la normativa de los efectos, cumplimiento y extinción de los contratos administrativos

El artículo 319 de la LCSP señala que no es aplicable, salvo las excepciones legales establecidas, la normativa de la LCSP que regula los efectos, cumplimiento y extinción de los contratos (arts. 188 a 217), ni el resto de normativa sobre los distintos tipos de contratos de las Administraciones Públicas (arts. 231 a 315) en la medida en que afecten al cumplimiento y efectos de los contratos. Así, por ejemplo, sí sería aplicable el artículo 310 de la LCSP referente a la contratación de las actividades docentes, en tanto es un precepto que alcanza a la adjudicación del contrato.

Lo anterior no es impedimento para que en los pliegos de condiciones jurídicas que se redacten remitan a preceptos de la LCSP referentes a los efectos del contrato pero siempre y cuando la propia naturaleza de la norma referida lo permita⁹⁵. Es decir, no podrán, por ejemplo, aplicar ninguna normativa que implique prerrogativas de la Administración.

⁹⁴ Como norma especial, el artículo 320 de la LCSP señala que para las fundaciones públicas «en los contratos de servicios consistentes en la elaboración íntegra de un proyecto de obra, se exigirá la responsabilidad del contratista por defectos o errores del proyecto, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 314». Es un precepto especial en tanto solo afecta a un objeto contractual.

⁹⁵ Así se establecía en la Instrucción 1/2008 de la AGE sobre contratación de las fundaciones del sector público estatal, sociedades mercantiles del Estado y entidades públicas empresariales dependientes de la Administración General del Estado.

2. *Fundaciones públicas y prerrogativas*

La Instrucción 3/2018 de la AGE advierte que las fundaciones públicas no disfrutan de las prerrogativas establecidas en el artículo 190 de la LCSP. Dichas prerrogativas son *«las de interpretar los contratos administrativos, resolver las dudas que ofrezca su cumplimiento, modificarlos por razones de interés público, declarar la responsabilidad imputable al contratista a raíz de la ejecución del contrato, suspender la ejecución del mismo, acordar su resolución y determinar los efectos de esta»*. Como puede verse, el artículo 190 hace expresa mención de los contratos administrativos, que quedan fuera del alcance de las fundaciones públicas. La Instrucción 3/2018 precisa que las fundaciones públicas *«carecen también de la facultad de acordar con fuerza obligatoria para la otra parte la resolución del contrato y determinar los efectos de ésta (autotutela declarativa), así como proceder ejecutivamente contra el contratista (autotutela ejecutiva), cuestiones que habrán de dirimirse, en caso de oposición del contratista, ante la jurisdicción civil»*. Anteriormente, la Instrucción 1/2008 advertía que: *«La facultad de acordar con fuerza de obligar a la otra parte la resolución del contrato y determinar los efectos de ésta (autotutela declarativa), así como de proceder ejecutivamente contra el contratista (autotutela ejecutiva) han de quedar excluidas. Cuestión distinta es que, ante situaciones que puedan dar lugar, según lo establecido en el pliego de cláusulas o condiciones particulares, a la resolución del contrato o a la adopción de medidas sobre los derechos económicos del contratista (exigencia de penalidades, etc.), éste no formule oposición, pudiendo en tal caso hacerse efectivas por la sociedad, fundación o entidad pública empresarial. En otro caso, es decir, de suscitarse oposición, la sociedad, fundación o entidad pública empresarial podrá declarar por su parte resuelto el contrato, acordar la imposición de penalidades, etc., pero en tal supuesto esa declaración o acuerdo, sobre no tener fuerza de obligar al contratista, dará lugar a que éste interponga la oportuna demanda ante el órgano jurisdiccional»*.

Dentro de las prerrogativas cabe hacer mención expresa de las penalidades. El artículo 194.2 dispone que: *«Las penalidades previstas en los dos artículos anteriores se impondrán por acuerdo del órgano de contratación, adoptado a propuesta del responsable del contrato si se hubiese designado, que será inmediatamente ejecutivo, y se harán efectivas mediante deducción de las cantidades que, en concepto de pago total o parcial, deban abonarse al contratista o sobre la garantía que, en su caso, se hubiese constituido, cuando no puedan deducirse de los mencionados pagos»*. Para el caso de las Administraciones Públicas, la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de Aragón ha señalado en su informe 8/2018 que la ejecutividad *«no implica que para su adopción se deba de obviar el trámite de audiencia del que debe disponer el contratista, a los efectos de constatar que la cuantía de la misma es acorde con los días de demora efectivamente producidos y poder realizar las alegaciones que*

considere oportunas al objeto de salvaguardar las exigencias del principio de contradicción que debe presidir todo procedimiento administrativo, sino que otorga a la administración la prerrogativa de deducir directamente las penalidades de las cantidades pendientes de pago o subsidiariamente de la garantía definitiva sin necesidad de acudir al auxilio de los tribunales». Por tanto, a contrario sensu, las fundaciones públicas no tienen la posibilidad de unilateralmente y coercitivamente detraer los importes debidos de las cantidades pendientes de pago. Si el contratista no está conforme, debería acudir a los tribunales civiles. En cualquier caso, debería regularse en los pliegos, tal y como aconseja el citado informe 8/2018, «un procedimiento sencillo para la tramitación de los expedientes de imposición que debería incluir al menos, propuesta del responsable del contrato —director de obra—, audiencia del contratista, propuesta jurídica y acuerdo del órgano de contratación».

Otra de las cuestiones que afectan a las prerrogativas, al menos en teoría, es la prórroga del contrato. El artículo 29.2 de la LCSP determina que: «La prórroga se acordará por el órgano de contratación y será obligatoria para el empresario, siempre que su preaviso se produzca al menos con dos meses de antelación a la finalización del plazo de duración del contrato». GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ (2017, p. 130) advierte que «la prórroga se viene configurando como una potestad de la Administración, en el sentido de algo obligatorio para el empresario» de tal manera que en «términos doctrinales, a veces se viene distinguiendo entre “prórroga contractual convencional” (que pactan las partes contratantes) y prórroga forzosa, que es la que decreta la Administración por motivos de continuidad del servicio público». Si la capacidad de exigir una prórroga obligatoria para el contratista se considera jurídicamente como una prerrogativa, parece que las fundaciones públicas no podrían exigir la misma de manera unilateral. Y en el ámbito privado no hay que olvidar que el artículo 1.256 del Código Civil prohíbe que el cumplimiento del contrato quede al arbitrio de una de las partes.

3. Obligaciones en materia medioambiental social o laboral (art. 201)

El artículo 319 señala que es de aplicación obligatoria lo dispuesto en el artículo 201 sobre obligaciones en materia medioambiental, social o laboral⁹⁶. Este precepto tiene como finalidad que las entidades del sector público garanticen que cumplen las condiciones aplicables en medio ambiente, en el

⁹⁶ GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ (2017, p. 662) advierte que el Consejo de Estado en el dictamen del anteproyecto de Ley de Contratos del Sector Público remitido el 23 de octubre de 2015 insistía en que esta regulación debía afectar tanto a la Administración pública como al resto de poderes adjudicadores que no son Administración.

ámbito social o laboral. Y especialmente relevante es el aspecto laboral, donde los *«incumplimientos o los retrasos reiterados en el pago de los salarios o la aplicación de condiciones salariales inferiores a las derivadas de los convenios colectivos que sea grave y dolosa, dará lugar a la imposición de las penalidades a que se refiere el artículo 192»*. Como puede verse, el artículo 201 obliga a un cumplimiento y, a la vez, vincula el mismo a la imposición de penalidades del artículo 192. Sin embargo, el artículo 192 no es de aplicación a las fundaciones públicas. De esta manera, se incurre en la incongruencia de exigir un régimen, el de las penalidades, que la propia norma no exige. Por el contrario, el artículo 319.2 ha determinado que sí es aplicable a las fundaciones el artículo 211.1(i) de la LCSP que establece como una causa de resolución *«el impago, durante la ejecución del contrato, de los salarios por parte del contratista a los trabajadores que estuvieran participando en la misma, o el incumplimiento de las condiciones establecidas en los Convenios colectivos en vigor para estos trabajadores también durante la ejecución del contrato»*⁹⁷. Sin embargo, siguiendo con la falta de coherencia normativa, el artículo 319.2 no hace referencia al artículo 212.1 pfo. segundo, que establece que la resolución del contrato por aplicación del artículo 211.1(i) *«solo se acordará, con carácter general, a instancia de los representantes de los trabajadores en la empresa contratista; excepto cuando los trabajadores afectados por el impago de salarios sean trabajadores en los que procediera la subrogación de conformidad con el artículo 130 y el importe de los salarios adeudados por la empresa contratista supere el 5 por ciento del precio de adjudicación del contrato, en cuyo caso la resolución podrá ser acordada directamente por el órgano de contratación de oficio»*. En teoría, al no ser aplicable el artículo 212 a las fundaciones, pasaría de estar en manos de los trabajadores la continuidad del contrato a estar en la voluntad de las partes del contrato, lo que no parece tener lógica jurídica.

Por tanto, la LCSP determina la obligatoriedad de verificar el cumplimiento de las obligaciones medioambientales, sociales y laborales en la ejecución del contrato a las fundaciones públicas conforme al artículo 201. A su vez, el artículo 201, apareja una serie de consecuencias, en forma de penalidades o incluso resolución, vinculada al incumplimiento, cuando, a su vez, establece que las normas sobre penalidades y resolución no son exigibles a las fundaciones. Se produce una contradicción derivada de una incorrecta regulación. A nuestro entender, lo esencial en el ámbito del Derecho son los efectos. De nada vale obligar a verificar el cumplimiento de ciertas obliga-

⁹⁷ El artículo 201 no hace mención de que el incumplimiento de las obligaciones vinculadas a materia medioambiental o social puedan ser calificadas como obligaciones contractuales esenciales a los efectos señalados en la letra f) del artículo 211.

ciones, si su incumplimiento no lleva aparejadas consecuencias jurídicas. Y esas consecuencias deben ser las establecidas en la normativa. Es decir, penalidades y causas de resolución. Ahora bien, las fundaciones tendrán la facultad de regular en función de su propio régimen particular, cómo operan esas penalidades y causas de resolución.

4. Condiciones especiales de ejecución de carácter social, ético, medioambiental o de otro orden (art. 202)

Tal y como se establece en el preámbulo de la norma, se incluyen en los contratos públicos consideraciones de tipo social, medioambiental y de innovación y desarrollo. Estas consideraciones podrán incluirse tanto al diseñarse los criterios de adjudicación, como criterios cualitativos para evaluar la mejor relación calidad-precio, o como condiciones especiales de ejecución, si bien su introducción está supeditada a que se relacionen con el objeto del contrato a celebrar. En particular, en el caso de las condiciones especiales de ejecución, la Ley impone la obligación al órgano de contratación de establecer en el pliego al menos una de las condiciones especiales de ejecución de tipo medioambiental, social o relativas al empleo que se listan en el artículo 202⁹⁸.

