

*Regulación comunitaria sustantiva sobre los contratos celebrados en los sectores especiales y su repercusión sobre los contratos de naturaleza jurídico-privada*¹.*

José Antonio García de Coca.
Prof. Titular de Derecho Administrativo.
Universidad de Valladolid

I. INTRODUCCION.

En este primer apartado recordaremos, de un lado, la importancia que desde la vertiente económica reviste para la Unión Europea la contratación pública en general y las razones que impiden todavía su apertura efectiva y, de otro, algunas reflexiones previas derivadas del análisis de los sectores denominados antiguamente excluidos y que ponen inmediatamente de relieve su interés dogmático.

1. Trascendencia económica y apertura efectiva de la contratación pública.

La singular atención que el Derecho comunitario y la literatura están prestando a la contratación pública constituyen un indicio inequívoco de la importancia que reviste para la Unión Europea el objetivo de perfeccionar y completar un mercado único en este ámbito. En este sentido, se ha ofrecido, prácticamente hasta la saciedad, el porcentaje, ciertamente espectacular, que representan sobre el PIB comunitario las peticiones públicas de bienes y servicios¹.

A pesar de esta trascendencia, que nadie niega, resulta sorprendente la ausencia de referencias directas y específicas sobre esta materia en el Tratado de Roma². Hubo que esperar a que el AUE introdujera el artículo 130 E.2º para hallar una mención únicamente de carácter indirecto. El Derecho europeo sobre contratación pública ha sido, por tanto, una construcción derivada a partir de algunos principios y libertades económicas consagradas en el Derecho originario³.

En directa relación con lo que acaba de indicarse, debe advertirse, sin embargo, que los principios y exigencias que se desprenden básicamente de las libertades económicas han de ser respetadas por los Poderes adjudicadores en los contratos que celebren, incluso en aquellos que no alcanzan los umbrales comunitarios o se hallen exceptuados de las normas comunitarias sobre adjudicación de contratos, como ha tenido oportu-

nidad de manifestar el Tribunal de Luxemburgo⁴. Esto se debe a que el contrato público no es ni más ni menos que una oferta o demanda, según los casos, de bienes y servicios al mercado, y, en consecuencia, sometidas a las normas comunitarias que las disciplinan y en las condiciones que ellas establezcan.

En pocos sectores del ordenamiento jurídico comunitario pueden apreciarse con tanta nitidez los obstáculos que los Estados han establecido a las instituciones comunitarias en su dilatada tarea de elaboración y aplicación de las sucesivas Directivas sobre contratación pública. Como se ha indicado, los contratos celebrados por los Poderes públicos se han convertido en un medio privilegiado -una vez que otras barreras más importantes al libre comercio han sido eliminadas o moderadas- de intervención pública en la actividad económica, social y regional, y ya sea con carácter estructural, coyuntural o sectorial. Pocos políticos nacionales están dispuestos a renunciar a las normas y hábitos que vienen presidiendo la adjudicación de estos contratos, puesto que rara vez desisten de su pretensión de extender la presencia e influencia públicas -por las más diversos motivos- en unos mercados que contradictoriamente se califican como libres. De manera, que mientras el cuadro normativo está prácticamente acabado -al menos en relación con los actuales objetivos de la Unión-, la realidad de las cosas demuestra que la objetividad, transparencia y no discriminación dista de constituir todavía la regla general⁵.

Naturalmente que la ausencia de una apertura efectiva de la contratación pública comunitaria no sólo es responsabilidad de los Poderes públicos nacionales. La mayoría de las empresas son reacias a presentar reclamaciones contra los Poderes adjudicadores, temerosas de las eventuales represalias, alimentando, de esta manera, por tanto, el círculo vicioso en el que se hallan inmersas. Y, por otro lado, muchas empresas se resisten todavía a presentar ofertas a los Poderes adjudicadores no nacionales⁶.

Por último, la peculiar técnica de producción normativa comunitaria⁷ y el abuso de una terminología tan burocrática como, en ocasiones, inextricable no han contribuido a facilitar la difusión y comprensión de las normas sobre contratación.

2. Los denominados sectores antiguamente excluidos.

Este estudio aborda principalmente el análisis de la normativa comunitaria sustantiva sobre los contratos que determinadas Entidades, públicas y privadas, celebran en los sectores que quedaron inicialmente excluidos del ámbito de aplicación de aquella regulación. No obstante esta limitación, nos adentraremos en el examen de algunas cuestiones procesales por hallarse estrechamente vinculadas a aspectos sustantivos. Nuestro estudio prestará, tras un encuadramiento general, especial atención a lo que consideramos tiene mayor interés desde un punto de vista jurídico: la pretendida mutación de algunos conceptos tradicionales en materia de contratación pública y la aplicación de principios y reglas de la contratación propios de los Poderes públicos a algunas relaciones jurídicas *inter privatos*.

Como primera aproximación, de carácter muy general, adelantamos que las actividades están, como es sabido, vinculadas a los sectores del agua, energía, transportes y telecomunicaciones. El sometimiento de estos sectores a las exigencias comunitarias en materia de adjudicación de contratos no sólo posee una trascendencia económica excepcional, como puede fácilmente intuirse, sobre esta cuestión hemos de volver más abajo, sino que además plantea algunas singularidades que desde luego bien merecen su examen.

Debemos advertir previamente que, en realidad, no resulta ya muy acertado seguir empleando la denominación de sectores excluidos o exceptuados, toda vez que ya se trata de sectores sometidos⁸. En este trabajo emplearemos indistintamente los términos contratación en sectores especiales, reservados o dirigidos, denominaciones estas que obedecen al hecho de encontrarnos en presencia de actividades en que los Poderes públicos nacionales han asumido su dirección o las han considerado, sin más, como propias, a través de las diversas técnicas que permiten estos efectos.

a) Repaso normativo.

Hemos de dar cuenta, en primer término, por razones fácilmente comprensibles, de la evolución que ha experimentado la regulación comunitaria sustantiva sobre la contratación pública en estos sectores, repaso que, aunque tedioso, se revela de gran utilidad.

a) Su inicial exclusión.

Los párrafos 4º y 5º del artículo 3º de la Directiva 71/305 del Consejo, de 26 de julio de 1971, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras excluyeron de su ámbito los contratos de este carácter celebrados por los organismos de Derecho público que gestionaban servicios de transporte o los celebrados por los servicios competentes para prestar las actividades de producción, transporte y distribución de agua y energía. El artículo 2.2º de la Directiva 77/62 del Consejo, de 21 de diciembre de 1976, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de contratos públicos de suministro reprodujo análoga exclusión añadiendo los contratos de suministro celebrados por los servicios que operen en el sector de las telecomunicaciones⁹. La interpretación del alcance de lo que debía entenderse por sectores excluidos fue "extensiva, abusiva y divergente", en algunos casos, debido a su deficiente y confusa formulación, por lo que las Directivas 88/295 y 89/440¹⁰ modificaron, respectivamente, la redacción del artículo 2.2º de la 77/62 y los párrafos 4º y 5º del artículo 3º de la 71/305¹¹. El artículo 3º de la Directiva 88/295 excluyó de su campo de aplicación los contratos públicos de suministros celebrados con transportistas que efectuasen transportes terrestres, aéreos, marítimos y fluviales y a los celebrados por poderes adjudicadores cuando dichos contratos se refieran a la producción, transporte y distribución de agua potable o por aquellos poderes adjudicadores cuya principal actividad consista en la producción y distribución de energía, así como poderes adjudicadores cuya actividad principal se desarrolle en el sector de las telecomunicaciones. El artículo 1.4º de la Directiva 89/440, por su parte, estableció que sus disposiciones no se aplicaban a los contratos de obras celebrados con transportistas que efectuasen idénticos transportes y a los celebrados por los poderes adjudicadores cuando dichos contratos se refieran a la producción, transporte y distribución de agua potable, así como a los contratos celebrados por los poderes adjudicadores cuya principal actividad consista en producir o distribuir energía.

Los contratos de servicios que celebraban las Entidades que operaban en estos sectores también se excluyeron, según dispuso la Directiva 92/50 del Consejo, de 18 de junio de 1992, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de contratos públicos de servicios¹².

Como ha señalado la literatura, con apoyo en el propio tenor literal del Preámbulo de las Directivas precitadas, la exclusión obedeció, oficialmente, a la necesidad de evitar que los contratos celebrados por estas Entidades se sometiesen a la normativa

comunitaria en determinados casos -cuando las personas u organismos prestadores de estas actividades estuviesen sometidas a un Estatuto de Derecho público- y no en otros -Entidades de Derecho privado-, situación, además, que dependía, lógicamente, de la solución jurídico-organizativa que hubiese decidido cada Estado. Esta circunstancia hubiese provocado inaceptables desequilibrios entre y dentro de los Estados, siendo necesario, en consecuencia, encontrar otro criterio diferente al jurídico-formal que permitiese superar la citada situación¹³. Esta causa de exclusión debe entenderse, en realidad, más como una simple justificación, puesto que es bien conocido el papel absolutamente secundario que el ordenamiento jurídico-comunitario y la jurisprudencia de Luxemburgo otorgan a las soluciones jurídico-organizativas que se adoptan en cada Estado y cuando de tal cualificación jurídica se derivan intolerables efectos de sustracción. En realidad, la exclusión descansó principalmente en un conjunto de factores de carácter político, estratégico, económico e industrial¹⁴. El juicio que acaba de formularse encuentra su apoyo, además, en otra exclusión paralela relativa a la regulación comunitaria sobre la empresa pública¹⁵.

La exclusión de estos sectores especiales se mantendría hasta el momento en que la experiencia adquirida permitiese adoptar una solución definitiva, de modo que, se adivinaba como una exclusión de carácter temporal.

b) Su progresivo sometimiento.

Estos sectores especiales o dirigidos están sometidos, esta idea quedó expuesta más arriba, con mayor o menor intensidad, también a las exigencias del Derecho comunitario, originario y derivado, sobre libertades económicas y competencia¹⁶. Pero no ha sido tanto esta decisiva, al menos teóricamente, circunstancia la que ha determinado su final sometimiento como la aceptación por el Consejo Europeo de 29 y 30 de marzo de 1985 de la iniciativa de la Comisión sobre la consecución de un mercado interior; el Libro Blanco sobre su realización¹⁷, por ejemplo, recogió un programa de acción y un calendario para ejecutar la apertura de la contratación pública en los sectores especiales (período 1987-1992), en el contexto más amplio de la supresión de barreras de carácter físico (2ª parte) y con el objetivo general de eliminar las barreras a la libre circulación de bienes, personas, servicios y capitales¹⁸.

Fue la Directiva 90/531 del Consejo, de 17 de septiembre de 1990, relativa a los procedimientos de formalización de contratos en los sectores del agua, de la energía, de los transportes y de las telecomunicaciones¹⁹, la que sometió a licitación comunitaria los contratos de obras y suministros celebrados por las Entidades que ejerciesen actividades en

estos sectores, permaneciendo excluidos los contratos de servicios. El primer apartado del artículo 37 de esta disposición estableció que los Estados adoptarían las medidas necesarias para darla cumplimiento a más tardar el 1 de julio de 1992, aunque el apartado siguiente otorgaba la posibilidad de retrasarlo hasta el 1 de enero de 1993. No obstante, el apartado 3 de este precepto estableció que España podía diferir su transposición hasta el 1 de enero de 1996, y hasta dos años más Grecia y Portugal, debido a los efectos negativos que podía provocar en sus economías (último considerando del Preámbulo de la Directiva).

Poco más tarde, se dictó la Directiva garantía 92/13 del Consejo, de 25 de febrero de 1992, cuya finalidad es asegurar la efectiva aplicación de la 90/531, norma correlativa, por tanto, a la Directiva 89/665 del Consejo²⁰.

Por último, la Directiva 90/531 dejó de "surtir efecto desde la fecha de puesta en aplicación" de la nueva Directiva 93/38 del Consejo, de 14 de junio de 1993, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de contratos en los sectores del agua, de la energía, de los transportes y de las telecomunicaciones (que hace las veces -como las Directivas 93/36 y 37- de texto refundido), según dispone el apartado 3 del artículo 45²¹. Fue esta Directiva la que finalmente sometió los contratos de servicios, que como señalamos no contempló la 90/531. El artículo 45º de esta nueva Directiva establece como plazo límite de transposición el 1 de julio de 1994, aunque, no obstante, como ya hiciera la anterior, añade el mismo precepto, España podía disponer de plazo hasta el 1 de enero de 1997 -hasta el 1 de enero de 1998 se concedió a Grecia y Portugal- por las razones ya indicadas.

c) Su incorporación a nuestro ordenamiento jurídico.

La transposición de esta regulación en España ha sido confusa, insuficiente y, en cualquier caso, tardía²².

Según dispone la Disposición Transitoria sexta de la Ley 13/1995, de 18 de mayo, de Contratos de las Administraciones públicas (en adelante LCAP) y teniendo en cuenta -entre otras referencias- lo dispuesto por el Preámbulo²³, las personas y organismos públicos de contratación comprendidos en el ámbito de la regulación comunitaria sobre sectores especiales debían respetar las obligaciones de publicidad en el DOCE previstas en la LCAP desde el 1 de enero de 1996 siempre que se tratase de contratos de obras y suministros -toda vez que este plazo le vinculaba por efecto de lo ya dispuesto en la Directiva 90/531²⁴- y desde el 1 de enero de 1997 en el caso de los contratos de servicios (consultoría y asistencia y de servicios y de trabajos específicos y

concretos no habituales). Por lo que a las Entidades de Derecho público se refiere indica que en tanto no se incorporase el contenido de la Directiva 93/38 deberían sujetarse en su actividad contractual a las normas que les resultasen aplicables, respetando los tradicionales principios de publicidad y libre concurrencia²⁵.

