

¿El fin de la 'huida del Derecho Administrativo'?

POR BEATRIZ GARCÍA Abogada de Derecho Administrativo y Litigación en Pérez-Llorca

A escasas fechas de aprobar la Ley de Contratos del Sector Público por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo, 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014 -hasta ahora, el 'Proyecto de Ley' o la 'Nueva Ley de Contratos'-, son muchas las voces que están analizando sus principales novedades. Una de estas novedades afecta, sin lugar a dudas, al ámbito subjetivo de aplicación del Proyecto de Ley. Sobre esta cuestión ha tenido gran incidencia el Derecho de la Unión Europea y también la reciente Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público (la LRJSP).

A escasas fechas de aprobar la Ley de Contratos del Sector Público por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo, 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014 -hasta ahora, el Proyecto de Ley o la Nueva Ley de Contratos-, son muchas las voces que están analizando sus principales novedades.

Una de estas novedades afecta, sin lugar a dudas, al ámbito subjetivo de aplicación del Proyecto de Ley. Sobre esta cuestión ha tenido gran incidencia el Derecho de la Unión Europea y también la reciente Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público -la LRJSP-.

En una primera lectura del precepto que regula el ámbito subjetivo de aplicación del Proyecto de Ley

podemos comprobar que el tradicional esquema de los círculos concéntricos se sigue manteniendo en vigor.

Así, dentro del sector público, seguirán existiendo entidades consideradas «Administraciones públicas» y «poderes adjudicadores» a las que les resultará de aplicación la Nueva Ley de Contratos en su práctica totalidad; también seguirán existiendo entidades que, sin ser «Administraciones Públicas», ostentarán la condición de «poderes adjudicadores», y la preparación y adjudicación de sus contratos se seguirá rigiendo por el grueso de las disposiciones de la Nueva Ley de Contratos sólo en el caso de que se encuentren sujetos a regulación armonizada; y, por último, también seguirán integrando el sector público aquellas otras entidades que, sin ostentar la condición de «Administraciones Públicas» ni de «poderes adjudicadores», podrán suscribir contratos en los que la Nueva Ley tendrá un impacto estrictamente limitado a salvaguardar los principios de igualdad, no discriminación, transparencia, publicidad y libre concurrencia. Hasta aquí no se aprecia novedad.

Sin embargo, y como decimos, la regulación del ámbito subjetivo de aplicación del Proyecto de Ley sí presenta novedades.

Una de ellas deriva de las Directivas europeas de contratación y está relacionada con la configuración de los entes de Derecho Público.

El Proyecto de Ley, por primera vez, desvincula el régimen jurídico en materia de contratación aplicable a los entes de Derecho Público, de la naturaleza orgánica con la que éstos se hubieran creado, y los define de una manera mucho más funcional, esto es, por la posición que dichos entes adopten en las relaciones jurídico-económicas en las que intervengan.

Así, aquellos entes públicos que actúen en régimen de mercado y se financien mayoritariamente con los ingresos que obtengan de su actividad económica serán considerados *poderes adjudicadores* a todos los efectos.

Ello significa que sus contratos serán de naturaleza privada y se regirán parcialmente por la nueva Ley de Contratos sólo si se sujetan a regulación armonizada. En el resto de los

Los entes que tengan mayoritariamente financiación pública pasarán a estar considerados como Administraciones Públicas

Otra de las grandes novedades es la noción de 'medio propio' prevista en la Ley

supuestos, el régimen jurídico de sus contratos será el previsto en sus instrucciones internas de contratación.

Por contra, aquellos otros entes públicos que obtengan mayoritariamente financiación pública, aunque formalmente se hubieran configurado como meros «poderes adjudicadores» pasarán a estar considerados como Administraciones Públicas. Ello significa, en primer lugar, que sus contratos no serán de naturaleza privada, sino administrativa y, en segundo lugar, que sus contratos habrán de regirse por la nueva Ley de Contratos, con independencia de que estén o no sujetos a regulación armonizada.

Esta interpretación de la norma se manifiesta, de manera concreta, en la configuración de las *entidades públicas empresariales* previstas también en la LRJSP.

Con la nueva regulación, para poder afirmar que las *entidades públicas empresariales* no tienen la consideración de *Administración Pública* a efectos contractuales, será necesario verificar que dichos entes se financian mayoritariamente con ingresos de mercado, pues de lo contrario, y aunque hubieran sido bautizados formalmente como *entidades públicas empresariales*, dichos entes serán considerados *Administraciones Públicas* y sus contratos no se regirán por sus instrucciones internas de contratación, sino que se someterán en su integridad a la nueva Ley de Contratos.

Otra de las novedades en la contratación pública afecta a la noción de *medio propio* prevista en la LRJSP y sobre la que ha tenido una gran incidencia el Derecho de la Unión Europea. Así, si una entidad con pretendido carácter industrial o mercantil ha sido configurada como *medio propio*, pero fue creada para satisfacer un interés general, dicha circunstancia prevalece por encima de su carácter mercantil o industrial, por lo que ese *medio propio* ostentará, a todos los efectos, la condición de *poder adjudicador*; de esta forma, sus contratos, si se sujetan a regulación armonizada, estarán parcialmente regulados por lo dispuesto en la nueva Ley de Contratos.

Con esta nueva configuración de los entes públicos pierde importancia la forma jurídica con la que éstos hubieran sido creados, y se pone el acento en la manera en que dichos entes operen y se financien. Esta nueva forma de tratar a los entes públicos limita, de manera clara, la técnica de la privatización de las formas que hasta ahora propiciaba la denominada *huida del Derecho Administrativo*. Asimismo, con esta nueva regulación se reduce la inseguridad jurídica derivada de los múltiples procedimientos previstos en las distintas instrucciones internas de contratación aplicables a los *poderes adjudicadores* y a las entidades públicas con carácter mercantil o industrial.

Se trata, en definitiva, de una nueva regulación alineada con el Derecho de la Unión Europea, menos formal y mucho más funcional.

Esta nueva forma de tratar a los entes públicos limita, de manera clara, la técnica de la privatización de las formas que hasta ahora propiciaba la denominada 'huida del Derecho Administrativo'. Asimismo, con esta nueva regulación se reduce la inseguridad jurídica derivada de los múltiples procedimientos previstos en las distintas instrucciones internas de contratación aplicables a los 'poderes adjudicadores' y a las entidades públicas con carácter mercantil o industrial. Se trata, en definitiva, de una nueva regulación alineada con el Derecho de la Unión Europea, menos formal y mucho más funciona.