El artículo 202 es aplicable a las fundaciones públicas. Por tanto, deberán establecer, al menos, una de las condiciones especiales de ejecución. Como sucede cuando hacíamos mención del artículo 201, el artículo 202.3 dispone que se podrán establecer penalidades conforme al artículo 192.1 o bien atribuirles el carácter de condiciones esenciales a los efectos de resolución del

⁹⁸ Señala GALLEGO CÓRCOLES (2017) que un «límite que se ha reiterado es la prohibición de introducción de aquellas cláusulas que supongan una injerencia indebida en la política empresarial de la empresa». Como afirma el ATAPC Aragón de 30 de agosto de 2016, «En todo caso, no resultarán admisibles aquellas exigencias o estipulaciones que “fuercen” la vinculación exigible o que interfieran de forma indebida en la propia política empresarial de las empresas. La contratación pública puede estar al servicio de condiciones sociales, pero con el límite de no distorsionar la competencia, ni introducir controles indebidos en la gestión legítima de los intereses empresariales.

Los pliegos de una licitación pública no pueden exceder en su función regulatoria vinculada a la correcta ejecución del contrato y proyectar efectos sobre la organización de la empresa licitadora, imponiendo reglas sobre las que se carece de título competencial —como ha advertido el Tribunal Supremo, en su Sentencia núm. 1156/2016, de 18 de mayo, vía contrato público, no puede modularse la legislación laboral estatal— y que limitan indebidamente el derecho a la libertad de empresa en una economía social de mercado (art. 38 CE), para cuya protección el Tribunal Constitucional exige que las medidas de restricción sean proporcionadas e indispensables —STC 109/2003, de 3 de junio, fundamento 15—».

contrato⁹⁹. Sin embargo, ni el régimen de penalidades es aplicable a las fundaciones, ni tampoco son las causas de resolución.

5. *Los supuestos de modificación del contrato (arts. 203 a 205)*

El artículo 319 dispone que es obligatorio para las fundaciones públicas el régimen de modificación del contrato. Pero no remite al completo régimen jurídico de modificaciones, regulado en los artículos 203 a 207, sino que excluye los artículos 206 (obligatoriedad del contrato) y el 207 (especialidades procedimentales). Igualmente, en el artículo 319.2 de la LCSP se establece que será causa de resolución del contrato la imposibilidad de ejecutar la prestación en los términos inicialmente pactados, cuando no sea posible modificar el contrato conforme a los artículos 204 y 205. Este régimen se ve completado con una norma excepcional aplicable solo para la modificación de contratos; la jurisdicción contenciosa-administrativa será la competente para conocer de las controversias referidas a las modificaciones contractuales «cuando la impugnación de estas últimas se base en el incumplimiento de lo establecido en los artículos 204 y 205 de la presente Ley, cuando se entienda que dicha modificación debió ser objeto de una nueva adjudicación de los contratos celebrados por los poderes adjudicadores que no tengan la consideración de Administración Pública»¹⁰⁰.

La incorrecta técnica legislativa de la LCSP referida a los poderes adjudicadores no Administración Pública hace que, incluso, se cuestione el grado de aplicación de los artículos 203, 204 y 205. En dichos preceptos, se hace mención del concepto de Administración Pública¹⁰¹, lo que ha hecho que se

⁹⁹ El artículo 202.3 de la LCSP determina que: «Los pliegos podrán establecer penalidades, conforme a lo previsto en el apartado 1 del artículo 192, para el caso de incumplimiento de estas condiciones especiales de ejecución, o atribuirles el carácter de obligaciones contractuales esenciales a los efectos señalados en la letra f) del artículo 211. Cuando el incumplimiento de estas condiciones no se tipifique como causa de resolución del contrato, el mismo podrá ser considerado en los pliegos, en los términos que se establezcan reglamentariamente, como infracción grave a los efectos establecidos en la letra c) del apartado 2 del artículo 71». El artículo 192.1 dispone que: «Los pliegos o el documento descriptivo podrán prever penalidades para el caso de cumplimiento defectuoso de la prestación objeto del mismo o para el supuesto de incumplimiento de los compromisos o de las condiciones especiales de ejecución del contrato que se hubiesen establecido conforme al apartado 2 del artículo 76 y al apartado 1 del artículo 202. Estas penalidades deberán ser proporcionales a la gravedad del incumplimiento y las cuantías de cada una de ellas no podrán ser superiores al 10 por ciento del precio del contrato, IVA excluido, ni el total de las mismas superar el 50 por cien del precio del contrato».

¹⁰⁰ Esta cuestión, y las críticas que genera, ha sido analizada en el epígrafe IV de este trabajo (Jurisdicción competente y régimen de recursos).

¹⁰¹ Es necesario señalar que la Ley sí es precisa técnicamente en otros casos. El artículo 217 de la LCSP, que también es aplicable a las fundaciones públicas, hace mención de que:

defienda que «se ha pretendido establecer dos niveles distintos de rigidez, uno para contratos administrativos y otro para los contratos de los poderes adjudicadores no Administración Pública»¹⁰². Y lo cierto es que cuando una fundación pública acuda al régimen de los artículos 203 a 205 la primera referencia que se encuentra es la previsión general del artículo 203.1, donde se dispone que: «*Sin perjuicio de los supuestos previstos en esta Ley respecto a la sucesión en la persona del contratista, cesión del contrato, revisión de precios y ampliación del plazo de ejecución, los contratos administrativos solo podrán ser modificados por razones de interés público en los casos y en la forma previstos en esta Subsección, y de acuerdo con el procedimiento regulado en el artículo 191, con las particularidades previstas en el artículo 207*». Si bien el artículo 203 sí opera para las fundaciones públicas, lo cierto es que el artículo 191 no es aplicable al referirse a prerrogativas de las Administraciones que no tienen las fundaciones públicas, el artículo 207 está excluido por mor del 319 y el concepto de «*interés público*» es difícilmente predicable de las actividades de interés general que realizan las fundaciones públicas, al margen que de que la mención del artículo 190 sobre las prerrogativas de modificar los contratos «*por razones de interés público*» tampoco es aplicable por las fundaciones.

En cualquier caso, la LCSP establece dos ámbitos distintos que permiten modificar el contrato:

(i) En primer lugar, cuando las modificaciones no estén contempladas en los pliegos. Se trata de una serie de supuestos tasados recogidos en el artículo 205 que se vinculan a la potestad de la Administración de *exigir* dicha modificación, siendo obligatoria para el contratista (art. 206). En las fundaciones públicas, que no tienen prerrogativas ni potestades exorbitantes,

«*Las Administraciones Públicas y demás entes públicos contratantes...*». O, en otros casos, se limita a hacer referencia a los órganos de contratación (art. 214).

¹⁰² CODINA GARCÍA-ANDRADE (2018) señala que con relación al artículo 319 de la LCSP «puede plantear dudas el alcance de esta remisión a los artículos 203 y 205 LCSP/2017 y, en particular, si se deben entender aplicables estos preceptos incluso en aquellos apartados que se refieren expresamente a “contratos administrativos”». Parece razonable sostener que se ha pretendido establecer dos niveles distintos de rigidez, uno para contratos administrativos y otro para los contratos de los poderes adjudicadores no Administración Pública. Ello explicaría que, habiendo diseñado un mecanismo de remisión en el artículo 319 LCSP/2017, los artículos 203 a 205 LCSP/2017 en ocasiones utilicen expresamente el término «contratos administrativos» o «contratos de las Administraciones Públicas» y, en otras solo «órgano de contratación».

De esta manera, los contratos de los poderes adjudicadores no Administración Pública se someten a las reglas de formalización y publicación (art. 203.2 LCSP/2017), a unas previsiones algo más laxas sobre modificaciones previstas (solo aplicaría el art. 204.2 LCSP/2017) y a todas las previsiones de las modificaciones no previstas (art. 205 LCSP/2017).

no será posible exigir la modificación ni, por tanto, es necesario ningún procedimiento encaminado en este sentido, razón por la que ni el artículo 206 ni el artículo 207 son exigibles a las fundaciones públicas. En este sentido la Instrucción 3/2018 de la AGE defiende que «no surgirá, obviamente, ninguna cuestión si, cumpliéndose cualquiera de los supuestos que con arreglo al artículo 205 posibilitan la modificación del contrato, el poder adjudicador y el contratista acuerdan llevarla a término. De no aceptar el contratista la modificación, no asiste al poder adjudicador el derecho a exigirle la modificación del contrato». Por tanto, la modificación del contrato por aplicación del artículo 205 exige que se den las condiciones establecidas en dicho precepto y, además, que las dos partes acuerden su modificación. Si alguna de las partes no conviene en la modificación, deberá resolverse el contrato, tal y como dispone el artículo 319.2¹⁰³.

Un problema adicional de esta construcción es que el artículo 319.2 se limita a señalar que nos encontramos ante un supuesto de resolución, pero no hace mención a los *efectos* de la misma. El artículo 213.4 de la LCSP, aplicable sólo a las Administraciones Públicas, determina que en el caso de que la resolución se lleve a cabo por la imposibilidad de modificar el contrato [art. 211.1.g)] el «contratista tendrá derecho a una indemnización del 3 por ciento del importe de la prestación dejada de realizar, salvo que la causa sea imputable al contratista o este rechace la modificación contractual propuesta por la Administración al amparo del artículo 205». Esto ha hecho que se defienda que habrá «que estar, en cuanto a los efectos, a lo que establezca el Derecho civil, por lo que tampoco debe entenderse aplicable el límite indemnizatorio del 3 por ciento ni la ausencia de indemnización por oposición a la modificación» (CODINA GARCÍA-ANDRADE, 2018).

(ii) El segundo supuesto es el que hace referencia a las modificaciones previstas en los pliegos¹⁰⁴. En este caso, se ha planteado, como hemos seña-

¹⁰³ En cualquier caso, este régimen parece limitar el ámbito de aplicación de los recursos contenciosos-administrativos establecido en el artículo 27.1c) de la LCSP. En la medida en que es obligatoria la convención de las partes, parece que la legitimación para recurrir será, solo, la de un tercero que acredite interés legítimo y que pueda entender que no cabía la modificación sino una nueva adjudicación. Pero no parece que el propio contratista pudiera recurrir una vez acordada voluntariamente la modificación.

¹⁰⁴ CODINA GARCÍA-ANDRADE (2018) señala que para «considerar una modificación como prevista se debe cumplir un requisito formal (claridad y precisión) y otro material (contenido). El objetivo de estas exigencias es que los licitadores conozcan su alcance a la hora de presentar sus ofertas, pero también, hay que entenderlo como una exigencia que permite definir el reparto de los riesgos entre las partes contratantes.

Las cláusulas de modificación deben detallar su alcance, sus límites y su naturaleza, las condiciones en que podrá aplicarse, los presupuestos habilitantes —que deben poder comprobarse de manera objetiva— y el procedimiento. Así, por ejemplo, se entiende que se

lado, si el artículo 204.1 es de aplicación a las fundaciones públicas, en tanto su redacción hace referencia expresa a las Administraciones Públicas. Así, se ha llegado a afirmar que el límite del 20% solo es aplicable a los contratos administrativos (CODINA GARCÍA-ANDRADE, 2018). Por su parte, la Instrucción 3/2018 de la AGE advierte que «los requisitos exigidos por el artículo 204.1 de la LCSP son coincidentes con los requisitos establecidos por la jurisprudencia» para modificar los contratos¹⁰⁵. Ahora bien, continua señalando la Instrucción 3/2018 que si bien es posible que un poder adjudicador no Administración Pública recoja en el pliego la facultad de modificar el contrato por causas objetivas la falta de «potestad de autotutela (tanto declarativa como ejecutiva) obligará a aquél, de oponerse al contratista (o de suscitarse cualquier otra cuestión), a impetrar el auxilio judicial, ejercitando la oportuna acción ante la jurisdicción civil».