La incorporación fue justamente calificada de insuficiente y contraria al Derecho comunitario, por cuanto la LCAP se limitó, en un caso, a exigir el respeto de unas obligaciones de publicidad y, en el otro, a que se respeten exclusivamente unos principios, cuando las imposiciones que se derivan de la Directiva son más amplias²⁶.

En relación con las Entidades privadas (principalmente sociedades mercantiles en mano privada y pública), establece el Preámbulo de la LCAP que no se ha estimado procedente por su carácter, justamente, privado incorporar sus previsiones a un texto cuyo objeto principal es la regulación de los contratos celebrados por las personas jurídico-públicas, solución que fue ya propuesta tempranamente por la doctrina francesa, recomendando su transposición en texto distinto al *Code des Marchés publics*²⁷. En cualquier caso, España disponía de plazo para adoptar las medidas pertinentes de transposición, en todo caso de carácter legal²⁸, hasta el 1 de enero de 1996 (obras y suministros) y hasta el 1 de enero de 1997 (servicios)²⁹.

La norma que finalmente ha incorporado al ordenamiento jurídico español las Directivas 93/38, modificada por la 98/4/CE, y la 92/13 con la intención, entre otras, de disciplinar los contratos jurídico-privados ha sido la Ley 48/1998, de 30 de diciembre, sobre procedimientos de contratación en los sectores del agua, la energía, los transportes y las telecomunicaciones, cuyo ámbito subjetivo de aplicación alcanza a las Entidades de Derecho público, a las asociaciones formadas por estas Entidades, las empresas públicas y las privadas que gocen de derechos especiales y exclusivos con las cualidades y condiciones que especifica.

b) Reflexiones previas.

La regulación comunitaria sobre los sectores especiales o dirigidos constituye un buen ejemplo de, por un lado, la dificultad de determinar el límite de la regulación pública sobre las relaciones jurídicas entre particulares, su profundidad, y, de otro, un caso testigo de cómo asistimos desde hace algunas décadas a dos tendencias contrapuestas, a una inversión de los principios clásicos. En efecto, una de ellas de huida de las imposiciones y formas jurídico-públicas por parte de los Poderes públicos, con la finalidad -se dice- de ganar en agilidad y eficacia,

para acogerse, por lo general, al Derecho mercantil; aunque en no pocos casos la evasión acaba por traducirse en una simple elusión del Derecho mismo³⁰. La otra, la paulatina reducción de la autonomía de la voluntad de los particulares a través de la ampliación del ámbito de actuación del Derecho necesario o imperativo (*ius cogens*); la proliferación de normas de carácter prohibitivo o preceptivo con el fin de satisfacer diversos intereses públicos. La suma de estas dos tendencias determina una parcial interpenetración de principios y normas del Derecho público y privado, que conecta directamente con las incertidumbres que rodean el concepto y alcance del denominado *Derecho económico*³¹.

El profesor PIÑAR MAÑAS ha señalado en relación con lo que se acaba de exponer que, justamente, en el ámbito del Derecho comunitario sobre contratación pública se manifiesta la paradoja referida, al establecerse el sometimiento de personas jurídico-privadas a principios y técnicas propios del Derecho público³².

Lo decisivo, siempre que haya un interés público presente amenazado -en este caso, como veremos, se trata principalmente de reconocer y proteger en determinadas relaciones contractuales la plena vigencia del principio de igualdad, el *derecho del ciudadano a la asignación equitativa de los recursos públicos* (art. 31.2 CE) y no discriminación por razón de la nacionalidad en determinadas relaciones entre particulares en las que una de las partes ha visto suplantada su voluntad por la de un Poder público- no es si se debe o no regular. Está fuera de toda duda, como señala PREDIERI, que *Estado y mercado constituyen una entidad necesaria*; el Estado no puede prescindir del mercado y el mercado necesita al Estado (la economía *no puede no regularse*, como indica A.E. KAHN, toda vez que no constituye una estructura perfecta de autorregulación). Los Poderes públicos no pueden hacer dejación de su función garantizadora de los derechos y libertades a través, principalmente, del ejercicio de la función regulatoria³³. En tales supuestos, lo que debemos averiguar es si las medidas coactivas dispuestas son razonables y eficaces en orden a corregir las insuficiencias observadas, o, si por el contrario, a la postre provocan situaciones menos deseables que las que se pretenden superar.

A la luz de los principios de proporcionalidad y eficacia, el intérprete puede extraer valiosos indicios sobre la bondad de la ordenación pública de la actividad de los agentes económicos; averiguar su grado de idoneidad, necesidad, debida ponderación entre beneficios e inconvenientes y capacidad para corregir las irregularidades constatadas. Más abajo intentaremos responder a estas cuestiones.

II. AMBITOS OBJETIVO Y SUBJETIVO DE LOS CONTRATOS CONTEMPLADOS EN LA DIRECTIVA 93/38.

1. *Objetivo.*

El objeto social de las Entidades u organismos sometidos a la Directiva se ha clasificado en cuatro grupos.

El primero consiste en la puesta a disposición o la explotación de redes fijas que presten un servicio al público en relación con la producción, transporte o distribución de agua potable, electricidad o gas o calefacción; o su suministro a dichas redes. El segundo, la explotación de una zona geográfica determinada para la prospección o extracción de petróleo, gas, carbón u otros combustibles sólidos o para la puesta a disposición de los transportistas aéreos, marítimos o fluviales, de los aeropuertos, puertos marítimos o interiores u otras terminales de transporte. El tercero, la explotación de redes que presten un servicio público en el ámbito del transporte por ferrocarril, sistemas automáticos, tranvía, trolebús, autobús o cable³⁴. Por último, la puesta a disposición o la explotación de redes públicas de telecomunicaciones o el suministro de uno o más servicios públicos de telecomunicaciones³⁵.

2. *Subjetivo.*

a) *Especialidades.*

Las Entidades u organismos concernidos por esta Directiva son básicamente de dos tipos. Por un lado, los sometidos al Derecho público, como pueden ser, por ejemplo, el Estado, Entes públicos territoriales, buena parte de la Administración instrumental o Asociaciones constituidas por los anteriores. Por otro, aquí reside su singularidad, determinadas Entidades u organismos gobernados por el Derecho privado, y tratándose de empresas de titularidad privada siempre que operen al amparo de derechos especiales o exclusivos otorgados por parte de una Autoridad competente de un Estado.

Desde este momento centraremos nuestra atención en los conceptos básicos sobre los que se edifican la aludida particularidad, prescindiendo del examen del ámbito subjetivo tradicional por estar suficientemente analizado en otros estudios.

b) *Conceptos básicos.*

a) *Derechos especiales y exclusivos.*

El artículo 2º de la Directiva enumera como sujetos contratantes de suministros, obras y servicios, entre otros -y siempre que ejerzan o realicen alguna de las actividades contempladas en el apartado 2º de este artículo-, a las empresas privadas que gocen de derechos especiales o exclusivos concedidos por una Autoridad competente de un Estado. La coinci-

dencia terminológica con el artículo 90.1º TCE (hoy artículo 86.1) -y, como más abajo señalamos, con algún precepto del Acuerdo General del GATT- no es casual.

La Directiva no ofrece un concepto de derecho especial o exclusivo mas que de forma indirecta y ejemplificativa³⁶. Se ha señalado a este respecto que el concepto de derecho exclusivo es relativamente pacífico, mientras que el de derechos especiales presenta mayores dificultades, como ha demostrado el Tribunal de Luxemburgo a la propia Comisión en el asunto *Terminaux de télécommunications*³⁷. En principio, nos parece acertada, como primera aproximación y suficiente para lo que aquí se pretende, la posición doctrinal que identifica concesión de derechos exclusivos a una empresa que disfruta de una situación de monopolio *de iure* o el otorgamiento de idénticos derechos a varias empresas, lo que determina que manteniéndose en sí el monopolio de derecho no pueda hablarse de una situación de exclusividad en la gestión, sino de derechos especiales. En cualquier caso, con independencia de las situaciones jurídicas que quepa identificar con la expresión derechos especiales, su existencia debe provocar, por así exigirlo el artículo 2.3, algún elemento o efecto de reserva sobre la actividad, de manera que si las habilitaciones administrativas no se traducen en limitaciones de carácter cualitativo o cuantitativo sobre el acceso a la actividad no cabe hablar de derecho especial en el sentido empleado por la Directiva³⁸.

Es necesario enfatizar que en la medida que ese goce desata la aplicación de un régimen jurídico específico, adquirirá especial importancia la exacta determinación de qué actividades desarrolladas por la empresa se hallan, en su caso, desconectadas con esa esfera de actuación privilegiada, es decir, qué actividades se ejercen en régimen común o de libertad.

La imposición de este régimen específico obedece a que se considera que las empresas privadas que desenvuelven su actividad sobre la base de estos derechos, en sectores más o menos cerrados a la competencia, no conservan la suficiente autonomía respecto de las medidas o indicaciones de los Poderes públicos como para seleccionar libremente al contratista objetivamente más valioso, lo que se traduce no infrecuentemente en que contraten nacional, *compreñ en casa*, dificultando la plena realización del mercado único.

b) *Medida de los Poderes públicos.*

Tiene especial interés también aclarar qué se entiende por medida de los Poderes públicos. La doctrina y la jurisprudencia de Luxemburgo han examinado muy cuidadosamente el concepto y alcance de este término a los efectos de aplicación

del artículo 90 TCE (ahora el 86). Resulta pacífica la presencia de una medida pública cuando la conducta de la empresa es, de hecho o de derecho, determinada, sin más, por un Poder público, cuando el comportamiento empresarial se explica por la actuación de un Poder público, cuyo efecto final consiste en suplantar su voluntad. Más dudoso resulta, sin embargo, el tratamiento que deban recibir las puras recomendaciones y las medidas de Derecho privado adoptadas por los Poderes públicos³⁹. En cualquier caso, las medidas públicas contempladas por la Directiva sustantiva sobre sectores especiales o dirigidos tienen perfecto encaje en el actual artículo 86 TCE, toda vez que, a juicio de la Comisión, determinan el comportamiento contractual de la empresa.

III. DERECHO NECESARIO Y CONCEPCION ORGANICA DE CONTRATO PUBLICO.

1. Ampliación del Derecho necesario a determinados contratos entre particulares.

La principal innovación de esta regulación comunitaria consiste en ampliar con carácter general el ámbito tradicional de aplicación subjetiva de las Directivas sobre contratos al considerar como entidades contratantes a sujetos jurídico-privados, básicamente, empresas públicas y privadas siempre que estas últimas se hallen en las situaciones ya señaladas. Es necesario dejar constancia ahora de algunos precedentes de esta singularidad.

a) Precedentes.

a) En el ámbito internacional.

Diferentes disposiciones internacionales han contemplado contratos entre empresas en línea con los objetivos contemplados por el ordenamiento jurídico-comunitario. El artículo XVII del Acuerdo General del GATT (transformado recientemente en la Organización Mundial del Comercio), de 30 de octubre de 1947, sometió a los principios generales de no discriminación prescritos en el Acuerdo los contratos de suministro que celebrasen, entre otras Entidades, las empresas del Estado (empresas públicas) y las empresas, públicas o privadas, a las que los Estados concediesen, de hecho o de derecho, privilegios especiales o exclusivos (términos estos últimos que, por cierto, pasaron tal cual al artículo 28 del Proyecto de Tratado Constitutivo de la Comunidad Económica Europea, luego convertido parcialmente en el artículo 90)⁴⁰.

La necesidad de avanzar en esta materia determinó, en el marco de los acuerdos negociados en la Ronda Tokio (1973-1979), la firma en Ginebra el 12 de abril de 1979 del *Acuerdo sobre compras del sector público*, en vigor desde el 1 de enero de 1981⁴¹,

del que nuestro Estado forma parte desde 1992⁴². Este Acuerdo tenía un ámbito muy limitado de aplicación⁴³.

Por último, la necesidad de profundizar el anterior, que quedó en cuanto a aplicación efectiva muy por debajo de las expectativas iniciales, provocó que se llegase el 15 de diciembre de 1993 en Ginebra a un *Nuevo Acuerdo sobre compras del sector público*, firmado el 15 de abril de 1994 en Marrakech, en vigor desde el 1 de enero de 1996⁴⁴. Este nuevo Acuerdo ha extendido su ámbito de aplicación objetiva (a los contratos de servicios puros y servicios de construcción, incluso a los sectores especiales o dirigidos, según propuso la delegación norteamericana) y subjetiva, afectando también a Poderes regionales y locales y Empresas públicas y privadas, salvo -precisamente- en los denominados sectores especiales, que sólo afecta a las públicas. Se pretendió que afectase a algunas en mano privada, susceptibles de sucumbir a las indicaciones de compra nacional, como consecuencia de una oferta presentada por la Comunidad durante las negociaciones (agosto de 1990). Esta ampliación provocó especiales dificultades debido a la necesidad, justamente, de "...trazar la línea divisoria entre las políticas de compra privadas o públicas" y a que en otros Estados estos sectores están sometidos enteramente a las reglas de mercado, determinando a la postre su exclusión. A este respecto, la delegación norteamericana expuso que aceptar el establecimiento de estas normas imperativas para las entidades en mano privada en que la influencia pública no fuese directa significaba conculcar el principio de su libertad de acción, principio o dogma que para la Comunidad no pasa de ser una ficción, apoyando este juicio en los resultados de sus estudios preparatorios⁴⁵.

b) En el ámbito del Derecho comunitario.

Ya las Directivas sustantivas de *primera generación*, a las que cabe calificar como antecedentes inmediatos de la especialidad en el ámbito de aplicación subjetiva de las Directivas sobre sectores especiales, también contemplaban algunos contratos entre empresas. En concreto, las sucesivas Directivas sobre el contrato de obras y suministros que obligaban, según los casos, a los concesionarios de obras y servicios públicos a celebrar sus contratos respetando el principio de no discriminación por razón de la nacionalidad y exigiendo, en ocasiones, el sometimiento a algún procedimiento que asegurase el principio de publicidad, debido precisamente a que su posición descansaba en el otorgamiento de derechos especiales y exclusivos⁴⁶. El Consejo Económico y Social manifestó, por cierto, sus objeciones a que los contratos de estos sujetos fuesen contemplados por las Directivas.