6. Modificación subjetiva (cesión de los contratos, art. 214)

El artículo 319 también exige a las fundaciones públicas la aplicación del artículo 214 referente a la cesión de los contratos. El artículo 214.1 de la LCSP determina que la «modificación subjetiva de los contratos solamente será posible por cesión contractual, cuando obedezca a una opción inequívoca de los pliegos, dentro de los límites establecidos en el párrafo siguiente». En principio, la única cuestión que cabe plantearse en el caso de las fundaciones públicas es si opera la autorización positiva por silencio administrativo. El artículo 214.2.a) dispone que es un requisito indispensable que «el órgano de contratación autorice, de forma previa y expresa, la cesión. Dicha autorización se otorgará siempre que

produce “confusión” si estas previsiones aparecen en el PPT en lugar del PCAP; se considera que se produce imprecisión e imposibilidad de verificación de la concurrencia de los presupuestos habilitantes de la modificación si la cláusula de modificación se limita a justificar modificaciones por “criterios de eficiencia y mejora de la calidad asistencial”; o, se considera que no deben admitirse cláusulas de estilo que recojan circunstancias previstas de modificación.

Además del límite máximo del 20 por ciento (que puede interpretarse como solo aplicable a los contratos administrativos), se impone un límite general a estas modificaciones: la modificación no puede alterar la “naturaleza global del contrato”.

¹⁰⁵ Señala la Instrucción 3/2018 de la AGE que el «artículo 1256 del Código Civil prohíbe que el cumplimiento del contrato quede al arbitrio de una de las partes, por lo que en aplicación de esta regla no sería posible, en principio, que una de las partes (poder adjudicador que no ostente la condición de Administración Pública) acuerde por su sola voluntad la modificación del contrato. Debe indicarse, sin embargo, que la jurisprudencia del Tribunal Supremo (sentencias de 3 de marzo de 1992 y 9 de enero de 1995) ha precisado el alcance de dicha regla, declarando que es admisible y, por tanto, no contraviene esa proposición legal, que en el contrato se reserve una de las partes la facultad de ejercitar un derecho siempre que se cumplan las dos siguientes condiciones; a) que se determine de forma objetiva los casos en que la parte que se reserva esa facultad pueda decidir por su sola voluntad el ejercicio del derecho; y b) que se determine con precisión el alcance o contenido del derecho que se reserva».

se den los requisitos previstos en las letras siguientes. El plazo para la notificación de la resolución sobre la solicitud de autorización será de dos meses, transcurrido el cual deberá entenderse otorgada por silencio administrativo». A nuestro parecer, la figura del silencio administrativo no es aplicable a los contratos firmados por los poderes adjudicadores no Administración Pública. Debe entenderse que, en cualquier caso, es necesaria una autorización expresa del órgano de contratación para poder proceder a la cesión, salvo que en el pliego se establezca otra cosa.

7. Subcontratación (arts. 215 a 217)

El artículo 319 también exige a los poderes adjudicadores no Administración Pública la aplicación de la normativa sobre la subcontratación. Las cuestiones que caben plantearse sobre esta regulación son las siguientes:

(i) La disposición adicional quincuagésima primera de la LCSP regula los pagos directos a los subcontratistas disponiendo que: *«Sin perjuicio de lo previsto en los artículos 216 y 217 y siempre que se cumplan las condiciones establecidas en el artículo 215, el órgano de contratación podrá prever en los pliegos de cláusulas administrativas, se realicen pagos directos a los subcontratistas»*. El artículo 319 no remite a dicha disposición adicional por lo que, en principio, no es de aplicación a las fundaciones públicas. La cuestión que cabría preguntarse es si las fundaciones pueden recoger dicha cláusula en sus pliegos en virtud del principio de libertad de pactos (art. 34 de la LCSP). A nuestro parecer, la respuesta es negativa. El artículo 215.4 de la LCSP determina que los *«subcontratistas quedarán obligados solo ante el contratista principal que asumirá, por tanto, la total responsabilidad de la ejecución del contrato frente a la Administración»*. Y el artículo 1.257 del CC dispone que: *«Los contratos sólo producen efecto entre las partes que los otorgan»*. El subcontratista no es parte del contrato y no puede establecerse el pago directo a quien no es parte del contrato.

(ii) Relacionado con lo anterior se encuentra la denominada acción directa. El artículo 215.8 de la LCSP establece que *«los subcontratistas no tendrán acción directa frente a la Administración contratante por las obligaciones contratadas con ellos por el contratista como consecuencia de la ejecución del contrato principal y de los subcontratos»*¹⁰⁶. Como puede verse, el texto legal es claro al emplear el término Administración y no, como hace, por ejemplo, el artículo 217, a las Administraciones y *«demás entes públicos contratantes»*. Uno de los problemas

¹⁰⁶ Se evita la aplicación del artículo 1.597 del CC (*«Los que ponen su trabajo y materiales en una obra ajustada alzadamente por el contratista, no tienen acción contra el dueño de ella sino hasta la cantidad que éste adeude a aquél cuando se hace la reclamación»*).

teóricos que presentaba la acción directa en el ámbito de la contratación pública con la Administración es que la jurisdicción competente es la contenciosa cuando la acción directa correspondía a la jurisdicción ordinaria. Y ese problema no se plantea en el ámbito de las fundaciones públicas, en tanto la jurisdicción que conoce de los efectos del contrato es la civil¹⁰⁷.

(iii) El artículo 216.5, que regula la obligación de utilizar la factura electrónica entre el subcontratista y el contratista principal no es de aplicación en el caso de los contratos suscritos con fundaciones públicas. Como veremos posteriormente, entendemos que la Ley 25/2013, de 27 de diciembre, de impulso de la factura electrónica y creación del registro contable de facturas en el Sector Público, no es aplicable a los poderes adjudicadores que se rigen por Derecho privado¹⁰⁸.

8. Supuestos sobre racionalización técnica de los contratos (arts. 218 a 228)

El artículo 319.1 de la LCSP también declara como preceptiva la aplicación de los artículos 218 a 228 sobre la racionalización técnica de la contratación. Se trata de los acuerdos marco, sistemas dinámicos de adquisición y centrales de contratación. No presenta, a nuestro juicio, ninguna especialidad que pueda afectar a las fundaciones públicas en su calidad de poder adjudicador no Administración Pública.

9. La no aplicación del régimen de facturas electrónicas (arts. 189.4 y 210.4)

El artículo 319 de la LCSP hace mención de que las fundaciones públicas deberán aplicar las condiciones de pago establecidas en los artículos 198.4 y 210.4. Y en ambos preceptos se hace mención de la obligación de presentar la factura en el registro administrativo correspondiente en los términos establecidos¹⁰⁹. Por su parte, la disposición adicional trigésima segunda de la LCSP señala que el contratista tendrá obligación de presentar la factura «ante

¹⁰⁷ Sobre la acción directa en la contratación pública *vide* VÁZQUEZ MATILLA (2011).

¹⁰⁸ *Vide infra* el punto 9 de este apartado X [La no aplicación del régimen de facturas electrónicas (arts. 189.4 y 210.4)].

¹⁰⁹ En el artículo 198.4 de la LCSP se determina que: «Para que haya lugar al inicio del cómputo de plazo para el devengo de intereses, el contratista deberá haber cumplido la obligación de presentar la factura ante el registro administrativo correspondiente en los términos establecidos en la normativa vigente sobre factura electrónica, en tiempo y forma...». De la misma forma, el artículo 201.4 dispone que «si la Administración Pública recibe la factura con posterioridad a la fecha en que tiene lugar dicha recepción, el plazo de treinta días se contará desde su correcta presentación por el contratista en el registro correspondiente en los términos establecidos en la normativa vigente en materia de factura electrónica».

el correspondiente registro administrativo a efectos de su remisión al órgano administrativo o unidad a quien corresponda la tramitación de la misma». Nos encontramos ante una norma de remisión a la Ley 25/2013, de 27 de diciembre, de impulso de la factura electrónica y creación del registro contable de facturas en el Sector Público. En dicha Ley, el ámbito de aplicación subjetivo (art. 2) es el siguiente:

«1. Lo previsto en la presente Ley será de aplicación a las facturas emitidas en el marco de las relaciones jurídicas entre proveedores de bienes y servicios y las Administraciones Públicas.

2. A los efectos de lo previsto en esta Ley tendrán la consideración de Administraciones Públicas los entes, organismos y entidades a que se refiere el artículo 3.2 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, así como las mutuas de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales de la Seguridad Social, en el ejercicio de su función colaboradora en la gestión de la Seguridad Social».

La LCSP no ha modificado la Ley 25/2013. Por el contrario, ha derogado el TRLCSP al que hace mención el artículo 2 de la Ley 25/2013. Pero el artículo 3.2 del TRLCSP se refería al concepto de Administración Pública en sentido estricto, frente al concepto de poder adjudicador que se aplicaba en el artículo 3.3 del TRLCSP. Por tanto, cabe entender que con la nueva Ley de Contratos la aplicación sigue siendo la misma, y no alcanza la Ley 25/2013 a las fundaciones del sector público.

Por tanto, cuando el artículo 318 remite a los artículos 198.4 y 210.4 lo hace de una manera inexacta. En las fundaciones públicas no puede operar la presentación en el registro público. Por tanto, los plazos deberán computarse desde que se *reciba* la factura por cualquier medio permitido en Derecho, lo que incluye la remisión por correo electrónico si así se admite en el pliego y la confirmación por parte de la fundación¹¹⁰.

Por otra parte, el artículo 319 también remite al régimen aplicable del artículo 243.1 de la LCSP. En el mismo se dispone que:

«A la recepción de las obras a su terminación y a los efectos establecidos en esta Ley, concurrirá un facultativo designado por la Administración representante de esta, el facultativo encargado de la dirección de las obras y el contratista asistido, si lo estima oportuno, de su facultativo.

¹¹⁰ En estos casos, si se admitiera la remisión de la factura por correo electrónico, debería diseñarse un dirección de correo electrónica específica que diera una respuesta automática de que el correo ha llegado al servidor de la fundación.

Dentro del plazo de tres meses contados a partir de la recepción, el órgano de contratación deberá aprobar la certificación final de las obras ejecutadas, que será abonada al contratista a cuenta de la liquidación del contrato en el plazo previsto en esta Ley».

Cabe entender que lo que se exige a las fundaciones públicas, en el caso del contrato de obras, es que el plazo máximo para la certificación final de obras debe ser de tres meses desde la recepción, a los efectos de que no se pueda dilatar los plazos finales de pago.