La *ratio essendi* de estas prescripciones consiste en evitar que los Poderes adjudicadores a través del otorgamiento de derechos especiales y exclusivos a personas jurídico-privadas pudiesen eludir las exigencias comunitarias. Incluso, si la concesión de derechos especiales y exclusivos se generalizaba podía provocar que las Directivas careciesen de cualquier efecto real⁴⁷.

Esta es la razón por la cual la derogada Ley de Contratos del Estado ya disponía en sus artículos 29 *bis in fine* y 84 *bis*, apartado 5º (reproducido en el artículo 238 *bis* del Reglamento), introducidos como consecuencia de la necesidad de adaptar nuestra legislación a las exigencias comunitarias (reformas introducidas por el Real Decreto legislativo 931/1986) que en los contratos de obras y suministros que celebrasen los concesionarios de servicios públicos debían respetar el principio de no discriminación por razón de la nacionalidad. Y ahora la LCAP contempla disposiciones idénticas o correlativas en los artículos 133 y 162 d).

A nuestro modo de ver, estos contratos suscritos por concesionarios y los celebrados por las empresas públicas y privadas sometidas al Derecho privado en los sectores especiales (como tendremos ocasión de ver más abajo), conservan su naturaleza jurídico-privada, puesto que el *acto constituyente* de la relación es contractual privado, sin que su naturaleza jurídica se vea alterada en razón de las restricciones dispuestas a la *relación constituida*⁴⁸. No existe, en consecuencia, según la concepción tradicional a la que nos adscribimos una fractura del concepto tradicional de contrato público⁴⁹.

b) Criterio orgánico de contrato público y Derecho comunitario.

Debe tenerse presente que la pretensión de la regulación comunitaria, por lo general, no es producir "*revoluciones o fallecimientos*" conceptuales en los ordenamientos jurídicos nacionales, a través, por ejemplo, de la mutación o redefinición de sus conceptos jurídicos; lo único que persigue, de ordinario, es que las nociones propias de cada ordenamiento no puedan emplearse como subterfugio para eludir las obligaciones o imposiciones comunitarias⁵⁰. Este juicio es especialmente aplicable a la normativa comunitaria sobre contratación, donde, como han señalado PIÑAR MAÑAS Y RAZQUIN LIZARRAGA, no se pretende una elaboración dogmática del concepto Administración pública o fundar un Derecho público de la contratación, sino únicamente el establecimiento de unas normas que garanticen la publicidad y no discriminación en la adjudicación⁵¹.

Como es sobradamente conocido, en los contratos, en sentido estricto, celebrados por los Poderes públicos -dejamos al margen los convenios interad-

ministrativos-, ya sean de carácter administrativo o privado, son dos las partes que aparecen. Por un lado, lógicamente, una Entidad pública, una persona jurídico-pública, un poder adjudicador en la terminología del Derecho comunitario. Por la otra, en la mayor parte de los supuestos, un contratista privado, situación que experimenta, sin embargo, algunas excepciones⁵². Únicamente, por tanto, pueden existir contratos administrativos, según el principio general enunciado, si una de las partes contratantes es persona jurídico-pública. El criterio o concepto orgánico del contrato público, y de una de sus especies, el contrato administrativo, se fundamenta, en efecto, en la cualidad de las partes, en concreto, en la necesidad de que una de ellas sea una persona jurídico-pública. Los contratos entre personas jurídico-privadas son, en consecuencia, como regla general, contratos privados sometidos al régimen jurídico del Derecho común, sin que la presencia de elementos exorbitantes en su clausulado o régimen mute su naturaleza jurídica.

En Francia el Consejo de Estado y el Tribunal de Conflictos han admitido, como es sobradamente conocido, la existencia de contratos administrativos entre particulares cuando una de las partes actuase por cuenta de una persona pública, por entrar en juego las categorías del mandato y la representación⁵³, o por razones excepcionalísimas, hoy ya injustificadas y, en su momento, muy polémicas⁵⁴. En España sólo la sentencia, que nosotros sepamos, de 16 de marzo de 1973 declaró de forma muy comprometida el carácter administrativo de un contrato celebrado entre la *Sociedad Anónima Municipal Nuestra Señora de la Piedad* y otra persona jurídico-privada⁵⁵.

Este principio general o concepción tradicional, si se prefiere, conecta con otro más amplio -y a su vez con otra posible ruptura funcional mucho más extensa y con claras conexiones con la pretendida crisis de la concepción subjetivista de la Administración- que exige la presencia en toda relación jurídico-administrativa de una persona jurídico-pública ejerciendo su poder público⁵⁶.

La regulación comunitaria sobre los sectores especiales o reservados no socava, a nuestro juicio, estos principios generales. En nuestra opinión, la Directiva no opta, desde el punto de vista del ordenamiento jurídico español -como se ha señalado, entre nosotros, siguiendo a doctrina francesa- por un concepto funcional de contrato público, en sustitución del criterio orgánico. La contratación pública continua adquiriendo tal carácter en España debido exclusivamente a la presencia en la posición de adjudicador de una Entidad pública, que debe dictar el acto administrativo de adjudicación definitiva que perfecciona el contrato⁵⁷, como prescribe ahora el artículo 54 de la LCAP (y antes, entre otros, los artí-

culos 13 de la Ley de Contratos, 109 de su Reglamento y 45 del Reglamento de Contratación de las Corporaciones Locales⁵⁸). Los contratos entre particulares aquí contemplados conservan plenamente su naturaleza jurídica; estos contratos no surgen de un acto administrativo unilateral de una de las partes, sino del encuentro de dos declaraciones de voluntad, del concurso de la oferta y de la aceptación sobre el objeto y la causa que han de constituir el contrato (arts. 1258 y 1261 del Código Civil). Ningún acto administrativo, en fin, sustituye al pacto entre los particulares.

El que la contraparte resulte identificada en virtud de la aplicación coactiva de unos principios jurídico-públicos no muta, a nuestro modo de ver, su naturaleza jurídica. De la misma manera que, *a sensu contrario*, por ejemplo, una venta en pública subasta no pierde su naturaleza jurídico-privada por el hecho de que la contraparte venga impuesta por la aplicación de los principios de publicidad y concurrencia.

La adopción de una concepción funcional de contrato administrativo no se corresponde con nuestra tradición jurídica y genera unas consecuencias que van mucho más allá del estricto ámbito contractual, extendiéndose por todo el tejido de las relaciones jurídico-públicas: peligrosa fragmentación del poder público, afectando al tiempo a la concepción de la Administración y del Derecho administrativo y, si nos apuran, a la propia distinción entre Derecho público y privado⁵⁹.

A nuestro juicio, lo que pretenden las Directivas sobre sectores especiales en relación con estos contratos jurídico-privados es regular la actividad contractual *privada* entre particulares, en determinadas circunstancias, ni más ni menos. Se trata, a nuestro modo de ver, simplemente de una normal manifestación de la intervención regulatoria de la actividad económica por parte de los Poderes públicos, cuya única peculiaridad consiste en ubicarse en normas cuyo contenido principal es la coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de los Poderes adjudicadores. En coherencia con lo expuesto, las Directivas rechazan, como se desprende de su título, la calificación de tales contratos como públicos, lo que resulta por sí mismo especialmente significativo. Asistimos, en fin, a otra restricción más del principio de la autonomía de la voluntad, de la restricción de la libertad de contratación por razones de interés público. Pero, ¿acaso el hecho de que en las relaciones arrendaticias rústicas y urbanas, por ejemplo, la libertad de contratación haya prácticamente desaparecido significa que tales contratos hayan mutado su naturaleza jurídico-privada?

Estos juicios que acaban de formularse se ven reforzados si se tiene presente que las Directivas

comunitarias sobre contratación manejan un concepto de poderes adjudicadores que se fundamenta en la clara e interesada utilización de una concepción funcional del Estado propia del Derecho inglés, pero, insistimos, sin ningún propósito dogmático, sino exclusivamente pragmático y estratégico⁶⁰.

c) Naturaleza jurídica del contrato y orden jurisdiccional competente.

La naturaleza jurídica que hemos atribuido a estos contratos debiera determinar que el único orden jurisdiccional competente para conocer de las cuestiones que de ellos se susciten fuese la jurisdiccional civil. No es, sin embargo, así. El Título V de la Ley 48/1998 (arts. 51 y ss.) ha configurado una vía administrativa de reclamación contra los procedimientos de adjudicación de los contratos con el propósito de que las resoluciones recaídas en este procedimiento (que pueden llegar nada menos que a acordar la anulación de la adjudicación) puedan ser impugnadas ante los Tribunales de la jurisdicción contencioso-administrativa (art. 64). Tan sorprendente solución se acentúa cuando el Preámbulo intenta justificarla⁶¹.

El conocimiento por parte de la jurisdicción contencioso-administrativa de los litigios derivados de relaciones contractuales entre sujetos privados no es, desde luego, la solución más correcta, aunque aquí formal y artificialmente se transformen en jurídico-administrativos al intercalar una vía administrativa previa y el correspondiente acto administrativo que en ella debe recaer; salvando de esta guisa -dicho sea de forma circunstancial- también formalmente el carácter revisor de la jurisdicción contencioso-administrativa. De las materias de orden civil, como son estas desde un punto de vista sustancial, deben conocer los Tribunales ordinarios, puesto que son ajenas a la jurisdicción contencioso-administrativa, según una larga y bien asentada tradición que se recoge ya con toda claridad en el artículo 4 de la Ley Santamaría de Paredes⁶².

No ha sido esta la solución francesa, donde más atentos a las exigencias que se desprendían de la diferente naturaleza jurídica de los contratos contemplados por esta regulación comunitaria se ha optado por una correcta fragmentación jurisdiccional⁶³. También en Luxemburgo, donde las decisiones de adjudicación de los contratos de las empresas privadas que gozan de derechos especiales y exclusivos se consideran que carecen, lógicamente, de la condición de acto administrativo, siendo únicamente recurribles ante la jurisdicción civil⁶⁴.

Desgraciadamente esta ruptura de la "lógica institucional de nuestro sistema jurídico" parece extenderse en otros ámbitos contractuales, como el de las sociedades públicas para construir y contratar obras públicas⁶⁵.

IV. EFECTOS SOBRE LAS PERSONAS JURÍDICO-PRIVADAS DE LA REGULACION COMUNITARIA SOBRE LOS SECTORES ESPECIALES.

1. Sobre las empresas públicas en forma jurídico-mercantil.

Se ha señalado que la normativa sobre contratos constituye un caso testigo de elevada perfección o corrección técnico-jurídica en nuestro ordenamiento⁶⁶. Los principios generales que deben informar la contratación de las empresas públicas en la fase *in fieri* de sus contratos así lo demuestran⁶⁷. Un simple camuflaje jurídico-institucional no puede significar que los patrimonios públicos en forma empresarial puedan conducirse con entera libertad en el mercado, aun cuando tales exigencias deban conciliarse, sin merma alguna de los principios rectores, con la necesaria agilidad ínsita a cualquier actuación empresarial. La aplicación de estos principios es fruto de una dilatada evolución de la actividad contractual de los patrimonios empresariales públicos, de una reacción contra la arbitrariedad contractual en este ámbito. El resultado de la pugna ha cristalizado en unas reglas que no por simples debieran perder consistencia y profundidad.

La perfección, al menos teórica, de la solución española parece *prima facie* que haría innecesaria la incorporación, al menos, en el ámbito contractual privado de la Administración -bien directamente o a través de sus empresas en forma jurídico-privada- de fórmulas como la del Derecho privado administrativo. Nada nuevo, como consecuencia de lo expuesto, vendrá a añadir la Directiva sustantiva a nuestro ordenamiento en relación con la contratación de las empresas mercantiles en mano pública, al menos desde el punto de vista de los principios generales aplicables, sí, en cambio, desde la perspectiva jurídico-procedimental.

En efecto, en España las empresas públicas en forma jurídico-mercantil se rigen, como se sabe, en sus relaciones *ad extra*, por las normas del Derecho privado, y sus contratos consecuentemente son de carácter jurídico-privado, en ningún caso administrativo, como impone el principio general ya reseñado más arriba. Ahora bien, estas empresas cuando contratan deben también, como los Poderes públicos, ser fiel expresión de la justicia, puesto que están manejando y asignando o adjudicando fondos públicos, la riqueza pública, sin que puedan hacerlo guiadas por los principios propios del Derecho privado, destacadamente por la autonomía de la voluntad. La verdad real es que quien está contratando es el Poder público bajo una forma jurídica atípica y, por tanto, el Derecho *debe levantar el velo* exigiendo que la fase del *in fieri* del contrato, su celebración, se someta a los principios propios del Derecho público. Por hallarse en una posición correlativa a los Poderes públicos deben hacerlo

sometidas por la mayoría de los principios que presiden la actuación pública contractual -principios enunciados en la Constitución y desenvueltos en la normativa contractual- en punto a garantizar, entre otros, la igualdad de los ciudadanos ante los beneficios públicos, objetividad en el servicio a los intereses públicos, eficacia y buen empleo del gasto y recursos públicos, etc. Por este motivo, la Transitoria 2ª del Reglamento General de Contratación del Estado (en vigor en virtud de la derogatoria única de la LCAP) somete a estos principios -salvo excepciones- la contratación de las empresas públicas españolas. Precisamente, la LCAP en su Adicional sexta, relativa a los principios de contratación en el sector público, dispone que *las sociedades mercantiles en cuyo capital sea mayoritaria la participación directa o indirecta de las Administraciones Públicas (...) se ajustarán en su actividad contractual a los principios de publicidad y concurrencia, salvo que la naturaleza de la operación a realizar sea incompatible con estos principios*⁶⁸.

2. Sobre las empresas privadas.

La Directiva, reiteramos, también, somete a las empresas privadas que gozan de los derechos ya meritados a limitaciones propias de la fase *in fieri* que recaen sobre las Entidades y empresas públicas. Este sometimiento se traduce en restricciones, de carácter positivo y negativo, sobre el ejercicio de la libertad de empresa.

Con carácter previo, y para evitar cualquier malentendido, debe advertirse que la actividad que limita la regulación comunitaria no se refiere a los contratos que estas empresas privadas celebren con los consumidores o usuarios de los bienes o servicios que prestan en virtud, básicamente, de los derechos especiales o exclusivos conferidos (relaciones de carácter jurídico-privado para un importante sector doctrinal al que nos adscribimos, aunque fuertemente administrativizadas, puesto que se enmarcan básicamente en una situación reglamentaria o estatutaria⁶⁹), sino a los contratos que celebren con sus proveedores.

Esta limitación de la actividad contractual privada ha merecido críticas por parte de algunos autores. Así, por ejemplo, DIEZ MORENO, ha señalado que la empresa en mano privada busca, ante todo, el beneficio y la competitividad, de manera que la aplicación de una regulación informada por principios del Derecho público no puede, en general, mejorar ni uno ni otra. Por otro lado, suscita la cuestión de la propia ilegalidad de la Directiva, toda vez que el único límite impuesto por el Tratado de Roma respecto de las empresas que gozan de derechos especiales o exclusivos es que los Estados no adopten ni mantengan ninguna medida contraria al resto de preceptos del Tratado, especialmente,

sobre discriminación por razón de la nacionalidad y competencia. En definitiva, la Directiva podría ser contraria al Derecho originario, por cuanto implica unas limitaciones no del todo justificadas, entre otras, a la libertad de empresa. A su juicio, en fin, hubiese sido más adecuado y ajustado al Tratado la simple aplicación de la normativa sobre competencia⁷⁰. Por su parte, SOLAS RAFECAS ha resaltado la sorpresa, incluso, la alarma que ha generado esta regulación. A su juicio, la alarma está justificada por el importantísimo límite a la autonomía de la voluntad⁷¹.

En otros Estados ha suscitado también una viva controversia, al menos entre los representantes de los sectores empresariales afectados, que contemplan las previsiones comunitarias como atentatorias a la libertad empresarial⁷².

V. VALORACION.

Hemos comprobado que la aplicación de determinados principios propios de la contratación pública suscita algunas cautelas, cuando no un abierto rechazo, resultando, por tanto, conveniente examinar a la luz de determinados principios la regulación comunitaria, en orden a fijar determinados criterios que puedan orientar su correcta valoración.

El principio de proporcionalidad constituye el principio más importante en el ámbito del Derecho económico de la Unión, constituyendo una herramienta hermeneútica de primera magnitud en orden a examinar y enjuiciar las medidas de ordenación. Su expresa incorporación al Derecho originario (art. 3 B TCE, hoy art.5) y su extensa aplicación, por ejemplo, en materia de dispensación de ayudas públicas y en el artículo 36 TCE (30 TCE) así lo corroboran. En realidad, se trata de una regla común informadora de la mayoría de los ordenamientos jurídicos internos, que en España cristaliza, entre otros, en el artículo 9.3º de la CE (interdicción de la arbitrariedad de los Poderes públicos) y en el artículo 6.1º del R.S.C.L..

Este principio se ha caracterizado, entre nosotros, siguiendo la elaboración germánica, como aquél que, en primer lugar, exige que las medidas públicas faciliten o tiendan a la consecución de la finalidad perseguida a través, en segundo lugar, de la medida menos restrictiva de la libertad, y, por último, ponderada en la relación entre ventajas e inconvenientes⁷³.

En el fondo, el principio de proporcionalidad persigue que las actuaciones públicas ordenadoras sean eficaces para la cabal satisfacción de los intereses públicos en juego.

1. Principio de proporcionalidad.

Toda interpretación sobre esta regulación debe partir de la observación de la característica más determinante de las empresas en mano privada que se desenvuelven en estos sectores. Independientemente de que el otorgamiento de la gestión prestacional de estas actividades ya se realizó, por obvias razones, al margen de la concurrencia comunitaria⁷⁴, estas empresas se hallan sustraídas -en mayor o menor medida- al juego del mercado, a sus reglas y sanciones. Los derechos exclusivos y especiales que han permitido su desarrollo empresarial son de titularidad pública, de modo que también en estas situaciones subyacen, por lo general, importantes fondos públicos de carácter inmaterial⁷⁵ -en algún caso nada menos que la propia titularidad pública de la actividad- que es lo que reclama y justifica, junto con la influencia en su política de contratación por las medidas del Ente público, la aplicación de algunos principios propios del Derecho público⁷⁶.

Junto al dato aludido no debe perderse de vista que estos sectores dirigidos son actividades prioritarias para la economía de la Unión, de gran impacto, de modo, que su efectiva liberalización determinará en buena medida la plena realización del *mercado de bienes y servicios públicos* e, incluso, del mercado interior.

El propósito último que anima estas Directivas no es, en nuestra opinión, el entorpecimiento desproporcionado de la actividad contractual, de la libertad de empresa, muy difuminada en estos casos -reducida por lo general a algunos aspectos de su *ejercicio*-. No se persigue, por ejemplo, a través de la sustracción de la *libertad de elección* de la otra parte contratante reducir el principio de la autonomía de la voluntad, sino, justamente, lo contrario, la aplicación de un proceso selectivo presidido por los principios de carácter jurídico-público, con el objetivo de, por un lado, asegurar que el reparto de los beneficios derivados de la gestión de una situación jurídica exclusiva o especial se haga en condiciones de máxima igualdad y menor discriminación posibles y que, de otro, la libertad sea efectiva, que los Poderes públicos nacionales se vean privados de la posibilidad de imponer las *compras en casa*.

Un dato especialmente significativo para emitir un juicio general sobre la proporcionalidad de la regulación, aun cuando se trata de un indicio que no constituye en sí mismo ni condición necesaria ni suficiente de aquel principio, es el tiempo transcurrido desde las primeras Directivas que excluyeron estos sectores hasta el momento que se ha adoptado una solución definitiva. Esta circunstancia, en principio, asegura que la regulación es fruto de unos trabajos preparatorios rigurosos y de una honda reflexión, máxime si se tiene presente la expe-

riencia adquirida con la aplicación de exigencias correlativas a determinados concesionarios en virtud de las Directivas de *primera generación*.

a) Utilidad.

Podrá argüirse de contrario, en punto a su idoneidad, que con independencia de lo que establece la Directiva, a estas empresas privadas ya les guía, lógicamente, de forma natural -como a cualquier inversor- el buen empleo de sus recursos, la elección de la oferta más competitiva y, que desde este punto de vista, se trataría de una medida desproporcionada por inapropiada. Por de pronto, ya hemos señalado que, en principio, la realidad constatada por la Comisión no se corresponde con ese juicio debido a la influencia ejercida por los titulares de los privilegios. Ahora bien, no deben descartarse supuestos de verdadera independencia en las adquisiciones -evidentemente no existe una relación de necesidad entre el goce de derechos exclusivos y especiales y las indicaciones públicas-, situaciones que a buen seguro provocarán no poco escepticismo hacia las previsiones de la Directiva, justamente, por *inutilidad*⁷⁷. La Unión Europea ha sido consciente de esta posibilidad y, por lo tanto, del sacrificio estéril en términos de eficiencia y flexibilidad -que deben, lógicamente, presidir el tráfico jurídico-mercantil- además de la diversa intensidad de las consignas que los Poderes públicos pueden ejercer según la actividad o sector; esto es, la distinta resistencia según los casos que cabe oponer a las medidas públicas. A este respecto, se defendió en su momento la necesidad de elaborar varias Directivas para cada sector como forma de ofrecer una solución más ajustada a cada actividad⁷⁸.

Desde luego, los riesgos de inutilidad y, por tanto, de escepticismo a que hemos aludido se hubiesen disipado a través de la simple aplicación de las normas sobre libertades económicas y libre competencia. Esta alternativa, sin embargo, determina una apertura mucho menor. Adviértase, por ejemplo, en la dificultad de probar, aunque sea por vía de indicios, las medidas, indicaciones o *sugerencias* públicas que determinan un comportamiento anticompetitivo.

En prevención, entre otros, del riesgo de inutilidad la regulación comunitaria se ha esforzado en ofrecer un modelo que aparta cualquier elemento de rigidez en punto a la elección de la convocatoria y de los procedimientos de adjudicación (véase, v. gr., sus artículos 20 y 21). Pero, además, si en estos sectores se ha constatado que realmente la competencia es efectiva como consecuencia del simple juego de autorregulación de los agentes económicos o que se han adoptado ya otras medidas que posibilitan su apertura, como sucede, por ejemplo, en algunos sectores del transporte, la propia Directiva los excluye de su aplicación⁷⁹. Es más, su

artículo 44° establece, como, por otro lado suele ser habitual, que transcurridos cuatro años desde la aplicación de la Directiva, la Comisión revisará su ámbito de aplicación y, en su caso, procederá a su modificación si se observase una evolución favorable a la apertura y la competencia.

Por último, a nuestro modo de ver, sí que hubiese sido conveniente contemplar un procedimiento que permitiese a las empresas que disfrutaban de derechos exclusivos y especiales destruir la presunción de la existencia del influjo, o, mejor, en punto a su prueba, poder demostrar su independencia en las adquisiciones.

En resumen, en nuestra opinión, la Unión no persigue diluir la ya de por sí debilitada competencia, sino a través de medidas públicas apropiadas estimular, defender la competencia, constituyendo ésta una de las causas legitimadoras más clásicas de la intervención pública en la actividad económica. Los Poderes públicos, como es obvio, no pueden no regular aquellas situaciones donde la libertad y competencia están falseadas.

b) Necesidad.

Como ha señalado BARNES *la necesidad de la medida se edifica sobre su idoneidad*, puesto que si únicamente hay una medida apropiada se convierte en automáticamente necesaria⁸⁰. Las previsiones comunitarias serían innecesarias si el Derecho privado asegurase la plena vigencia de los derechos (como defendió en Alemania en su momento EMMERICH) en las relaciones jurídicas, en nuestro caso contractuales, entre los nacionales de los Estados miembros. La actividad regulatoria de la Unión demuestra que aunque, efectivamente, el Derecho privado ha experimentado una profunda transformación, pasando de ser un reflejo fiel, en general, de la autonomía de la voluntad a un ordenamiento atento a los desequilibrios de las partes, como ha señalado entre nosotros el profesor BORRAJO, no dispone todavía de la madurez o del grado de abstracción suficiente para contemplar todas y cada una de las posiciones de poder, menos aún cuando éstas se manifiestan, en ocasiones, a través de unos cauces tan sutiles y sofisticados como los que aquí nos ocupan⁸¹.

También podrá argumentarse, no sin cierta razón, que estos derechos exclusivos y especiales han sido dispuestos al fin y al cabo por los Poderes públicos y que muchos de ellos carecen de justificación desde hace lustros. Esta es sin duda la cuestión que habrá que abordar en el futuro, la revisión y examen de las bondades reales de los diversos instrumentos públicos de asignación de los recursos y la remoción de los obstáculos jurídicos que puedan entorpecer el levantamiento de estos privilegios por parte de la Unión. Pero en tanto ese momento llega, se hace preciso adoptar medidas más realistas,

que, incluso, podrán facilitar en el futuro la propia revisión de aquellas situaciones.

c) Ponderación.

Por último, no puede reputarse la solución adoptada como una relación desigual en términos de coste-beneficio, si se tiene presente que lo que está en juego, nada menos, es el efectivo respeto de determinados principios o derechos, destacadamente el de igualdad y el sometimiento del Poder público a los principios propios de un Estado de Derecho, amén de la propia relevancia económica de las actividades contempladas. En líneas generales, a nuestro juicio, es el resultado de un cuidadoso juicio ponderativo entre los beneficios derivados de la limitación -que la propia Directiva contempla como contingente en el plano temporal- y el sacrificio correspondiente. A este respecto, en idéntico sentido, LLORENS ha indicado *que los inconvenientes, si es que deben ser calificados como tales, serán menores que los que resulten de una concurrencia mejor organizada y más abierta*⁸².

2. Principio de eficacia.

Cabe también emitir un juicio provisional sobre la posible efectiva aplicación de los mandatos de la Directiva. A este respecto, se ha pronunciado lúcidamente BROWN, indicando que únicamente lo será si las empresas privadas están *persuadidas de que el cumplimiento va en su propio interés*, es decir, que el sistema será capaz de ofrecerles una mayor rentabilidad, al permitirles contratar con el oferente más competitivo. Si esto es así, *las restricciones contractuales impuestas por la Directiva serán contempladas como una simple rutina (as a matter of course) y un pequeño precio que debe pagar la libertad de empresa*⁸³.

3. Sobre la ampliación de las soluciones coactivas.

Si esta intervención ordenadora evidenciase en su aplicación práctica sus bondades no habría razón, atendiendo al mismo principio de proporcionalidad, para no extender sus soluciones coactivas a otros ámbitos de actuación contractual. Nada habría que oponer, por ejemplo, a que la contratación de personal en régimen laboral [véanse el considerando 24 y el artículo 1.4. c) y v) de la Directiva, que excluye expresamente estas relaciones, sin otras

consideraciones] se efectuase a través de la imposición de los principios de mérito y capacidad a escala comunitaria -cito éstos a título puramente ejemplificativo por ser los que explícitamente menciona el artículo 103.3 CE y que tan certeramente sintetizan las exigencias que los principios y derechos que venimos mencionando imponen en este ámbito-. Debe tenerse bien presente, además, que en materia laboral, a diferencia de otras relaciones jurídicas bilaterales entre particulares, el ámbito de autonomía de la voluntad, en beneficio del principio de igualdad, es muy reducido, circunstancia que contribuiría a hacer más soportable una hipotética limitación⁸⁴.