XI. Instrucciones internas de contratación

Hasta la entrada en vigor de la LCSP 9/2017, las fundaciones del sector público que eran poderes adjudicadores se regían, para los contratos no armonizados, por las instrucciones internas de contratación que en cada caso se aprobaban. En el Preámbulo de la LCSP se determina que: *«En el Libro III se recoge la regulación de los contratos de poderes adjudicadores no Administración Pública, en donde la principal novedad es la supresión de las instrucciones de contratación, así como del resto de entes del sector público que no tengan el carácter de poderes adjudicadores, estableciéndose claramente la regulación que les resulta aplicable. En efecto, como se ha dicho antes, se suprimen para los contratos no sujetos a regulación armonizada las instrucciones en el caso de los poderes adjudicadores no Administraciones Públicas, debiendo adjudicar estos contratos por los mismos procedimientos establecidos para dichas Administraciones Públicas, si bien se les permite utilizar de forma indistinta cualesquiera de ellos»*¹¹¹. Y, de hecho, en los artículos 316 a 320 de la LCSP no aparece referencia alguna a estas instrucciones de contratación, cuando sí se recogen en otros supuestos, como en el artículo 321 con relación a las entidades del sector público que no tengan el carácter de poder adjudicador.

La Recomendación de la Junta Consultiva de Contratación del Estado de 28 de febrero de 2018 señala que las instrucciones internas han quedado suprimidas y que se *«veda la posibilidad de que los poderes adjudicadores aprueben voluntariamente instrucciones internas para aclarar el régimen de contratación no armonizada que les resulta aplicable, prohibición que debe alcanzar a cualquier efecto jurídico frente a terceros —en este caso los licitadores de los procedimientos de contratación—. Únicamente cabría admitir la existencia de instrucciones a los efectos meramente internos y organizativos. Por el contrario, el régimen procedimental y sustantivo*

¹¹¹ La Recomendación de la Junta Consultiva de 28 de febrero de 2018 señala que: *«Esta nueva regulación supone la supresión para este tipo de contratos de la aplicabilidad de las instrucciones internas en el caso de los poderes adjudicadores que no sean Administraciones Públicas».*

*de la selección del contratista será exclusivamente el definido por la norma legal respecto del procedimiento escogido para la licitación, siendo estos aspectos a los que cualquier instrucción interna no puede alcanzar eficazmente... Por lo tanto, en caso de que se aprobasen instrucciones internas, con el fin de salvaguardar la seguridad jurídica, debe contemplarse en ellas expresamente su eficacia meramente interna, reproduciendo el mandato del artículo 318.b), y explicitando que su aprobación no desplaza la aplicación obligatoria de los correspondientes preceptos legales». Y de la misma manera se pronuncia la Instrucción 3/2018 de la AGE, señalando que las instrucciones internas de contratación han quedado suprimidas. Advierte, igualmente, la posibilidad de aprobar voluntariamente unas instrucciones internas, pero «a efectos meramente internos, explicativos y, especialmente, organizativos», de tal manera que en el caso de «aprobarse instrucciones (lo que, se insiste, ya no contempla ni regula la LCSP), las propias instrucciones deberían declarar expresamente su eficacia meramente interna, reproducir el mandato del artículo 318.b), y explicitar que su aprobación no desplaza la aplicación obligatoria de los correspondientes preceptos legales; por lo demás, tales instrucciones o documentos internos, de eficacia, se insiste, meramente interna, no serían oponibles frente a terceros licitadores, ni deben ser objeto de publicación en el perfil del contratante». También a favor de una eficacia *ad intra* se pronuncia (GIMENO FELIU, 2018)¹¹².*

Jurídicamente no existe impedimento en aprobar instrucciones con efectos meramente organizativos e internos, sin efectos jurídicos frente a terceros. No existe obligación de publicarlas en el perfil del contratante de la fundación, sin perjuicio de que por aplicación de transparencia (art. 1), se pueda hacer público¹¹³. Por tanto, aun en el caso de que se aprobaran, no se podría fundar un recurso contencioso-administrativo (art. 27.1.c de la LCSP) basado en cuestiones que puedan afectar a la preparación o adjudicación que sean de aplicación interna.

¹¹² La disposición transitoria quinta (Instrucciones internas de contratación) dispone que: «Los entes a los que se refiere el Título Tercero deberán adaptar sus instrucciones internas de contratación a lo establecido en los artículos 318 y 321 en el plazo máximo de cuatro meses desde la entrada en vigor de la presente Ley. Hasta entonces, seguirán contratando de conformidad con sus instrucciones vigentes, siempre que no contradigan lo establecido en los citados artículos». Parecería del texto que las Instrucciones siguen vigentes para los PANAP. Sin embargo, se trata de una disposición descoordinada, que no se adaptó a los trámites parlamentarios, ya que en las primeras versiones de la norma sí aparecían como obligatorias las instrucciones internas (GIMENO FELIU, 2018). Tanto la AGE como la Junta Consultiva mantienen que dicha disposición se entiende limitada a las entidades del sector público que no tienen el carácter de poder adjudicador (art. 321).

¹¹³ Se podría considerar, con base en el artículo 70.4 de la Ley 39/2015, de Procedimiento Administrativo Común, que nos encontramos ante informes meramente internos y que formalmente no forman parte del «expediente administrativo».

Cuestión distinta es si es o no conveniente tener unas instrucciones internas¹¹⁴. VIDAL MONFERRER (2018, p. 1.011) entiende que para los contratos no sujetos a regulación armonizada resulta recomendable la aprobación de unas instrucciones donde se recojan los trámites a los que el poder adjudicador quiera someterse en materia de preparación sin tener que aplicar la rigurosidad de las normas establecidas para las Administraciones Públicas. ARROYO (2018) entiende si bien «la aprobación de las IIC no es obligatoria para los poderes adjudicadores no Administración Pública, sí que estas son necesarias y altamente recomendables con la obligada finalidad de armonizar los distintos procedimientos que puedan utilizar, de forma indistinta, los sujetos obligados. De lo contrario se obligaría al órgano de contratación a decidir en cada contrato proyectado el procedimiento correspondiente con las concretas especificaciones que se considerasen oportunas para cada caso. Como apuntaba la Secretaría General Técnica del Ministerio de Fomento, los procedimientos utilizados han ser los previstos en la Ley, pero se pueden utilizar en supuestos distintos a los fijados en la norma. Además, no debemos olvidar que estas IIC podrían regular aspectos concretos concernientes a la preparación de los contratos, ya que no todos los preceptos de la Ley son aplicables a los poderes adjudicadores, no Administración Pública —p. ejemplo, composición de la Mesa de contratación; garantías; contenido del expediente de contratación—».

A nuestro juicio, es conveniente regular y aprobar unas instrucciones internas de contratación, donde se puede abordar las cuestiones que afectan a la preparación del contrato, o que tengan que ver con opciones legales de las fundaciones públicas (como las garantías o la elección de los procedimientos de contratación), la composición de los comités técnicos de contratación, contratos menores, las distintas áreas involucradas en la preparación y seguimiento, la determinación de los órganos de contratación en función del régimen de poderes, etc. En cualquier caso, y con base en los principios de buena administración y eficiencia, la aprobación de estas instrucciones debe adecuarse a la propia estructura de la fundación, en función de su capacidad real de administración para lograr una gestión eficiente con los medios disponibles.

XII. Perfil del contratante en las fundaciones públicas

Hemos dejado para uno de los últimos epígrafes de este estudio el perfil del contratante para las fundaciones públicas. La razón es que para su valo-

¹¹⁴ El Consejo de Estado, en su Dictamen 1.116/2015, examinado el anteproyecto de Ley de Contratos del Sector Público, abogaba porque estas instrucciones fueran preceptivas.

ración era conveniente haber analizado las especificidades de la LCSP para este tipo de poder adjudicador no Administración Pública con el objeto de poder valorar algunas exigencias de la norma¹¹⁵. En lo que afecta a este trabajo, es necesario examinar en qué medida cierta información del artículo 63 es exigible a las fundaciones públicas con relación a los contratos no sometidos a regulación armonizada cuando ésta se fundamenta en la aplicabilidad de la sección vinculada a la preparación del contrato (arts. 115 a 135).

(i) Si bien el artículo 63.2 exige que estén disponibles las *«instrucciones internas de contratación»*, cabe entender que no es aplicable a las fundaciones públicas, tal y como mantiene la AGE y la Junta Consultiva, al conceder a las mismas efectos meramente organizativos e internos.

(ii) Exige también el artículo 63 información sobre *«la memoria justificativa del contrato»*. Esta memoria remite al artículo 116.4, que exige que se justifique en el expediente «e) *La necesidad de la Administración a la que se pretende dar satisfacción mediante la contratación de las prestaciones correspondientes; y su relación con el objeto del contrato, que deberá ser directa, clara y proporcional»*. Sin embargo, no hay que olvidar que el artículo 28 (sobre necesidad e idoneidad del contrato y eficiencia en la contratación) sí aplica a todos los poderes adjudicadores, exigiendo que los contratos sean necesarios e idóneos. Por tanto, sí bien debe quedar constancia de la necesidad del contrato, en-

¹¹⁵ Con relación al perfil del contratante el expediente 59/2018 de la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado hace mención al cuándo es necesario publicar la información, partiendo de la base que finalidad de la Ley es asegurar la transparencia y el acceso público a los documentos correspondientes. *«Por tanto, si atendemos a los documentos mencionados en el apartado a) podemos sentar como regla general que la publicación en el perfil debe realizarse tan pronto como sea necesario que los interesados puedan acceder a la información, de modo que la memoria justificativa del contrato, el informe de insuficiencia de medios en el caso de contratos de servicios, la justificación del procedimiento utilizado para su adjudicación cuando se utilice un procedimiento distinto del abierto o del restringido, el pliego de cláusulas administrativas particulares y el de prescripciones técnicas que hayan de regir el contrato o documentos equivalentes, en su caso, y el documento de aprobación del expediente deben publicarse con el primer acto en que un potencial licitador pueda tener interés en acceder a la documentación preparatoria del contrato, acto que será, en general, el anuncio de la convocatoria de la licitación»*. Y con relación a los mencionados en la letra e) del artículo 63 (número e identidad de los licitadores participantes en el procedimiento, las actas de la mesa de contratación, las resoluciones del servicio u órgano de contratación correspondiente, el informe de valoración de los criterios de adjudicación cuantificables mediante un juicio de valor de cada una de las ofertas, los informes sobre las ofertas incurso en presunción de anormalidad y la resolución de adjudicación del contrato) *«todas ellas sin excepción deberán estar disponibles en el momento de adjudicarse el contrato pero, además, alguna de ellas podría tener relevancia a los efectos de una posible impugnación anterior a este hito procedimental... lo que procede es publicar la información en cuanto sea posible y si, como se plantea en la consulta, es necesario realizar trámites previos antes de la publicación en el perfil del contratante, tan pronto como todos esos trámites previos finalicen»*.

tendemos que debe limitarse al ámbito interno, sin que sea necesaria su publicación en el perfil del contratante al ser una exigencia vinculada al artículo 116.

(iii) Debe publicarse también el *«informe de insuficiencia de medios en el caso de contratos de servicios»*. En este caso, el marco legal es más complejo. El artículo 116.4 exige que se justifique en el expediente *«e) La necesidad de la Administración a la que se pretende dar satisfacción mediante la contratación de las prestaciones correspondientes; y su relación con el objeto del contrato, que deberá ser directa, clara y proporcional»*. Pero, además, el artículo 30.3 de la LCSP determina que: *«La prestación de servicios se realizará normalmente por la propia Administración por sus propios medios. No obstante, cuando carezca de medios suficientes, previa la debida justificación en el expediente, se podrá contratar de conformidad con lo establecido en el Capítulo V del Título II del Libro II de la presente Ley»*. Se trata de una remisión a los artículos 308 a 315. En concreto, el artículo 308.2 dispone que: *«En ningún caso la entidad contratante podrá instrumentar la contratación de personal a través del contrato de servicios, incluidos los que por razón de la cuantía se tramiten como contratos menores»*. A las fundaciones públicas sí les aplica el artículo 30.3. Pero no se les aplica ni el artículo 116, ni tampoco el artículo 308, que está excluido por mor del artículo 319 de la LCSP. A nuestro entender, al remitir de manera expresa el artículo 30.3 al 308, que no es aplicable a las fundaciones públicas, conlleva que no se debe publicar en el perfil del contratante ningún informe de insuficiencia de medios.

(iv) El artículo 63 exige también *«la justificación del procedimiento utilizado para su adjudicación cuando se utilice un procedimiento distinto del abierto o del restringido»*. En el caso de las fundaciones del sector público, y al existir libertad de elección del procedimiento por aplicación del artículo 318.b), entendemos que tampoco será aplicable.

(v) Tampoco es exigible que se publique el *«documento de aprobación del expediente»*, al ser un documento exigido en fase de preparación (art. 117).

(vi) Es obligatoria la publicación del *«pliego de cláusulas administrativas particulares y el de prescripciones técnicas que hayan de regir el contrato o documentos equivalentes»*. Estos documentos se ubican en fase de preparación (arts. 116.3 y 121 a 130). En este caso, las fundaciones no están obligadas a publicar unos pliegos con los contenidos que exigen los artículo 121 y siguientes, pero sí está obligados a publicar los pliegos como elemento esencial de la propia adjudicación. Como señalamos anteriormente, el artículo 35.2, el artículo 122.4 y el 139.1 exigen que las fundaciones aprueben unos pliegos que

serán la Ley del contrato y que deben ser conocidos por todos los licitadores¹¹⁶.

(vii) El perfil del contratante exige la publicación de la composición de las mesas de contratación y de sus actas. En el caso de las fundaciones públicas, al no ser aplicable la normativa sobre mesas de contratación no sería exigible ningún deber sobre los órganos que internamente pudieran asumir sus funciones.

Las anteriores obligaciones de publicidad no son, a nuestro parecer, exigibles a las fundaciones públicas, sin perjuicio de que puedan publicar, si así lo estimaran, esta información o cualquier otra, al regular el artículo 63 la información mínima que debe proveerse.

XIII. Publicación de los contratos superiores a 5.000 euros y los anticipos de caja fija

Una de las cuestiones esenciales en la nueva LCSP, vinculada a la publicidad y transparencia, es la de la publicación de los contratos. El artículo 63.4 determina que la publicación de la información relativa a los contratos menores deberá realizarse al menos trimestralmente. Y solo están excluidos *«aquellos contratos cuyo valor estimado fuera inferior a cinco mil euros, siempre que el sistema de pago utilizado por los poderes adjudicadores fuera el de anticipo de caja fija u otro sistema similar para realizar pagos menores»*. El artículo 335 ordena remitir a los órganos de fiscalización correspondientes (el Tribunal de Cuentas en el Estado) *«una relación del resto de contratos celebrados incluyendo los contratos menores, excepto aquellos que siendo su importe inferior a cinco mil euros se satisfagan a través del sistema de anticipo de caja fija u otro sistema similar para realizar pagos menores»*. Por último, el artículo 346.3 dispone que se han de remitir al Registro de Contratos del Sector Público, los datos básicos de todos los contratos excepto *«aquellos cuyo precio fuera inferior a cinco mil euros, IVA incluido, siempre que el sistema de pago utilizado por los poderes adjudicadores fuera el de anticipo de caja fija u otro sistema similar para realizar pagos menores»*.

Cómo puede verse, la LCSP hace mención de un concepto que se incardina en el Derecho presupuestario (anticipo de caja fija) para la no publicación y que no es de aplicación a los poderes adjudicadores que se rijan en la gestión de sus cuentas por Derecho privado. Las fundaciones públicas aplican sistemas de pagos privados y formulan sus cuentas con los cánones

¹¹⁶ *Vid. supra* apartado V (expediente de contratación en los contratos no sometidos a regulación armonizada).

de las entidades privadas. Y en este acervo no existe el concepto de anticipo de caja fija ni existe un sistema similar para realizar este tipo de pagos. Y no existe un sistema asimilable porque en las entidades privadas no hay diferencias entre los sistemas de pagos.

La cuestión que se plantea es cómo se aplica el límite de los 5.000 euros (IVA excluido) a las fundaciones. En principio, caben tres opciones. Una primera interpretación, sería que, al no haber un concepto de anticipo de caja fija en Derecho privado, las fundaciones públicas tienen que publicar y remitir la totalidad de los contratos realizados, con independencia de cuál sea su importe, al no existir una excepción legal. Una segunda posibilidad sería su contraria. No habría que publicar ningún contrato inferior a 5.000 euros. Se podría argumentar que siendo el nivel de sujeción de las fundaciones públicas a la LCSP de una menor rigurosidad que el que se aplica a las Administraciones Públicas (*vide* el Dictamen 1.116/2015 del Consejo de Estado), y teniendo en consideración que sus contratos se han excluido del régimen de contratos menores (318 de la LCSP), no sería necesario comunicar ningún contrato por importe superior a 5.000 euros. La tercera opción sería acudir a los mismos conceptos en el ámbito privado que por analogía que se pueden emplear en los anticipos de caja fija.

El concepto de anticipo de caja fija se recoge en el artículo 78 de la Ley General Presupuestaria, Ley 47/2003, que determina que:

«1. De acuerdo con lo preceptuado en esta Ley y en su desarrollo reglamentario, los ministros y los presidentes o directores de los organismos autónomos, previo informe de su Intervención Delegada en ambos casos, establecerán, en el ámbito de sus respectivas competencias, las normas que regulan los pagos satisfechos mediante anticipos de caja fija, determinando los criterios generales de los gastos que puedan ser satisfechos por tal sistema, los conceptos presupuestarios a los que serán aplicables los límites cuantitativos establecidos para cada uno de ellos, su aplicación al presupuesto y cuantas estimaciones se consideren oportunas.

Se entienden por anticipos de caja fija las provisiones de fondos de carácter extrapresupuestario y permanente que se realicen a pagadurías, cajas y habilitaciones para la atención inmediata y posterior aplicación al capítulo de gastos corrientes en bienes y servicios del presupuesto del año en que se realicen, de gastos periódicos o repetitivos».

Dejando al margen las delegaciones que se hacen a los distintos agentes en la configuración del procedimiento, hay una delimitación objetiva del concepto en tanto se hace mención del «capítulo de gastos corrientes en bienes y servicios del presupuesto del año en que se realicen, de gastos periódicos o repetitivos». En el artículo 1 del Real Decreto 725/1989, de 16 de junio, sobre anticipos

de Caja fija, se señala que la «*aplicación al capítulo de gastos corrientes en bienes y servicios del presupuesto del año en que se realicen, de gastos periódicos o repetitivos, como los referentes a dietas, gastos de locomoción, material no inventariable, conservación, tracto sucesivo y otros de similares características. Estos anticipos de Caja fija no tendrán la consideración de pagos a justificar*». En el artículo 2.3 se señala que no podrán realizarse con cargo al anticipo de caja fija pagos individualizados superiores a 5.000 euros «*excepto los destinados a gastos de teléfono, energía eléctrica, combustibles o indemnizaciones por razón del servicio*» y continúa señalando que a «*efectos de aplicación de estos límites, no podrán acumularse en un solo justificante pagos que se deriven de diversos gastos, ni fraccionarse un único gasto en varios pagos*»¹¹⁷.

Por tanto, el criterio delimitador que es necesario analizar es el carácter de periódico o repetitivo. Así, en el Informe de la Intervención General de la Comunidad de Madrid de 31 de mayo de 2006 (Tramitación del pago de las Tasas por la publicación e inserción de anuncios no repercutibles al contribuyente en el BOCM) advierte que: «*La enumeración, que no es cerrada, permite inducir un concepto genérico de “gastos periódicos y repetitivos” necesario para valorar el alcance práctico del sistema. Se trata de los que pudiéramos llamar gastos ordinarios de funcionamiento de los servicios, que se materializan en una serie de prestaciones sucesivas, para cuya gestión no estaría justificado ni acaso sería posible seguir los laboriosos procedimientos administrativos ordinarios. La nota que modula, a efectos del ordenamiento presupuestario, el concepto de gasto periódico y repetitivo, se centra en su imputación al capítulo de gastos corrientes en bienes y servicios del presupuesto del año*». Por su parte, el Acuerdo de 21 de junio de 2017, del Pleno del Tribunal Constitucional, en materia de anticipos de caja fija dispone en su artículo 1 que alcanza a «*las obligaciones de carácter periódico o repetitivo, como las referentes a dietas, gastos de locomoción y otras indemnizaciones por razón del servicio, material no inventariable, comunicaciones, suministros y servicios, mantenimiento y reparación y, en general, de las comprendidas en los conceptos integrados en el capítulo segundo del Presupuesto de gastos del Tribunal Constitucional*». En definitiva, como señala FUEYO BROS (2014, p. 77), la «*nota que identifica el tipo de gasto periódico y repetitivo es su posible imputación al capítulo II de los presupuestos (gastos corrientes y de servicios). Se trata siempre de gastos ordinarios de funciona-*

¹¹⁷ Con relación al límite del 5.000 euros, el artículo 151 de la Ley General Presupuestaria, Ley 47/2003, determina que no están sometidos a fiscalización previa de la Intervención General de la Administración del Estado «*los gastos menores de 5.000 euros cuyo pago se realice mediante el procedimiento especial de anticipo de caja fija, regulado en el artículo 78 de esta Ley*». Es decir, no es necesaria la verificación del cumplimiento de los requisitos legales necesarios para la adopción del acuerdo, mediante el examen de todos los documentos que, preceptivamente, deban estar incorporados al expediente (art. 150).

miento que se materializan en prestaciones sucesivas que son habituales y repetitivas, para cuya gestión no estaría justificado, ni acaso sería posible, seguir los complejos procedimientos ordinarios (Pascual, 2009, pp. 659-660)».

Como puede verse, el concepto de anticipo de caja fija remite al Derecho presupuestario. Se pueden hacer anticipos de caja fija con relación a los gastos del capítulo segundo del presupuesto, capítulo que en la contabilidad pública alcanza a los gastos corrientes de bienes y servicios¹¹⁸. En la Resolución de 20 de enero de 2014, de la Dirección General de Presupuestos, por la que se establecen los códigos que definen la clasificación económica, se definen los «gastos corrientes en bienes y servicios» de la siguiente manera:

«Este capítulo recoge los recursos destinados a atender los gastos corrientes en bienes y servicios, necesarios para el ejercicio de las actividades del Estado, organismos autónomos, agencias estatales y otros organismos públicos que no originen un aumento de capital o del patrimonio público.