Esta extensión debe ir precedida de una cuidadosa comprobación que determine si en realidad los Poderes públicos ejercen en esos ámbitos idéntico y pernicioso influjo y comparativamente, desde el punto de vista cuantitativo, tuviesen análogo efecto económico, dado que, obviamente, no siempre situaciones cualitativas idénticas presentan análogos efectos cuantitativos.

No faltará quien advierta sobre el peligro que entraña el reconocimiento y protección generalizados entre los particulares de determinados derechos (fundamentales), en términos de libertad, de autonomía de la voluntad, de sacrificio para el tráfico jurídico-privado e, incluso, en el riesgo de un *totalitarismo de los derechos (fundamentales)*⁸⁵. Sin embargo, no creemos que sea nuestro caso, toda vez que estos peligros sólo son tales si efectivamente nos hallamos ante situaciones de relaciones entre particulares en estado puro, pero no cuando la voluntad de una de ellas es emanación o proyección del Poder público, cuando disfraza posiciones públicas de poder.

En cualquier caso, la extensión indiscriminada e injustificada de normas de *ius cogens* y principios de carácter jurídico-público con una intensidad uniforme a empresas privadas que gozan de situaciones de privilegio puede acabar por convertirlas, por una alteración masiva de su régimen jurídico -que en cualquier caso parece muy improbable que se produzca- en algo que realmente no eran (peligrosísima asimilación conceptual *de facto* con la empresa pública). Pero esta es ya otra cuestión que presenta demasiadas aristas, complejidades y peligrosos recovecos como para ser abordada en estas páginas.

Valladolid, marzo de 2000

NOTAS

* Este estudio constituye un resumen de una de las partes de una futura monografía actualmente en fase de elaboración sobre la contratación pública en los sectores especiales en el Derecho comparado. El autor desea aprovechar la ocasión para manifestar su gratitud por la ayuda prestada, en diversas formas, al Ministerio de Asuntos Exteriores español; al Commissariat général aux Relations internationales de la Communauté française de Bélgica; a los profesores F. Delpérée y F. Bochkolt del Departamento de Derecho público de la Universidad de Lovaina La Nueva, por su cálida acogida, y al diplomático belga M. Verheyeweghen.

1 - Según un estudio preparado por la Comisión en 1992 los contratos públicos y parapúblicos de bienes y servicios representaban un 14,4 por cien del PIB, que se repartía en un 45 por 100 para las empresas públicas, 30 por 100 el Poder central y el resto las Entidades territoriales.

2 - La única que podía encontrarse era de carácter colateral y se contemplaba en el párrafo 4º del artículo 132, en un bloque de preceptos dedicado a la asociación de los países y territorios de ultramar.

3 - Entre otros artículos del TCE, el 6 sobre prohibición de discriminación por razón de la nacionalidad (ahora el art. 12), 30 y siguientes (ahora 28 y ss.), 52 (43) y 59 (49) y las normas sobre competencia.

4 - Por ejemplo, puesto que la jurisprudencia es muy abundante, en la Sentencia de 22 de septiembre de 1988 (as. 45/87, Comisión contra Irlanda), Rec. 1988-8, pp. 4929 y ss. El litigio surgió como consecuencia de un contrato público de obras que estaba a la sazón, en efecto, excluido del ámbito de aplicación de la Directiva 71/305 relativa a los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, puesto que se trataba de una oferta de licitación relacionada con el abastecimiento de agua. Sin embargo, como señala en su fallo el Tribunal, la inclusión en el expediente de licitación de una cláusula según la cual las conducciones de amianto-cemento para canalización a presión debían recibir el certificado de conformidad con la norma irlandesa 188-1975 obstaculizaba la importación de mercancías y, por tanto, Irlanda incumplía las obligaciones que se derivan del artículo 30 del Tratado.

5 - Sobre todo lo expuesto hasta este momento en el cuerpo del texto y sin ánimo exhaustivo, BASSOLS COMA, M., "Aproximación a la normativa comunitaria europea sobre contratación administrativa", *Noticias CEE*, núm. 21, octubre de 1986; JIMENEZ-BLANCO, A., "El impacto de la normativa europea sobre contratación administrativa en la legislación de contratos del Estado", *Noticias CEE*, núm. 21, 1986; MESTRE DELGADO, J.F., "La normativa comunitaria europea sobre contratación administrativa: una visión general", *Noticias CEE*, núm. 21, 1986; OJEDA MARIN, A., "Contratos públicos en la Comunidad Europea: la Ley de Contratos del Estado y su adecuación al ordenamiento jurídico comunitario", *RAP*, núm. 112, 1987 y "La Comunidad Europea y el GATT en el moderno sistema de contratación pública", *Libro homenaje al profesor José Luis Villar Palasí*, Civitas, Madrid, 1989; GARCÍA DE COCA, J.A., "Comentario sobre la Directiva del Consejo de 21 de diciembre de 1989 (89/665/CEE)", *CLE*, julio-agosto de 1990, núm. 23; LAURIA, E., *Appalti pubblici e mercato unico europeo*, UTET, Torino, 1991; WEISS, F., *Public procurement in European Community Law*, The Athlone Press, London, 1993, pp. 1 y ss. y 72 y ss.; LOPEZ-FONT MARQUEZ, J.F., "La apertura de los procedimientos nacionales de adjudicación de contratos públicos a las empresas de otros Estados miembros de la Unión Europea", *RAP*, núm. 133, enero-abril 1994, pp. 311 y ss.; FLAMME, M.-A. y FLAMME, Ph., "La réglementation communautaire en matière de marchés publics. Le point sur le contentieux", *R.M.U.E.* 3/1993; MATTERA, A., "Les marchés publics: dernier rempart du protectionnisme des États", en la misma publicación y número que el anterior; CHITI, M.P., "Regulation and market in the

public procurement sector", *R.E.D.P.*, vol. 7, núm. 2, 1995; PIÑAR MAÑAS, J.L., "El sistema de garantías para la efectiva implantación de la apertura de la contratación pública comunitaria, especial referencia a la Directiva 92/13/CEE, de 25 de febrero", *GJ*, 113 y 116, boletines núms. 76-77, julio-agosto y septiembre, 1992 y en el Prólogo a la obra de MORENO MOLINA, J.A., *Contratos públicos: Derecho comunitario y Derecho español*, Mc Graw-Hill, Madrid, 1996; GIMENO FELIU, J. M., *El control de la contratación pública (Las normas comunitarias y su adaptación en España)*, Madrid, Civitas, 1995; BRUNELLI, P., *Marchés publics et Union européenne*, ed. Continent Europe, Paris, 1995; RAZQUIN LIZARRAGA, M.M., *Contratos públicos y Derecho comunitario*, Aranzadi, Pamplona, 1996; OLIVIE MARTINEZ-PENALVER, L., "Los contratos de servicios en el marco de la Directiva 93/38/CEE", *NUE*, núm. 133, 1996, p. 67; MORENO MOLINA, J.A., "Las nuevas Directivas sobre contratos públicos", *NUE*, núm. 135, 1996; BRABANT, A., *Les marchés publics et privés dans la CEE et outre-mer*, Bruylant, Bruxelles, 1992 (primer vol.) y 1996 (segundo vol.); FERNANDEZ MARTIN, J. M., *The EC public procurement rules. A critical analysis*, Clarendon Press, Oxford, 1996 y GONZALEZ-IBÁÑEZ, S., "La contratación de las Comunidades Europeas", *RAP*, núm. 142, 1997 y "Una tesis sustancialista del contrato administrativo", *REALA*, núm. 279, 1999.

6 - MATTERA, A., "Les marchés publics: dernier rempart du protectionnisme des États", cit., pp. 5 y ss. y MORENO MOLINA, J.A., *Contratos públicos...* op. cit., pp. 52 y ss.

7 - Sobre esta cuestión, GUIBAL, M., "Codification et simplification du droit des marchés publics", *AJDA* spécial, juillet-août 1994, pp. 6 y ss.

8 - La literatura jurídico-administrativa nacional ha propuesto, por esta razón, otras denominaciones más precisas. MARTINEZ LOPEZ-MUÑIZ, PIÑAR MAÑAS o DIEZ MORENO se han inclinado por la designación de Directivas especiales o contratación en sectores especiales. Vid., respectivamente, "Examen de la contratación de los Entes instrumentales. Estudio especial del Derecho comunitario", en la obra colectiva *Eficacia, discrecionalidad y control judicial en el ámbito administrativo*, Cuadernos de Derecho Judicial, Madrid, 1994, p. 385; "El Derecho comunitario de la contratación pública, marco de referencia de la nueva Ley", en la obra colectiva *Comentario a la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas*, Madrid, 1996, p. 41 y en la p. XIV del prólogo a la obra de MORENO MOLINA, J.A., *Contratos públicos...* op. cit. y "Los denominados sectores excluidos: Agua, energía, transportes y telecomunicaciones (Disposición Transitoria sexta de la Ley 13/1995)", también en la obra colectiva *Comentario a la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas*, Civitas, Madrid, 1996, p. 932.

Otros se han inclinado por los términos ingleses *public utilities*. Véase, por ejemplo, WEISS, F., *Public procurement in European Community Law*, op. cit., pp. 117 y ss.; BROWN, A., "The extension of the community public procurement rules to utilities", *C.M.L.R.*, 30, 1993 y TEMPLE, E., y BRIGHT, CH., *Public Procurement Contracts*, Croner Publications, 1994, Biggleswade, pp. 151 y ss.

9 - Véanse, respectivamente, JOCES L 185 de 16.8.1971, p. 5 y L 13 de 15.1.1977, p. 1.

10 - Las Directivas se publicaron respectivamente en los DOCES L 127 de 20.5.1988, p. 1 y L 210 de 21.7.1989, p. 1.

11 - Vid. MATTERA, A., *El mercado único europeo. Sus reglas, su funcionamiento*, Civitas, Madrid, 1991, pp. 393-395 y 411 y WEISS, F., *Public procurement...* op. cit., pp. 73 y 117.

12 - DOCE L 209 de 24.7.1992, p. 1. Esta Directiva ha sido modificada por la 97/52/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 13 de octubre de 1997, por la que se modifican las Directivas 92/50/CEE, 93/36/CEE y 93/37/CEE sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de servicios, de los contratos públicos de suministros y de los contratos públicos de obras, respectivamente (DOCE L 328 de 28.11.1997, p. 1).

13 - Vid. MATTERA, A., *El mercado único...* op. cit., p. 394; FLAMMINEIS, A., "Assonances and dissonances between community Directives and National Laws", *Rivista di Politica Economica*, august-september, 1994, pp. 49-50; BROWN, A., "The extension of the community...", cit., p. 722; WEISS, F., *Public Procurement...* op. cit., p. 118; WINTER, J.A., "Public procurement in the EEC", *C.M.L.R.*, vol. 28, núm. 4, 1991, p. 763; EECKHOUT, P., *The European internal market and international trade: A legal analysis*, Clarendon Press, Oxford, 1994, pp. 305-306; SANTIAS VIADA, J.A., SANTAMARIA DE PAREDES, V. y LOPEZ BLANCO, C., *El Derecho comunitario de la contratación pública*, Ministerio de Economía y Hacienda, Madrid, 1991, pp. 52-53; MARGUE, T.-L., "L'ouverture des marchés publics dans la Communauté" (2^e partie), *R.M.U.E.*, 3/1991, p. 193; RAZQUIN LIZARRAGA, M. M^a., *Contratos públicos...*, cit., pp. 66-68 y MORENO MOLINA, J.A., "Las nuevas Directivas...", cit., p. 36.

Como ejemplo evidente de la diversidad de estatutos jurídicos puede aportarse el de la distribución de agua potable a poblaciones. Vid. nuestro estudio "El servicio público local de abastecimiento, saneamiento y depuración de agua potable a poblaciones", *Libro homenaje al profesor Ramón Martín Mateo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000.

14 - Se ha puesto de manifiesto, por ejemplo, que las Directivas de primera generación fueron aprobadas en un contexto de recesión que motivó la oposición de los Estados miembros a abrir sectores económicos tan importantes; donde están presentes numerosas industrias de alta tecnología y dotadas de gran capacidad para estimular la investigación y desarrollo. En este orden de cosas WEISS, F., *Public procurement...* op. cit., p. 118.

Por otro lado, debe tenerse presente su especial trascendencia económica -como se resalta en el Informe Atkins- que tiene adecuado reflejo, por ejemplo, en el elevado consumo de las Entidades controladas por los Poderes públicos que operan en los sectores especiales. De nuevo, WEISS, F., *Public...* op. cit., p. 119; MARGUE, T.-L., "L'ouverture...", cit., pp. 193-194; FLAMME, Ph. y FLAMME, M.-A., "La panoplie des Directives marchés publics se complète: Les secteurs hier exclus (eau, énergie, transports et télécommunications) ne le seront plus demain", *RMC*, núm. 343, 1991, p. 348; VINOIS, T., "L'ouverture des marchés publics à l'horizon 1993", *Aspects du droit des marchés publics. Droit suisse, Droit européen et droit comparé*, ed. Universitaires Fribourg Suisse, Fribourg 1992, p. 45; BROWN, A., "The extension...", cit., p. 722 y VANNI D'ARCHIFARI, R., "The dynamics of the EU Public Procurement Directives and problems of their assimilation by member States", *Rivista di Politica Economica*, august-september, 1994, p. 15.