Son imputables a este capítulo los gastos originados por la adquisición de bienes que reúnan algunas de las características siguientes:

- a) Ser bienes fungibles.*
- b) Tener una duración previsiblemente inferior al ejercicio presupuestario.*
- c) No ser susceptibles de inclusión en inventario.*
- d) Ser, previsiblemente, gastos reiterativos.*

No podrán imputarse a los créditos de este capítulo los gastos destinados a satisfacer cualquier tipo de retribución, por los servicios prestados o trabajos realizados por el personal dependiente de los departamentos, organismos autónomos, agencias estatales y otros organismos públicos respectivos, cualquiera que sea la forma de esa dependencia.

Además se aplicarán a este capítulo los gastos en bienes de carácter inmaterial que puedan tener carácter reiterativo, no sean susceptibles de amortización y no estén directamente relacionados con la realización de las inversiones».

La citada Resolución describe los gastos que incluidos en este capítulo; Arrendamientos y cánones; Reparaciones, mantenimiento y conservación; Material de oficina (siempre que no sea inventariable); Suministros (energía,

¹¹⁸ La Resolución de 20 de enero de 2014, de la Dirección General de Presupuestos, por la que se establecen los códigos que definen la clasificación económica, recoge una clasificación económica sobre el presupuestos de gastos, distinguiendo entre varios capítulos (1. Gastos de Personal; 2. Gastos Corrientes en Bienes y Servicios; 3. Gastos Financieros; 4. Transferencias Corrientes; 5. Fondo de Contingencia y Otros Imprevistos; 6. Inversiones Reales; 7. Transferencias de Capital; 8. Activos Financieros; 9. Pasivos Financieros).

agua, vestuario, alimentación); Comunicaciones (gastos por servicios telefónicos, servicios postales y telegráfico); Transportes; Atenciones protocolarias y representativas (publicidad y propaganda, gastos jurídicos y contenciosos); Reuniones, conferencias y cursos; Trabajos realizados por otras empresas y profesionales (Limpieza y aseo, seguridad); Indemnizaciones por razón del servicio (Dietas; Locomoción; Traslado); Gastos de publicaciones; Compras, suministros y otros gastos relacionados con la actividad.

Tomando en consideración la regulación de los anticipos de caja fija en el Derecho público es necesario volver a analizar las posibles interpretaciones sobre la aplicación del límite de los 5.000 euros, IVA excluido, para las fundaciones públicas. Como hemos señalado, el fundamento de los anticipos de caja fija radica en que en que para operaciones habituales y repetitivas no estaría justificado seguir los complejos procedimientos ordinarios. Ese inconveniente no opera en las fundaciones en tanto no existe un procedimiento complejo normal (la fiscalización previa). Pero dicho argumento nada tiene que ver para la publicidad, ya que la información está a disposición de la Administración. La LCSP ha excluido de publicidad y remisión de los contratos inferiores a 5.000 euros pagados por el sistema de anticipo de caja fija. No existiría razón jurídica en obligar a las fundaciones del sector público a que sí la aportaran la misma información que tienen las Administraciones Públicas. Por tanto, entendemos que no es posible obligar a los poderes adjudicadores no Administración Pública a comunicar la totalidad de los contratos sin aplicar el umbral del los 5.000 euros.

La segunda opción, que es a mi juicio la más razonable, supondría que las fundaciones no tienen que aportar ningún contrato, sea del tipo que sea, por importe superior a 5.000 euros. Hay que tener en consideración que las operaciones incluidas en el capítulo segundo de gastos corrientes en bienes y servicios es ya, en sí misma, muy amplia, y lo que se propone es que al tener estos poderes adjudicadores un grado de sujeción inferior a la LCSP esto suponga que la exclusión se amplíe a todos los contratos.

La tercera opción es la de buscar los conceptos análogos en la contabilidad privada a los empleados en el capítulo segundo de gastos corrientes en bienes y servicios y, no remitir los que sean similares. Esta solución quizá sea la más *segura* para los gestores de las fundaciones públicas, en tanto supone aplicar analógicamente conceptos de la contabilidad pública. A efectos prácticos, supondría que todos los conceptos incluidos en el plan de contabilidad de las entidades sin fines lucrativos en el denominado grupo 6 (compras y gastos), que alcanza a los gastos que tienen su origen en el aprovisionamiento de bienes destinados a la actividad y que comprende también todos los

gastos del ejercicio, incluidas las adquisiciones de servicios y de materiales consumibles. El límite sería los bienes que se activan en el grupo 2 (activo no corriente). A efectos prácticos, esto supondrá que todos la adquisición de bienes inferiores a 5.000 euros que no sean inventariables no se publicarán.

Queda, por último, interpretar, cuándo se supera dicho umbral de 5.000 euros. El artículo 2.3 del Real Decreto 725/1989, de 16 de junio, sobre anticipos de Caja fija determina que: *«A efectos de aplicación de estos límites, no podrán acumularse en un solo justificante pagos que se deriven de diversos gastos, ni fraccionarse un único gasto en varios pagos»*. Y no hay que olvidar las dificultades de interpretación que existen con relación a la interpretación del contrato menor del artículo 118 y el objeto del contrato. La postura más conservadora sería entender que si por un mismo objeto y un mismo proveedor se supera el importe de los 5.000 euros en varios gastos sucesivos, en el momento de superar dicho umbral habría que publicar la totalidad de los contratos adjudicados hasta la fecha. Es decir, si se adquiere durante cada mes desde enero hasta octubre 400 euros de un material no inventariable, y en el mes de noviembre se adquieren 2.000 euros, sería en ese momento en el que habría obligación de publicar todas las adquisiciones anteriores.

XIV. Responsabilidad de los gestores de las fundaciones públicas

La disposición adicional vigésima octava de la LCSP (responsabilidad de las autoridades y del personal al servicio de las Administraciones Públicas) determina que:

«1. La responsabilidad patrimonial de las autoridades y del personal al servicio de las Administraciones Públicas derivada de sus actuaciones en materia de contratación pública, tanto por daños causados a particulares como a la propia Administración, se exigirá con arreglo a lo dispuesto en la Ley 40/2015, de 1 de octubre, del Régimen Jurídico del Sector Público, así como en la normativa reglamentaria de desarrollo de la misma.

2. La infracción o aplicación indebida de los preceptos contenidos en la presente Ley por parte del personal al servicio de las Administraciones Públicas dará lugar a responsabilidad disciplinaria, que se exigirá conforme a la normativa específica en la materia».

La Ley 40/2015, al regular la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas en sus artículos 32 y siguientes hace referencia al concepto estricto de Administración Pública. Sin embargo, en el artículo 35 dispone que: *«Cuando las Administraciones Públicas actúen, directamente o a través de una entidad de derecho privado, en relaciones de esta naturaleza, su responsabilidad*

se exigirá de conformidad con lo previsto en los artículos 32 y siguientes, incluso cuando concurra con sujetos de derecho privado o la responsabilidad se exija directamente a la entidad de derecho privado a través de la cual actúe la Administración o a la entidad que cubra su responsabilidad». Este artículo no cubre cualquier actuación de los entes privados. Por el contrario, se ha entendido que debe limitarse a aquellos supuestos en los que ejerza potestades administrativas o actividades propiamente de servicio público¹¹⁹. Y el artículo 128.2 de la Ley 40/2015 dispone que las fundaciones del sector público estatal puedan «coadyuvar a la consecución de los fines de las mismas, sin que ello suponga la asunción de sus competencias propias, salvo previsión legal expresa. Las fundaciones no podrán ejercer potestades públicas». Por tanto, parece que los supuestos en que se podría exigir la responsabilidad patrimonial de las fundaciones del sector público se limitaría a los casos donde realizaran actividades propias de servicios público.

Cuando la Ley 40/2015 regula la responsabilidad de las autoridades y personal al servicio de las Administraciones Públicas (arts. 36 y 37) hace mención al concepto de Administración Pública y, a su vez, el artículo 36.2 dispone que: «La Administración correspondiente, cuando hubiere indemnizado a los

¹¹⁹ RODRÍGUEZ CARBAJO (2017) sostiene que: «Las entidades de derecho privado vinculadas o dependientes de las Administraciones Públicas (sociedades mercantiles y fundaciones del sector público) sólo quedan sujetas en todo caso a las normas de la LRJSP “cuando ejerzan potestades administrativas” (art. 2.2 b) LRJSP). Es decir, habrá que verificar si la lesión patrimonial a indemnizar ha sido o no ocasionada por la entidad de derecho privado en el ejercicio de potestades administrativas o, al menos, dentro de una actividad que pueda considerarse de servicio público y no de mera producción de bienes y servicios en el mercado; solo en los supuestos singulares en que esa entidad privada del sector público ejerza potestades administrativas o actividades propiamente de servicio público podrá estimarse que existe una actuación de la Administración Pública a través de una entidad privada perteneciente a su sector público a los efectos de poder aplicar el artículo 35 de la LRJSP... Por el contrario, cuando nos encontremos ante una entidad de derecho privado perteneciente al sector público sin más, es decir, que no ejerza competencias o potestades administrativas, entendemos que su actividad dañosa no podrá ser reconducida a la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas». Por el contrario, este autor si entiende que sería aplicable el supuesto de «daños ocasionados a terceros por alguna de esas entidades cuando actúa como medio propio y servicio técnico de los poderes adjudicadores».

CARAZA CRISTÍN (2016, p. 295) advierte que las fundaciones del sector público «en principio, se someten, de acuerdo con su naturaleza jurídica, a un sistema de responsabilidad de tipo culpabilístico. El orden jurisdiccional competente para resolver las controversias que se susciten es el civil. Sin embargo, si durante el ejercicio de una función pública o la gestión de un servicio público estas fundaciones causan un daño, deberá levantarse el velo de la personalidad jurídica y responder por aquel objetivamente ante el orden jurisdiccional contencioso-administrativo, puesto que el artículo 106.2 CE consagra la garantía patrimonial para todo aquel ciudadano que sufra un daño como consecuencia del funcionamiento de un servicio público, entendido este en un sentido amplio».

lesionados, exigirá de oficio en vía administrativa de sus autoridades y demás personal a su servicio la responsabilidad en que hubieran incurrido por dolo, o culpa o negligencia graves, previa instrucción del correspondiente procedimiento». De la misma manera, la disposición adicional vigésima octava de la LCSP hace mención a la responsabilidad patrimonial de las autoridades y del personal al servicio de las Administraciones Públicas. Y, a nuestro parecer, la disposición adicional vigésima octava no es aplicable a las fundaciones públicas, sino que se limita a aquellos que tengan la condición de personal al servicio de las Administraciones Públicas con arreglo a los artículos 8 y siguientes del Estatuto Básico del Empleado Público. En este sentido, el párrafo segundo del artículo 135 de la Ley 40/2015, referida a las fundaciones del sector público estatal, establece que: «*La responsabilidad que le corresponda al empleado público como miembro del patronato será directamente asumida por la entidad o la Administración General del Estado que lo designó. La Administración General del Estado podrá exigir de oficio al empleado público que designó a esos efectos la responsabilidad en que hubiera incurrido por los daños y perjuicios causados en sus bienes o derechos cuando hubiera concurrido dolo, o culpa o negligencia graves, conforme a lo previsto en las leyes administrativas en materia de responsabilidad patrimonial*». Como puede verse, la responsabilidad se limita sólo a los «*empleados públicos como miembros del patronato*» y no alcanza a terceros. Es decir, el carácter de empleado público es previo al del patrono. Y el personal y los empleados de las fundaciones del sector público están sometidos al Estatuto de los Trabajadores¹²⁰. No sería, por tanto, exigible la responsabilidad patrimonial determinada en la disposición adicional vigésima octava de la LCSP a todo el personal vinculado por una relación laboral. Si se pueden plantear más problemas con los patronos sean designados por razón de su cargo en la función pública.

XV. Los encargos a las fundaciones públicas como medios propios

No es objeto de este trabajo analizar el régimen jurídico de los encargos de los poderes adjudicadores a medios propios personificados, que se excluyen de la LCSP al entenderse que no tiene la consideración de contratos (art. 32). Pero sí entendemos que es necesario hacer algunas menciones a las especialidades que pueden afectar a las fundaciones del sector público.

(i) El artículo 32.2.b) exige, para poder tener la condición de medio propio personificado, que «*más del 80 por ciento de las actividades del ente destinatario del encargo se lleven a cabo en el ejercicio de los cometidos que le han sido*

¹²⁰ Sobre la Ley 40/2015, las fundaciones públicas y el régimen laboral nos remitimos a otro trabajo nuestro (BLÁZQUEZ LIDOY, 2016, pp. 345 y ss.)

confiados por el poder adjudicador», debiendo tomar en consideración distintos indicadores (como la relación de los gastos por servicios prestados al poder adjudicador con relación a la totalidad de los gastos) referido a los tres ejercicios anteriores.

Dicho requisito, presenta dos problemas en el ámbito fundacional. El primero, que afecta a la propia definición de fundación. Con arreglo a la Ley 50/2002, de Fundaciones: «*En ningún caso podrán constituirse fundaciones con la finalidad principal de destinar sus prestaciones al fundador o a los patronos*» (art. 3.3), «*deberán perseguir fines de interés general*» (art. 3.1) y la «*finalidad fundacional debe beneficiar a colectividades genéricas de personas*» (art. 3.2) ¿Cumple con la Ley de Fundaciones una fundación que va a prestar el 80 por 100 de sus actividades a su fundador? A nuestro entender, es más que dudoso. La consideración de medio propio de un poder adjudicador pone entredicho el propio concepto de fundación. El segundo problema al que cabe hacer mención es el que afecta a la posibilidad de aplicar la Ley 49/2002, de régimen fiscal de las entidades sin fines lucrativos y de los incentivos fiscales al mecenazgo. Conforme al artículo 3.4 de dicha Ley es preceptivo que «*los fundadores, asociados, patronos, representantes estatutarios, miembros de los órganos de gobierno y los cónyuges o parientes hasta el cuarto grado inclusive de cualquiera de ellos no sean los destinatarios principales de las actividades que se realicen por las entidades, ni se beneficien de condiciones especiales para utilizar sus servicios*». A nuestro parecer, es difícilmente conciliable que para ser medio propio se deba realizar el 80 por 100 con el hecho de que los fundadores y patronos no sean los destinatarios principales de sus actividades.

(ii) La letra c) del artículo 32.2 exige también para ser medio propio personificado que: «*Cuando el ente destinatario del encargo sea un ente de personificación jurídico-privada, además, la totalidad de su capital o patrimonio tendrá que ser de titularidad o aportación pública*». La redacción del precepto incluye el término patrimonio, que sí es aplicable a las fundaciones, de tal manera que parece exigirse que la totalidad del *patrimonio* de la fundación sea de *aportación pública*¹²¹. Sin embargo, la redacción plantea dudas interpretativas. En el caso de una sociedad mercantil, el texto legal identifica el término *capital*, que tiene un alcance mucho menor que el de patrimonio. En el caso de las fun-

¹²¹ Advierten LOZANO CUTANDA y FERNÁNDEZ PUYOL (2018) que «con la referencia tanto al “capital” como al “patrimonio” y tanto a la “titularidad” como a la “aportación”, claramente se exige que, cuando se trate de fundaciones, su patrimonio provenga exclusivamente de aportaciones públicas. Se impide, de esta forma, que las fundaciones constituidas por capital parcialmente privado puedan constituirse como medios propios, aun cuando en atención a su régimen de control y a otros factores se consideren fundaciones del sector público».

daciones, el artículo 19.1 dispone que: «*El patrimonio de la fundación está formado por todos los bienes, derechos y obligaciones susceptibles de valoración económica que integren la dotación, así como por aquellos que adquiera la fundación con posterioridad a su constitución, se afecten o no a la dotación*». El patrimonio lo componen la totalidad de bienes y derechos de valoración económica de una fundación. Y exigir que todos estos bienes tengan una aportación pública resulta casi imposible. Eso supondría que cualquier donación de terceros, o, incluso, cualquier prestación de servicios a terceros, haría que parte del patrimonio no tuviera origen público. A nuestro entender, hay que entender que lo único que puede exigir la Ley es que la totalidad de la dotación sea de aportación pública. Cualquier otra interpretación supondría vulnerar el propio concepto de fundación y de la finalidad de la LCSP¹²².

(iii) También es necesario para poder tener la condición de medio propio personificado que «*ejerza sobre el ente destinatario de los mismos un control, directo o indirecto, análogo al que ostentaría sobre sus propios servicios o unidades*» [art. 31.2.a)]. Dicha verificación solo puede hacerse mediante un análisis de los estatutos. Y, a nuestro entender, exigiría que el poder adjudicador tenga el control de los derechos de voto necesario para tomar cualquier decisión. Es decir, no es suficiente con tener la mayoría de los miembros del patronato si, por ejemplo, hay acuerdos que requieren mayorías cualificadas o, incluso, otros patronos pudieran tener mayor voto ponderado. Lo que se debe exigir es que para cualquier decisión, el poder adjudicador tenga los votos suficientes.

(iv) Por último, es necesario hacer una referencia a las tarifas que debe satisfacer el poder adjudicador. El artículo 31.2.a) determina que las «*tarifas se calcularán de manera que representen los costes reales de realización de las unidades producidas directamente por el medio propio*». La Ley determina que lo que se satisface es coste, por lo que en ningún caso se contempla un posible beneficio para la fundación. Y lo cierto es que esa previsión parece casar mal con

¹²² El párrafo segundo del considerando 32 de la Directiva 2014/24/ sobre contratación pública advierte que: «*La excepción debe extenderse a situaciones en las que exista participación directa de un operador económico privado en el capital de la persona jurídica controlada, puesto que, en esas circunstancias, la adjudicación de un contrato público sin un procedimiento de licitación ofrecería al operador económico privado con participación en el capital de la persona jurídica controlada una excesiva ventaja respecto a sus competidores...*». Como puede comprobarse, el fundamento de la exclusión radica en que el privado que participa en capital tiene una ventaja respecto a sus competidores. Desde esa perspectiva, ni el concepto de patrimonio fundacional, ni el concepto de dotación fundacional deberían tener incidencia en la definición de medios propios. Las fundaciones son patrimonios adscritos a fines. El origen de la dotación o del patrimonio debe ser indiferente, en tanto es un concepto que nada tiene ver con una posible ventaja a competidores en las licitaciones.

la regulación de la autocontratación en las fundaciones. El artículo 34 del Reglamento de Fundaciones, RD 1337/2005, exige que se aporte una «*Memoria explicativa de las circunstancias concurrentes, entre las que se incluirán las ventajas que supone para la fundación efectuar el negocio jurídico con un patrono*», y que el valor de la contraprestación que deba recibir la fundación debe resultar «*equilibrado*». Y, a nuestro juicio, limitar el importe a recibir a los costes reales, eliminando cualquier margen o beneficio, ni es equilibrado ni supone ninguna ventaja para la fundación. De hecho, en el ámbito tributario, nos encontraríamos ante una operación vinculada que debería valorarse por su precio de mercado.

XVI. Convenios de las fundaciones del sector público

Relacionado con los contratos se encuentran los convenios. La exclusión de los convenios trae causa de la propia definición de contrato. El artículo 2.1 de la Ley 9/2007 determina que:

«Son contratos del sector público y, en consecuencia, están sometidos a la presente Ley en la forma y términos previstos en la misma, los contratos onerosos, cualquiera que sea su naturaleza jurídica, que celebren las entidades enumeradas en el artículo 3.

Se entenderá que un contrato tiene carácter oneroso en los casos en que el contratista obtenga algún tipo de beneficio económico, ya sea de forma directa o indirecta.

De la misma forma, el párrafo 3 artículo 47.1 de la Ley 40/2015, de Régimen Jurídico del Sector Público, determina que: «*Los convenios no podrán tener por objeto prestaciones propias de los contratos. En tal caso, su naturaleza y régimen jurídico se ajustará a lo previsto en la legislación de contratos del sector público*». Y en su párrafo primero identifica como nota definitoria de los convenios que sean «*para un fin común*». Por tanto, lo que define al contrato frente al convenio es la *onerosidad* identificada como beneficio económico. De esta manera, cuando ninguna de las partes obtenga un beneficio de la otra parte, al estar ambas en un proyecto de carácter conjunto sin relación sinalagmática, no habrá contrato sino convenio.

En el caso de que no haya contrato, las Administraciones Públicas están obligadas a aplicar el régimen de los artículos 47 a 53 de la ley 40/2015. El artículo 47.1 exige en su primer párrafo que una de las partes sea una «*Administraciones Públicas, los organismos públicos y entidades de derecho público vinculados o dependientes o las Universidades públicas*». Las fundaciones públicas no son organismos de derecho público. Por tanto, el ámbito de aplicación de los convenios de la Ley 40/2015 no se aplica cuando una fundación del sector

publico suscribe un contrato con una entidad sometida al Derecho privado. Lo anterior no obsta a que una fundación del sector público no pueda suscribir convenio que no esté sometido a la LCSP. Será la naturaleza de las aportaciones de ambas partes lo que delimite la existencia de un convenio¹²³.

Bibliografía citada

- ARROYO, A. (2018), «La adjudicación de los contratos no armonizados por los poderes adjudicadores, no Administración Pública en la nueva Ley de Contratos del Sector público», *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 2 (ejemplar obtenido en soporte electrónico y sin paginar).
- BLANCO LÓPEZ, F. (2018), «La interpretación del contrato menor. El mayor bochorno», *Observatorio de Contratación Pública* (7 de mayo de 2018), <http://www.obcp.es/index.php/mod.opiniones/mem.detalle/id.360/recategoria.208/reلمenu.3/chk.6e8389bb7f42ddd65bd20dcaaaa68763>.
- BLÁZQUEZ LIDOY, A. (2016), «Fundaciones del sector público tras su reforma por la Ley 40/2015: análisis de la legislación básica», en AA.VV., DE LORENZO, R., PEÑALOSA ESTEBAN, PIÑAR MAÑAS, J. L. (coords.), *Nuevo tratado de fundaciones*, Aranzadi, Pamplona.
- CANALES GIL, A., y HUERTA BARAJAS, J. A. (2018), *Comentarios a la Ley 9/2017, de Contratos del Sector Público*, Boletín Oficial del Estado, Madrid.
- CARAZA CRISTÍN, M. M. (2016), *La responsabilidad patrimonial de la administración y su relación con los estándares de calidad de los servicios públicos*, Instituto Nacional de Administración Pública, Madrid.
- CODINA GARCÍA-ANDRADE, X. (2018), «La modificación objetiva de los contratos del sector público en la nueva LCSP», *Contratación Administrativa Práctica*, núm. 153 (ejemplar obtenido en soporte electrónico y sin paginar).