15 - En efecto, razones correlativas determinaron que en el cuadro original de exclusiones recogido en el artículo 4^o de la Directiva 80/723/CEE sobre transparencia de las relaciones financieras apareciesen las empresas públicas que se desenvuelven en los sectores del agua, energía, correos y telecomunicaciones, transportes y establecimientos de crédito público. Su inclusión se ha producido como consecuencia de la modificación operada por la Directiva de 24 de julio de 1985. Sobre esta modificación véase MONTOYA MARTIN, E., *Las empresas públicas sometidas al Derecho privado*, Marcial Pons, Madrid, 1996, pp. 185-186.

16 - En este sentido, por ejemplo, CHITI, M.P., "Regulation...", cit. y SUBRE DE BIEUSES, P., "La incidencia del Derecho comunitario europeo sobre el derecho francés de contratos públicos: El caso de la Directiva *recursos*", en la obra colectiva *Contratación pública*, Marcial Pons, 1996, Madrid, p. 168.

Véanse, además, los Preámbulos de las Directivas sobre antiguos sectores excluidos que citamos a continuación en el cuerpo del texto.

17 - COM (85) 310 final, Bruselas, 14 de junio de 1985.

18 - VANNI D'ARCHIFARI, R., "The dynamics...", cit., p. 18; WEISS, F., *Public procurement...* op. cit., pp. 117-118; RAZQUIN

LIZARRAGA, M. M^a., *Contratos públicos...*, op. cit., p. 22 y WINTER, J.A., "Public procurement...", cit., pp. 741 y 748.

19 - DOCE L 297 de 29.10.1990, p. 1. Esta Directiva fue modificada por la 94/22/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 30 de mayo de 1994, relativa a las condiciones para la concesión y el ejercicio de las autorizaciones de prospección, exploración y producción de hidrocarburos (DOCE L 164 de 30.6.1994), que añade un apartado 5^o al artículo 3^o.

20 - Publicadas respectivamente en los DOCES L 76 de 23.3.1992, p.14 y L 395 de 29.12.1989, p.33.

Vid., por ejemplo, PIÑAR MAÑAS, J.L., "El sistema de garantías...", cit.; RAZQUIN LIZARRAGA, M. M^a., *Contratos públicos...* op. cit., pp. 90 y ss. y 264 y ss. y DIEZ MORENO, F. y OLIVIE MARTINEZ-PEÑALVER, L., "La Directiva de recursos para la contratación de los sectores del agua, energía, transportes y telecomunicaciones", *Noticias CEE*, núm. 97, febrero 1993, pp. 61 y ss.

Nosotros hemos sostenido que la Directiva 89/665 nació transpuesta al ordenamiento jurídico español, en línea con lo sostenido por un sector doctrinal, el Consejo de Estado y el propio Legislador, aunque también es cierto que advertimos la necesidad de introducir medidas que descongestionasen las vías administrativa y judicial; modificaciones que asegurasen una resolución rápida del incidente suspensivo; el riesgo de la inejecución de sentencias adversas a los intereses de la Administración, etc., "Comentario sobre la Directiva del Consejo de 21 de diciembre de 1989 (89/665/CEE)", cit. Para otro sector de la literatura (por ejemplo, GIMENO FELIU, J. M^a., *El control de la contratación pública*, Civitas, Madrid, 1995, pp. 81 y ss.), por el contrario, nuestro sistema de recursos administrativos y jurisdiccionales no permiten la cabal satisfacción de los intereses jurídicos que pretende salvaguardar la precitada Directiva, por lo que en realidad debía haberse procedido a su transposición.

Por el contrario, las especiales exigencias que se derivan de la Directiva 92/13 entiendo que efectivamente requerían su necesaria transposición al ordenamiento jurídico español. En el mismo sentido, RAZQUIN LIZARRAGA, M. M^a., *Contratos...* op. cit., pp. 264 y ss.

21 - DOCE L 199 de 9.8.1993, p. 84. La Directiva 93/38 ha sido modificada por la 98/4/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 16 de febrero de 1998 (DOCE L 101 de 1.4.1998, p.1) como consecuencia de los acuerdos resultantes de las negociaciones multilaterales de la Ronda Uruguay (1986-1994). Un breve comentario sobre la relación entre el Nuevo Acuerdo y las modificaciones introducidas en relación con la Proposición de Directiva puede consultarse en PIROTTE, Ch., "Simplification des règles d'ouverture des marchés publics", *R.M.U.E.*, 2/1995, pp. 167-169.

Insistimos en que las Directivas 92/50, 93/36 y 37 han sido modificadas por la Directiva 97/52/CE como consecuencia también de los acuerdos resultantes de las negociaciones de la Ronda Uruguay.

22 - En general sobre la situación jurídica anterior a la incorporación pueden consultarse las obras colectivas, *La contratación pública en los llamados sectores excluidos. Agua, energía, transportes y telecomunicaciones*, Civitas, Madrid, 1997 y *Contratación empresarial en los sectores de transportes, energía, telecomunicaciones y agua potable. Los llamados contratos de interés público*, Cámara de Comercio e Industria de Madrid, Madrid, 1996.

23 - Vid. sobre el significado y consecuencias de esta Transitoria, entre otros, DIEZ MORENO, F., "Los denominados sectores excluidos...", *Comentario...*, op. cit., pp. 930-931 y 935 y RAZQUIN LIZARRAGA, M. M^a., *Contratos...* op. cit., pp. 257 y ss.

24 - Vid. PIÑAR MAÑAS, J.L., "El Derecho comunitario...", cit., pp. 41-42; PIÑAR MAÑAS, J.L. y HERNANDEZ CORCHETE, J.A., "El contrato de obras en el ámbito de los sectores excluidos", p. 129 y MARTINEZ LOPEZ-MUÑIZ, J.L., "El contrato de suministro en los sectores excluidos", p. 143, estos dos últimos

estudios en la obra colectiva *La contratación pública en los llamados sectores excluidos*, op. cit.

25 - Bajo la referencia a órganos de contratación y Entidades de Derecho público se incluyen, de conformidad con la propia interpretación que del ámbito subjetivo de aplicación de esta Disposición transitoria ha establecido la Junta Consultiva de Contratación Administrativa (Dictamen de 21 de diciembre de 1995, en respuesta a la consulta de UNESA), Administraciones públicas, Organismos Autónomos y Entes públicos creados para satisfacer necesidades de interés general que no tengan carácter industrial o mercantil.

26 - Esta inadecuada transposición abría paso a la aplicación directa de la regulación comunitaria que reuniese las condiciones de claridad, precisión e incondicionalidad reclamadas por la jurisprudencia del Tribunal de Luxemburgo y a eventuales acciones de responsabilidad contra nuestro Estado. En relación con la aplicabilidad directa en el caso concreto de estas Directivas por incumplimiento en su transposición, NIHOUL, P., "Le régime juridique des marchés publics de certaines entreprises publiques économiques fédérales et regionales", *Adm. Publ.*, T 2/1995, p. 157; PIÑAR MAÑAS, J.L., "El sistema...", cit., p. 14; VANNI D'ARCHIFARI, R., "The dynamics...", cit., p. 23 y, en general, las importantes Sentencias del Tribunal de Luxemburgo en materia de contratos públicos de 20 de septiembre de 1988 (As. Gebroeders Beentjes BV contra Estado de los Países Bajos), Rec. 1988-8, pp. 4635-4664 y de 22 de junio de 1989 (As. Fratelli Costanzo SpA contra Municipio de Milán), Rec. 1989, pp. 1839 y ss.

27 - Vid. AUBY, J.-F. y BRONNER, F., "L'Europe des marchés publics", *AJDA*, 20 abril 1990, p. 260.

Sobre las razones que justifican la transposición de la regulación comunitaria sobre contratos excluidos en relación a las Entidades privadas en una Ley distinta de la 13/1995, entre nosotros, SANTIAS VIADA, J.A., SANTAMARIA DE PAREDES, V. y LOPEZ BLANCO, C., *El Derecho comunitario...* cit., p. 238; DIEZ MORENO, F. y OLIVIE MARTINEZ-PEÑALVER, L., "La Directiva de recursos...", cit., p. 66 y Dictamen del Consejo de Estado núm 214/92, *Recopilación de Doctrina Legal*, Madrid, 1992, pp. 358-359.

28 - Esta exigencia jurídico-formal para la transposición ha sido unánimemente reclamada por la literatura y el Consejo de Estado, por ejemplo: DIEZ MORENO, F. y OLIVIE MARTINEZ-PEÑALVER, L., "La Directiva de recursos...", cit., p. 65; DIEZ MORENO, F., "Los denominados...", cit., pp. 962-963; GIMENO FELIU, J. M^a, *El control de la contratación...* cit., pp. 108-109; RAZQUIN LIZARRAGA, M. M^a, *Contratos...* op. cit., p. 260 y el Dictamen ya citado del Consejo de Estado, pp. 358-359.

29 - En este orden de cosas, un Anteproyecto de Ley fue elaborado por el ya desaparecido Ministerio de Obras Públicas, Transportes y Medio Ambiente, de fecha 5 de mayo de 1995, cuyo contenido, sorprendentemente, se limitaba a reproducir la Directiva 93/38. Digo sorprendentemente porque la transposición constituye, generalmente, como es sobradamente conocido, una operación jurídica más compleja que la simple fiel reproducción del contenido de la Directiva; réplica que además significaba, de un lado, un desentendimiento del Estado de su obligación de buscar aquellas medidas más adecuadas para asegurar su efecto útil y, de otro, una renuncia al margen de autonomía en cuanto a la elección de los medios o métodos que concede el Derecho comunitario en orden a alcanzar la obligación de resultado.

A este respecto es bien significativa la conocida sentencia del Tribunal de Luxemburgo en materia de contratación pública de 17 de noviembre de 1993 (As. C-71/92, Comisión contra España), Rec. 1993, pp. 5978 y ss., donde reproduciendo jurisprudencia reiterada señala: "(...) la adaptación del derecho interno a una Directiva no exige necesariamente una reproducción formal y textual de sus disposiciones en una disposición legal y expresa y específica y puede ser suficiente, en función de su contenido, un contexto jurídico general, siempre que este último garantice efectivamente la plena aplicación de la

Directiva de una manera suficientemente clara y precisa, para que, si la Directiva tiene como fin crear derechos en favor de los particulares, los beneficiarios estén en condiciones de conocer todos sus derechos y ejercitarlos, en su caso, ante los órganos jurisdiccionales nacionales".

30 - La doctrina, sobre todo en los últimos tiempos, ha reaccionado enérgicamente contra esta tendencia, poniendo de manifiesto los peligros que encierra y la necesidad, consecuentemente, de contener la actuación jurídico-privada de la Administración (EHLERS). Vid., por todos, LAGUNA DE PAZ, J.C., "La renuncia de la Administración pública al Derecho administrativo", *RAP*, núm. 136, 1995, pp. 201-229.

El profesor BORRAJO INIESTA ha indicado, en cambio, que la huida del Derecho administrativo no implica necesariamente una huida del Derecho y del control jurisdiccional, simplemente se traduce en un intercambio de principios y de orden jurisdiccional, "El intento de huir del Derecho administrativo", *REDA*, núm. 78, 1993.

31 - Como señaló, por ejemplo, hace algunos años entre la literatura BERMEJO VERA, J., *Régimen jurídico del ferrocarril en España (1844-1974). Estudio específico de Renfe*, Tecnos, Madrid, 1975, pp. 262 y ss. Más recientemente, en parecidos términos, VILLAR PALASI, J.L., "Tipología y Derecho estatutario de las Entidades instrumentales de las Administraciones públicas", *Administración instrumental. Libro homenaje a Manuel Francisco Clavero Arévalo*, vol. I^o, IGO y Civitas, Madrid, 1994, pp. 159 y ss. y MARTIN-RETORTILLO, S., "Las empresas públicas: Reflexiones del momento presente", *Administración instrumental. Libro homenaje a Manuel Francisco Clavero Arévalo*, vol. II^o, IGO y Civitas, Madrid, 1994, pp. 1062-1063.

Sobre el concepto y alcance del Derecho económico, vid., v. gr., DE LAUBADERE, A. y DELVOLVE, P., *Droit public économique*, Dalloz, 1986, pp. 5 y ss.

32 - En "Privatización de empresas públicas y Derecho comunitario", *RAP*, núm. 133, 1994, p. 29.

33 - Vid. PREDIERI, A., "Estado y mercado: La ósmosis como elemento cualificador y legitimante", *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, núm. 17, enero-abril, 1994, p. 9.

34 - En cuanto a los servicios de transporte, se considera que existe una red cuando el servicio se presta con arreglo a las condiciones establecidas por una autoridad competente de un Estado miembro, tales como las condiciones relativas a los itinerarios, a la capacidad de transporte disponible o a la frecuencia del servicio.

35 - Existen actividades y contratos excluidos, además de las cláusulas habituales de exclusión. Entre las actividades no cubiertas destacan los contratos que las entidades contratantes adjudiquen para la compra de agua y el suministro de energía o de combustibles destinados a la producción de energía. Esta última exención fue largamente discutida, considerándose que existen numerosos obstáculos, técnicos y normativos (por ejemplo, la ausencia de un principio de *common carrier*) a las compras internacionales en este ámbito y que las reglas de la Directiva no permitirían resolver el conjunto de los obstáculos existentes. Se consideró, en fin, preferible abordar el problema de las compras de energía y de combustibles en el contexto más global del Mercado Interior de la Energía. Vid. MARGUE, T.-L., "L'ouverture...", cit., pp. 195-196 y 201 y ss.

36 - La Directiva considera que una empresa goza de un derecho especial o exclusivo cuando éstos resulten de una habilitación administrativa otorgada por una autoridad competente del Estado, en virtud de una disposición legal, reglamentaria o administrativa que tenga por efecto reservar, a una o varias entidades, el ejercicio de actividades cubiertas por la Directiva (artículo 2.3 de la Directiva). A título exclusivamente ejemplificativo, la Directiva establece que se considerará que una entidad contratante goza de este tipo de derechos cuando, por ejemplo, a) con el fin de construir las redes o efectuar las instalaciones a que se refiere el apartado 2, dicha entidad pueda recurrir a un procedimiento de expropiación pública o de servidumbre, o utilizar el suelo, el subsuelo y el espacio situado sobre la vía

pública para instalar los equipos de las redes y b) en el caso de la letra a) del apartado 2, dicha entidad suministre agua potable, electricidad, gas o calefacción a una red que a su vez sea explotada por una entidad que goce de derechos exclusivos o especiales concedidos por una autoridad competente del Estado miembro correspondiente.

37 - Vid., por ejemplo, ESTEVA MOSSO, C., "La compatibilité des monopoles de droit du secteur des télécommunications avec les normes de concurrence du Traité CEE", *CDE*, 1993, núms. 3-4, p. 448.

38 - Sobre la dificultad de determinar lo que sean derechos especiales y su efecto reserva sobre la actividad: HANCHER, L., "La transposición de las normas comunitarias sobre contratos administrativos en el Reino Unido", en *Contratación pública*, op. cit., p. 114 y SACCHETTINI, A., "La Comunidad Europea y los contratos públicos. Nociones básicas y desarrollo reciente", *Contratación pública*, op. cit., p. 103, anotación núm. 10.

Sobre la distinción de carácter cuantitativo entre derechos especiales y exclusivos, PAIS ANTUNES, L.M., "L'article 90 du Traité CEE. Obligations des Etats membres et pouvoir de la Commission", *RTDE*, núm. 2, avril-juin 1991, pp. 193 y ss. y DE LA QUADRA-SALCEDO, T., *Liberalización de las telecomunicaciones, servicio público y constitución económica europea*, CEC (Cuadernos y debates, núm. 56), pp. 61-62.

Véase también la importante Sentencia de 4 de mayo de 1988 (As. 30-87, Corinne Bodson contra SA Pompes funèbres des régions libérées), Rec. 1988-5.

39 - Con razón PAPPALARDO señaló tempranamente que la clave del artículo 90.1º reside en determinar qué se entiende por medida. En cualquier caso, lo decisivo es fijar determinadas reglas que nos permitan indicar con cierta exactitud a quién es atribuible materialmente los comportamientos, sobre todo, en supuestos límite (v. gr. concesionarios), "Régime de l'article 90 du traité CEE: Les aspects juridiques", *L'entreprise publique et la concurrence*, De Tempel, Bruges, 1969, pp. 86-94; NICOLAYSEN, G., "Le secteur public dans le cadre d'un plan national", en la misma obra que el estudio de Pappalardo, pp. 343-346; DERINGER, A., "Les articles 90 et 37 dans leurs relations avec un régime de concurrence non falsifiée", en la misma obra, pp. 393-400 y PAIS ANTUNES, L.M., "L'article 90...", cit., pp. 197 y ss.

40 - Con el objetivo de vigilar su cumplimiento se estableció un sistema de notificación de las operaciones realizadas, que fue frecuentemente incumplido (o no se notificaba o se notificaba señalando que el Estado carecía de empresas de esa naturaleza), además de que al precepto en cuestión le afectaron ciertas excepciones establecidas por el propio Tratado.

Al parecer, España notificó siempre los contratos de suministro celebrados por la CAT, y más tarde por el SENPA, CAMPSA y TABACALERA. Vid. AVILA, A.M., CASTILLO URRUTIA, J.A. y DIAZ MIER, M.A., *Regulación del comercio internacional tras la Ronda Uruguay*, Tecnos, Madrid, 1994, pp. 159-160.

41 - Un Protocolo adicional de modificación del Acuerdo, firmado también en Ginebra el 2 de febrero de 1987, entró en vigor el 14 de febrero de 1988.

42 - Aunque vinculado con anterioridad por su pertenencia a la Comunidad, según dispuso expresamente el artículo 4º del Tratado de Adhesión Lisboa-Madrid.

43 - En su vertiente objetiva, por ejemplo, sólo se aplicaba a los contratos, y no todos, de suministro (y a algunos servicios ligados al suministro de bienes) y contratos de *leasing* -en virtud del Protocolo- que superasen un determinado umbral y únicamente a las compras de los Poderes públicos centrales.

44 - Su contenido puede consultarse en el suplemento al BOE de 24 de enero de 1995, pp. 227-242. Este Acuerdo se ha integrado en el ordenamiento jurídico comunitario en virtud de la Decisión 94/800/CE del Consejo de 22 de diciembre de 1994 (DOCE L 336, de 23 de diciembre). Su posición jerárquica es de subordinación al Tratado, pero de primacía sobre el Derecho derivado. Vid. al respecto el comentario de J. RIDEAU al artículo

228 en *Traité instituant la CEE*, Economica, Paris, 1992, en especial, pp. 1446 y ss. y ALONSO GARCIA, R., *Derecho comunitario. Sistema constitucional y administrativo de la Comunidad Europea*, ed. CEURA, Madrid, 1994, pp. 245-247.

45 - Sobre todo lo expuesto, KARRER, A., "La libéralisation des achats publics dans le cadre du GATT", *Aspects du droit...op. cit.*, pp. 25-36; KING, M. y GRAFF, G. DE, "L'Accord sur les marchés publics dans le cadre de l'Uruguay Round", *R.M.U.E.*, 4/1994; RAPP, L., "Les marchés des entreprises publiques et les accords du GATT", *AJDA*, 1/1995, pp. 9-10; TERNEYRE, P., "Les sources du droit des marchés publics", *Droit des marchés publics*, vol. I, éditions Le Moniteur, 1993, pp. 6 y ss. (con las actualizaciones correspondientes); JANOT, P., "Les accords internationaux sur les marchés publics: Des résultats réels mais limités", *RFAP*, núm. 33, 1985; EECKHOUT, P., *The European internal market...*, op. cit., pp. 302-304; LOPEZ LOPEZ, N., "Acuerdo sobre compras del sector público", *Boletín económico de ICE*, 1994, pp. 139 y ss. (en especial, pp. 140-142) a quien pertenece el entrecomillado del texto, número extraordinario dedicado a la Ronda Uruguay del GATT; MARGUE, T.-L., "L'ouverture...", cit. (3º et dernière partie), *R.M.U.E.*, 4/1991, pp. 163 y ss.; KUIJPER, P.J., "The conclusion and implementation of the Uruguay Round results by the EC", *European Journal of International Law*, vol. 6, núm. 2, 1995, pp. 237-239; OJEDA MARIN, A., "La Comunidad Europea y el GATT...", cit.; BASSOLS COMA, M., en la obra colectiva *Derecho de los contratos públicos*, Praxis, Madrid, 1995, pp. 98-100; SANTIAS VIADA, J.A., SANTAMARIA DE PAREDES, V. y LOPEZ BLANCO, C., *El derecho...op. cit.*, pp. 40-43 y 47-48; DIAZ MIER, M.A. y AVILA ALVAREZ, A.M., "El nuevo acuerdo sobre contratación pública", *NUE*, núm. 133, 1996, pp. 53-65; MANIN, Ph., "A propos de l'accord instituant l'Organisation mondiale du commerce et de l'accord sur les marchés publics: la question de l'invocabilité des accords internationaux conclus par la Communauté européenne", *RTDE*, 1997-3 y OLIVERA MASSO, P., "La problemática sobre la delimitación del ámbito subjetivo de las normas internacionales sobre contratación pública: La Administración instrumental en las Directivas de la Comunidad Europea y en el Acuerdo de contratación pública de la Organización Mundial del Comercio", *RAP*, núm. 145, 1998.

Véanse, además, las Decisiones del Consejo 80/271/CEE, de 10 de diciembre de 1979 (DOCE L 71, de 17 de marzo de 1980), por la que se aprueba en nombre de la Comunidad el viejo Acuerdo y 87/565/CEE, de 16 de noviembre de 1987 (DOCE L 345, de 9 de diciembre de 1987), de aprobación del Protocolo de 1987.

46 - Véase, por ejemplo, la Directiva 71/304, de 26 de junio de 1971, relativa a la supresión de restricciones a la libre prestación de servicios en el sector de los contratos públicos de obras y a la adjudicación de contratos públicos de obras por medio de agencias o sucursales (DOCE L 185, de 26 de julio de 1971). Esta norma cita a su vez las Directivas 64/427/CEE y 64/429/CEE, de 7 de julio de 1964, que ya imponían en materia de contratación entre particulares la prohibición de discriminación por razón de la nacionalidad. Vid. LOPEZ-FONT MARQUEZ, J.F., "La apertura de los procedimientos...", cit., p. 313.

47 - En este sentido, WEISS, F., *Public procurement...op. cit.*, p. 45.

48 - Véase sobre la naturaleza jurídico-privada de los contratos celebrados por los concesionarios, entre nosotros, SALAS HERNANDEZ, J., "Sobre la naturaleza jurídica de las relaciones entre los usuarios de servicios públicos y las empresas concesionarias", *REDA*, núm. 4, p. 42 y E. GARCIA DE ENTERRIA en, por ejemplo, *Los principios de la nueva Ley de Expropiación Forzosa*, Civitas, Madrid, 1984, p. 203.

En contra, por ejemplo, RIVERO YSERN, E., *El Derecho administrativo y las relaciones entre particulares*, IGO, 1969, pp. 175 y ss. (siguiendo a BENOIT, ALESSI y MOLTEND) y "La protección del usuario de los servicios públicos", *RAP*, núm. 87, 1987, pp. 229 y ss. y GARRIDO LOPERA, J.M., *El servicio público de abastecimiento de aguas a poblaciones*, I.E.A.L., Madrid,

1973, pp. 274 y ss.

49 - El profesor M. VINYOLE I CASTELLS se ha pronunciado en favor de esa fractura en los contratos celebrados por concesionarios en *La adjudicación de los contratos públicos*, Civitas, 1995, p. 31.

50 - Vid. algunas consideraciones al respecto en CHITI, M.P., "Regulation...", cit., p. 375 y ZILLER, J., "Droit administratif et droit communautaire: du bon usage du principe de subsidiarité", *Mélanges René Chapus. Droit administratif*, Montchrestien, Paris, 1992, pp. 681 y ss.

51 - Vid. *Contratos...* op. cit., p. 223 y "El Derecho comunitario...", cit., p. 51.

52 - Por ejemplo, la LCAP en el artículo 132, reproducción del artículo 29 bis de la Ley de Contratos del Estado, enmarcado en el Título dedicado al contrato de obras públicas -ubicado en una sección específica dedicada al resucitado contrato de concesión de obras públicas-, contempla la posibilidad de situar en la posición de concesionario, de adjudicatario de un contrato administrativo, a un Poder público. Véase, por ejemplo, a este respecto el artículo 1 ter 3 de la Directiva, ya citada, sobre coordinación de los procedimientos de celebración de los contratos públicos de obras 89/440 (DOCE L 210 de 21.7.1989, p. 1).

Sobre la condición conjunta, cada vez más habitual, de poder adjudicador-concesionario, Llorens, F., "La réglementation communautaire des marchés publics et le droit des concessions", *RMC*, núm. 332, 1989, pp. 608 y 618.

La doble posición de Poder público-concesionario surge a finales del XIX y principios del presente siglo con especial vigor en el ámbito municipal al calor de la incipiente actividad prestacional de las Entidades locales, asumiendo éstos la condición de concesionarios del Estado. La doctrina ha eludido un estudio en profundidad de esta figura concreta, limitándose a calificarla (por ejemplo, A. DE LAUBADERE, como *noción monstruosa, por relación a la teoría clásica*), vid. GARCIA DE ENTERRIA, E., "La actividad industrial y mercantil de los Municipios", *RAP*, núm. 17, p. 97 y ENTRENA CUESTA, R., "Consideraciones sobre la teoría general de los contratos de la Administración", *RAP*, núm. 24, en especial, pp. 67 y ss. En realidad, la doble condición de Poder público-concesionario es más aparente que real dado que su posición jurídica de concesionario se yuxtaponen sobre su condición pública. El desvestimiento de la faceta de Poder tiene por objetivo facilitar el ejercicio de las potestades exorbitantes por parte del Ente adjudicador en beneficio del buen cumplimiento del contrato.

53 - *Arrêt Sté Brosette* de 30 de enero de 1931; *arrêt Prade*, de 18 de diciembre de 1936; *arrêt Sté Schwartz* de 24 de febrero de 1954; *arrêt Leduc*, de 2 de junio de 1961; *Société d'équipement de la région montpelliéraine* de 30 de mayo de 1975; *Dame Culard* de 18 de junio de 1976 y *Sté des autoroutes de la région Rhône Alpes* de 3 de marzo de 1989.

54 - En concreto, en el supuesto de contratos entre una *empresa mixta* concesionaria de una autopista o carretera y otra empresa en mano privada en orden a la ejecución de las obras correspondientes (asunto *Entreprise Peyrot c. Société de l'autoroute Estérel-Côte d'Azur*, de 8 de julio de 1963).

55 - Vid. DE LAUBADERE, A., VENEZIA, J.-C. y GAUDEMET, Y., *Traité de droit administratif*, L.G.D.J., Paris, 1994, Tomo I^o, 13^e ed., pp. 691 y ss. (con mención a las nuevas tendencias abiertas a través de la noción de representación por el Consejo de Estado y el Tribunal de Conflictos); FERNANDEZ RODRIGUEZ, T.-R., "¿Contratos administrativos entre personas privadas?", *REDA*, núm. 1, abril-junio, 1974, pp. 115-118 y MONTOLYA MARTIN, E., *Las empresas públicas...*, op. cit., pp. 532 y ss.