¹²³ Puede verse, por ejemplo, el Dictamen de la Abogacía General del Estado de 23 de abril de 2007 donde se afirma que «el convenio de colaboración tiene como punto de partida un supuesto preciso, cual es la existencia de dos (o más) partes que tienen competencias o funciones concurrentes, al menos complementarias, sobre una misma realidad material o, lo que es igual, persiguen fines comunes, cuya consecución se articula mediante la puesta en común y de forma coordinada por ambas partes de medios personales, materiales o de ambos para la obtención de esa finalidad común, de la que resultan así ser cogestoras, participando igualmente de forma común o conjunta en el resultado obtenido; todo ello hace que la nota característica de esta figura sea, como lo denota su propia denominación, la cooperación o colaboración de las partes por razón precisamente de esa comunidad de fines». Igualmente, MOREO MARROIG (2010, p. 84) advierte que: «El objeto del convenio no consiste en la ejecución material de una prestación a cambio de un precio ni se puede identificar a una de las partes del convenio como órgano de contratación, “cliente” que encarga, y a la otra como contratista que ejecuta. Las partes no tienen interés patrimonial sino que se trata de establecer una colaboración institucional para llevar a cabo una actuación en respuesta de objetivos compartidos».

- DE ASIS ROIG, R. (1995), *Jueces y Normas (La decisión judicial desde el Ordenamiento)*, Marcial Pons, Madrid.
- DEL SAZ, S. (2018), «El régimen jurídico de los contratos del sector público. Contratos administrativos y contratos privados (arts. 24, 25 26 y 27 LCSP/2017)», en AA.VV., GIMENO FELIU (dir.), *Estudio sistemático de la Ley de contratos del Sector Público*, Aranzadi, Pamplona.
- DÍEZ SASTRE, S. (2017a), ¿El nuevo régimen de los contratos menores se aplica a todos los entes del sector público?, en la página web Instituto de Derecho Local-UAM (<http://www.idluam.org/blog/?p=490>).
- (2017b), «Ejes de la reforma y nueva sistemática de la Ley 9/2017, de Contratos del Sector Público: el régimen jurídico aplicable», en la página web <https://www.fmc.cat/documents/23829/doc/Ponencia-Diez.pdf>.
- (2018a), «La invalidez de los contratos públicos», en AA.VV., GIMENO FELIU (dir.), *Estudio sistemático de la Ley de contratos del Sector Público*, Aranzadi, Pamplona.
- (2018b), «Juntas Consultivas y contratos menores», en la página web Instituto de Derecho Local-UAM <http://www.idluam.org/blog/juntas-consultivas-y-contratos-menores-silvia-diez-sastre/>.
- EZQUIAGA, F. J. (1994), «Argumentos interpretativos y postulado del legislador racional», *Isonomía: Revista de Teoría y Filosofía del Derecho*, núm. 1.
- FERNÁNDEZ ACEVEDO, R. (2018) «El recurso especial en materia de contratación: procedimiento y resolución. El nuevo reparto jurisdiccional», *Contratación Administrativa Práctica*, núm. 153 (ejemplar obtenido en soporte electrónico y sin paginar).
- FUEYO BROS, M. (2014), «Los pagos a justificar y los anticipos de caja fija en el ámbito de las administraciones locales», *Auditoría Pública*, núm. 63.
- GALLEGO CÓRCOLES, S. (2017) «Las cláusulas sociales como criterio de adjudicación», *Contratación Administrativa Práctica*, núm. 152 (ejemplar obtenido en soporte electrónico y sin paginar).
- (2018a), «Los procedimientos abierto, restringido, licitación con negociación, negociado sin publicidad y diálogo competitivo», en AA.VV., GIMENO FELIU (dir.), *Estudio sistemático de la Ley de contratos del Sector Público*, Aranzadi, Pamplona.
- (2018b), «El procedimiento abierto simplificado y el procedimiento “simplificado”», *Contratación Administrativa Práctica*, núm. 153 (ejemplar obtenido en soporte electrónico y sin paginar).
- GARCÍA DE LA ROSA, C. (2018), «El recurso especial en materia de contratación en la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público», *La Ley*, núm. 9187 (ejemplar obtenido en soporte electrónico y sin paginar).
- GIMENO FELIU, J. M. (2017), «La nueva Ley de Contratos del Sector Público: un nuevo escenario para la contratación pública», *El Consultor de los Ayuntamientos*, núm. 23 (ejemplar obtenido en soporte electrónico y sin paginar).

- (2018), «A propósito de la contratación de los poderes adjudicadores no Administración Pública en la ley 9/2017, de contratos del sector público», *Observatorio de Contratación Pública* (7 de febrero de 2018), <http://www.obcp.es/index.php/mod.opiniones/mem.detalle/id.345/relcategoria.208/reلمenu.3/chk.e113ad2d337abdb1c-2b860a0263b1b81>.
- (2018a), «Primeras modificaciones parciales a la Ley de Contratos del Sector Público 9/2017», *Observatorio de Contratación Pública* (4 de julio de 2018), <http://www.obcp.es/index.php/mod.opiniones/mem.detalle/id.414/relcategoria.208/reلمenu.3/chk.904aae91fa8ae9c332ed270c919e84b0>.
- GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ, S. (2017), *Tratado de Derecho Administrativo. Tomo III. Contratación pública comentarios a la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público*, Civitas, Madrid.
- LOZANO CUTANDA, B., y FERNÁNDEZ PUYOL, I. (2018), «La nueva Ley de Contratos pone coto a la utilización instrumental por los poderes adjudicadores de los encargos a medios propios», en la página web de Gomez-Acebo Pombo, <https://www.google.es/search?q=medio+propio+personificado+fundaciones+p%C3%BAbllicas&ei=cQFsW87BN8PLwQLnyoK4Aw&start=0&sa=N&biw=1075&bih=569&dpr=1.5>.
- LUCENA VALENCIA, J. (2018), «La regulación de la nueva LCSP para los PANAP en la preparación de los contratos no SARA», *Observatorio de Contratación Pública* (30 de abril de 2018), <http://www.obcp.es/index.php/mod.opiniones/mem.detalle/id.346/relcategoria.208/reلمenu.3/chk.b7f41ab05734197a51b991a4021af1d3>.
- MADRIGAL ESTEBAN, M.J., y MARTÍNEZ SALDAÑA, D. (2015), «La subrogación de trabajadores y la sucesión de empresa en el ámbito de la contratación pública» *Actualidad Jurídica Uría Menéndez*, núm. 40, <https://www.uria.com/documentos/publicaciones/4745/documento/art03.pdf?id=5933>.
- MARTÍNEZ FERNÁNDEZ, J. M. (2017), «La imprescindible necesidad de anticipación para afrontar las limitaciones a los contratos menores que impone la nueva ley de contratos del sector público», *El Consultor de los Ayuntamientos*, núm. 20 (ejemplar obtenido en soporte electrónico y sin paginar).
- (2018), «La transparencia en la contratación pública», en AA.VV., GIMENO FELIU (dir.), *Estudio sistemático de la Ley de contratos del Sector Público*, Aranzadi, Pamplona.
- MORENO MOLINA, J. A. (2017), «Novedades en relación con los principios generales de la contratación pública», *El consultor de los Ayuntamientos*, núm. 23 (ejemplar obtenido en soporte electrónico y sin paginar).
- MOREO MARROIG, T. (2010), «Los convenios. Distinción entre las tres figuras jurídicas: subvención, contrato, convenio», *Auditoría Pública*, núm. 50.
- MOREU CARBONELL, E. (2018), «El expediente de contratación», en AA.VV., GIMENO FELIU (dir.), *Estudio sistemático de la Ley de contratos del Sector Público*, Aranzadi, Pamplona.

- PLEITE GUADAMILLAS, F. (2011), «Mesas de contratación en una entidad de Derecho Público, poder adjudicador, no Administración Pública», *Contratación Administrativa Práctica*, núm. 108 (ejemplar obtenido en soporte electrónico y sin paginar).
- RAZQUIN LIZARRAGA, M. M.^a, y VÁZQUEZ MATILLA, F. J. (2017), *La adjudicación de contratos públicos en la nueva Ley de Contratos del Sector Público*, Aranzadi, Pamplona.
- RODRÍGUEZ CARBAJO, J. R. (2017), «La responsabilidad patrimonial de Derecho Privado de las Administraciones Públicas», *Actualidad Administrativa*, núm. 1 (ejemplar obtenido en soporte electrónico y sin paginar).
- RUIZ DAIMIEL, M. (2018), «El responsable del contrato en la nueva Ley de Contratos del Sector Público», *Observatorio de Contratación Pública* (18 de junio de 2018), <http://www.obcp.es/index.php/mod.opiniones/mem.detalle/id.353/recategoria.208/remenu.3/chk.79fe7a7c95024ad38c66488d998e60a8>.
- SANTAMARÍA PASTOR, J. A. (1998), *Fundamentos de Derecho Administrativo*, Ramón Areces, Madrid.
- TEJEDOR BIELSA, J. (2018), «Del contrato menor, la interpretación rampante y la perplejidad del gestor público...», en <http://www.administracionpublica.com/> (9 de marzo de 2018), <https://www.administracionpublica.com/del-contrato-menor-la-interpretacion-rampante-y-la-perplejidad-del-gestor-publico/>.
- VÁZQUEZ MATILLA, F. J. (2011), «El impedimento legal de ejercer la acción directa en contratos del sector público», *Observatorio de Contratación Pública* (3 de octubre de 2011), <http://www.obcp.es/index.php/mod.opiniones/mem.detalle/id.25/recategoria.121/remenu.3/chk.e99aa48999d5983f009196451fe5616a>.
- (2018), «El fraccionamiento del contrato. Ausencia de regulación en la LCSP y necesidad de definición», *Contratación Administrativa Práctica*, núm. 156 (ejemplar obtenido en soporte electrónico y sin paginar).
- VIDAL MONFERRER, R. (2018), «Los contratos del sector público no administración pública», en AA.VV., PALOMAR OJEDA y GARCÉS SAN AGUSTÍN (dirs.), *Comentarios a la Ley de Contratos del Sector Público*, La Ley, Madrid.
- YÁÑEZ DÍAZ, C. (2018), «Régimen jurídico de las garantías en la contratación pública», en AA.VV., GIMENO FELIU (dir.), *Estudio sistemático de la Ley de contratos del Sector Público*, Aranzadi, Pamplona.