En relación con la injustificación a que hemos aludido en el texto, señala T.-R. FERNANDEZ, siguiendo a NEGRIN (*L'intervention des personnes morales de Droit privé dans l'action administrative*), que el criterio que orientó la decisión del Tribunal de Conflictos de considerar de carácter administrativo contratos entre particulares obedeció a la necesidad de evitar la *privatización* de las grandes obras públicas, concepción que a la vista de la tendencia creciente, ya en aquella época, a

acudir a la empresa privada para la ejecución de este tipo de obras debía consecuentemente calificarse de obsoleta. Por otro lado, casi simultáneamente al asunto *Entreprise Peyrot* se dictaron diversas decisiones en asuntos correlativos calificándolos como privados, precisamente por la ausencia de una persona pública (*S.N.C.F. c. Solon* de 17 de enero de 1972; *Sté des grands travaux alpins* de 10 de noviembre de 1972 y *Sté immob. de St-Gratien* de 2 de febrero de 1972).

Vid. también GARCIA DE ENTERRIA, E. y FERNANDEZ RODRIGUEZ, T.-R., *Curso de Derecho administrativo*, vol. I^o, séptima ed., Madrid, 1995, pp. 668 y ss. y LLORENS, F., "La réglementation...", cit., pp. 617 y ss. y 623 (anotación núm. 105) y, sobre la diferencia, entre concesión de servicio público y mandato tácito, del mismo autor, "La définition actuelle de la concession de service public en Droit interne", en el opúsculo colectivo, *La concession de service public face au droit communautaire*, ed. Sirey, Paris, 1992, pp. 48-50.

56 - Sobre la existencia de relaciones jurídico-administrativas entre particulares véase el estudio de RIVERO YSERN, E., *El Derecho administrativo y las relaciones entre particulares*, op. cit., pp. 126 y ss. En general véase también GARCIA DE ENTERRIA, E. y FERNANDEZ, T.-R., *Curso...* op. cit., pp. 41 y ss.

Es posible, en determinadas circunstancias, la existencia de relaciones jurídico-administrativas entre particulares cuando uno de ellos asume la función propia de un Poder público, cuando ejercita en su nombre, por delegación, facultades o poderes públicos, sus peculiares prerrogativas, que le permiten adoptar decisiones susceptibles de imponer a terceros. También en este caso resulta reveladora la experiencia del Estado vecino. La postura tradicional en Francia consistió en señalar que los actos administrativos no pueden provenir de personas privadas, aunque, la jurisprudencia ha admitido desde los años cuarenta -en algunos casos suscitando vivas controversias- la posibilidad de que determinados particulares que gestionan servicios públicos administrativos, en un primer momento, y de carácter industrial y comercial, más tarde, incluso, en los últimos tiempos las sociedades mutualistas de la Seguridad social (personas privadas), pueden, estando dotados de *puissance publique*, dictar disposiciones y actos administrativos. Vid., por ejemplo, MODERNE, E., "Decadencia del punto de vista orgánico en la definición del acto administrativo en Derecho francés: los actos administrativos de origen privado", *REDA*, núm. 4, 1975, pp. 3-15.

Lo mismo en Italia, PICOZZA, E., "La contratación pública en Italia", *Contratación pública*, op. cit., p. 149 y SPAMPINATO, B., "Sull'estensione della giurisdizione amministrativa agli atti del privato concessionario", *Foro Amm.*, 1997-3.

La doctrina jurisprudencial francesa explica satisfactoriamente que algunos preceptos del ordenamiento jurídico español atribuyan la cualidad de administrativos a determinados actos dictados por concesionarios como, por ejemplo, en los artículos 126.3 del RSCL y 203.2 del RGCE (Vid. especialmente SALAS HERNANDEZ, J., "Sobre la naturaleza...", cit., p. 44 y GARCIA DE ENTERRIA, E. y FERNANDEZ, T.-R., *Curso...* op. cit., p. 42). Lo decisivo en estos casos es que un contratista ejerza en nombre de un Poder público facultades públicas. Sin embargo, a pesar de tal ejercicio de poderes públicos por particulares no faltan autores que niegan la condición de administrativos a tales actos, por exigir la presencia ineludible de la Administración, indicando que a lo sumo existirán actos que producen efectos jurídicos conforme al Derecho administrativo (ENTRENA CUESTA, R., *Curso de Derecho Administrativo I/1*, Tecnos, 11^a ed., Madrid, 1995, p. 167).

57 - Recientemente, sobre la naturaleza y fundamento de la contratación pública, MARTINEZ LOPEZ-MUÑIZ, J.L., "Examen...", *Eficacia...* cit., en especial, pp. 369-370 y 373-374 y del mismo autor "Naturaleza de los contratos públicos a la luz del Derecho español, su fundamento y sus consecuencias", *Derecho administrativo. Obra colectiva en homenaje al profesor Miguel S. Marienboff*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1998, pp. 947 y ss.

GIMENO FELIU se ha pronunciado por esta mutación en su obra ya citada en este trabajo (p. 106), siguiendo a F. LLORENS ("La réglementation communautaire des marchés publics et le droit des concessions", *RMC*, núm. 332, 1989, pp. 623-624). Por el contrario, F. DIEZ MORENO se ha manifestado en favor de su naturaleza jurídico-privada ("Los denominados sectores excluidos: agua...", pp. 964-966).

58 - Véanse abundantes referencias jurisprudenciales sobre esta cuestión en SOFAS RAFECAS, J.M.^a DE., *Contratos administrativos y contratos privados de la Administración*, Tecnos, Madrid, 1990, pp. 166-167.

59 - Con razón se dijo que (...) una verdadera doctrina del contrato administrativo prolonga sus efectos hasta la teoría general del Derecho administrativo". Vid. GARCIA DE ENTERRIA, E., "La figura del contrato administrativo", *RAP*, núm. 41, mayo-agosto, 1963.

60 - HECQUARD-THERON, "La notion d'Etat en droit communautaire", *RTDE*, núm. 26, 1990, p. 702 y AYMERICH CANO, C.I., "Entes instrumentales y Derecho comunitario de la contratación pública: el concepto de *organismo de Derecho público*", *Cuadernos de Derecho Público*, núm. 6, 1999.

61 - "Aunque se ha valorado la oportunidad de reservar la resolución de los recursos por incumplimiento de la Ley a instancias jurisdiccionales del orden civil, se ha optado finalmente por su tratamiento administrativo. Ello ha sido así porque los operadores de estos sectores deben cumplir, sin duda determinadas normas de Derecho público como contrapartida por los derechos exclusivos o especiales de los que disfrutaban para la prestación, en la mayoría de los casos, de servicios esenciales para la comunidad. La intervención de los órganos administrativos abrirá a los interesados, en todo caso, la vía jurisdiccional contencioso-administrativa como garantía última".

62 - El profesor MARTINEZ LOPEZ-MUÑIZ ya había advertido que la naturaleza jurídico-privada de estos contratos habría de tener sus naturales consecuencias en el plano jurídico procesal: "Esa aplicación de ciertos principios y reglas propias del derecho de la contratación pública a ciertos contratos privados comportará, en suma, un incremento del *ius cogens* sobre la celebración de tales contratos, condicionándose por esa vía con más intensidad la validez de su perfeccionamiento y constitución, pero no perderán su naturaleza jurídico-privada, lo que tendrá toda su importancia tanto en el orden jurídico-sustantivo como en el jurídico-procesal", "Examen...", cit., p. 374. No obstante, este autor ya advertía (en nota núm. 42 de este estudio), siguiendo las sugerencias de DIEZ MORENO ("Los sectores excluidos...", cit., p. 969) que quizá podría aceptarse el establecimiento de un control administrativo del cumplimiento de ciertas regulaciones imperativas por parte de los destinatarios, de manera que tal intervención abriese la vía contencioso-administrativa. En nuestra opinión, el establecimiento de la vía administrativa y el sometimiento al control contencioso por parte de la Ley 48/1998 creemos que descansan fundamentalmente en una deficiente comprensión de la verdadera naturaleza jurídica de los contratos que en estos sectores celebran las personas jurídico-privadas.

Véanse además las opiniones al respecto de GARCIA DE ENTERRIA, E., "Ambito de aplicación de la Ley (arts. 1 a 9, inclusive)", *Comentario a la Ley de contratos...* op. cit., p. 130; RAZQUIN LIZARRAGA, M. M.^a, *Contratos...* op. cit., pp. 262 y ss. y DIEZ MORENO, E., "Las dificultades de la incorporación al ordenamiento español de las Directivas comunitarias sobre contratación de los sectores excluidos", *Noticias CEE*, núm. 71, 1990, pp. 61 y ss.

63 - Vid., entre otros, BRUNELLI, P., *Marchés publics...* op. cit., pp. 46 y ss.; ROUQUETTE, R., "Les marchés semi-publics", *AJDA*, n^o spécial, juillet-août 1994, pp. 18 y ss.; VANDERMEEREN, R., "Le référé administratif précontractuel", *AJDA*, n^o spécial, juillet-août 1994, pp. 91 y ss.; RICATTE, J., "A propos de l'introduction dans une Directive communautaire *Marchés publics* de la conciliation en tant que procédure de *Recours*", *Gazette du Palais*, 1992 (1er sem.), pp. 362 y ss.; PHILIPPE, X.,

"Les marchés publics", *Annuaire Européen d'Administration publique* 1992, Paris, 1993, pp. 380 y ss.; MAUGÛE, CH., "Bilan de l'actualité communautaire, législative et réglementaire 1991-1992", *AJDA*, mars 1993, pp. 171 y ss.; PH. FLAMME y M.-A. FLAMME, "La Loi du 24 décembre 1993 sur les marchés publics: Revolution ou Europeanisation?", *Journal des tribunaux*, 14 mai 1994, en especial pp. 396-397; TERNEYRE, PH., "L'émergence d'un recours contentieux du troisième type", *Actualité Législative Dalloz* 1992 (8e Cahier), pp. 82 y ss.; etc.

64 - Vid. FLAMME, M.-A. y FLAMME, P., "La réglementation...", cit., p. 38.

65 - Vid. MARTINEZ LOPEZ-MUÑIZ, J.L., "¿Sociedades públicas para construir y contratar obras públicas? (A propósito de algunas innovaciones de la Ley de acompañamiento de los Presupuestos del Estado para 1997)", *RAP*, núm. 144, 1997, en especial, p. 70.

66 - ARIÑO ORTIZ, G., *La reforma de la Ley de Contratos del Estado*, Unión Editorial, S.A., Madrid, 1984, p. 13.

67 - Véase RIVERO YSERN, E., "Los contratos de las empresas públicas estatales", en la obra colectiva *La empresa pública española*, Ministerio de Hacienda, I.E.F., Madrid, 1980, pp. 349-387 y MONTROYA MARTIN, E., *Las empresas públicas...*, op. cit., pp. 496 y ss.

68 - Vid. sobre lo expuesto MARTINEZ LOPEZ-MUÑIZ, J.L., "Examen...", pp. 370 y ss.

69 - SALAS HERNANDEZ, J., "Sobre la naturaleza...", cit., p. 44.

70 - A este respecto conviene tener presente que el *Libro blanco sobre la realización del Mercado Interior* ofreció dos opciones en orden al efectivo sometimiento de las adquisiciones en los sectores excluidos a las exigencias derivadas, sobre todo, del principio de no discriminación por razón de la nacionalidad de estas empresas, la primera, una regulación específica a través de Directivas o, bien, la aplicación de los antiguos artículos 85, 86 y 90 del Tratado.

71 - Vid. DIEZ MORENO, F., "La propuesta de Directiva por la que se someten a normas de contratación pública a las entidades que suministran agua potable, energía o prestan servicios de transporte", *Noticias CEE*, núm. 52, mayo 1989, pp. 53, 55 y 56; "Los denominados...", cit., pp. 933-934 y con LOPEZ-IBOR, V., "La contratación administrativa en la Unión Europea y el ordenamiento español", *Política Exterior*, núm. 43, 1995, pp. 146 y ss. y DE SOLAS RAFECAS, J.M.^a, "Los procedimientos de selección de contratistas y de adjudicación de los contratos de la Administración, y en especial del contrato de obras públicas, en el proyecto de Ley de Contratos de las Administraciones públicas", en *Contratación pública*, op. cit., p. 79, anotación, núm. 8. Véanse sobre las dificultades y dudas aludidas en el cuerpo del texto, por ejemplo, LLORENS, F., "La réglementation...", pp. 621, anotación núm. 94, y 623; *Europe Information Internationale*, núm. 2280, de 19 de julio de 1989 y LOPEZ-ROMERO GONZALEZ, M.^aP., "Procedimiento de recurso en materia de contratación pública en la CEE", *Castilla y León en Europa*, núm. 27, 1991, pp. 21-22.

72 - En este sentido, en el Consejo del Mercado Interior de junio de 1989, la inclusión de las sociedades privadas en los proyectos motivó la oposición de algunos Estados miembros, por considerar que estas empresas no debían someterse a fórmulas burocráticas. Alemania, por su parte, exigió un especial cuidado en la elaboración de la Directiva 90/531 en punto a eludir posibles colisiones con los preceptos de su norma superior que contemplan derechos de las empresas.

73 - Vid. BARNES, J., "Introducción al principio de proporcionalidad en el Derecho comparado y comunitario", *RAP*, núm. 135, sept.-dic. 1994, pp. 500 y 516.

74 - Sobre la exclusión de las concesiones de servicio público, por ejemplo, FLAMME, Ph. y FLAMME, M.-A., "Les marchés publics de *Services*: directive du 18 juin 1992", *RMC*, 1993, pp. 155 y ss.

75 - Debe advertirse que en numerosos supuestos -en las concesiones administrativas, v. gr.- la base material sobre la que

se presta el servicio es de propiedad privada, según se desprende de no pocas normas reguladoras de estas actividades, adquirida y renovada con fondos privados, con independencia de su ulterior reversión al Ente concedente del servicio, una vez extinguido el plazo concesional, momento en el que pasará a ser de titularidad pública. Es decir, que lo que constituye la base física sobre la que se desarrolla la actividad prestacional es de propiedad privada.

Como es sabido, en realidad, no hay acuerdo entre la literatura sobre quién sea el propietario de los bienes aportados por el concesionario afectos al servicio y sujetos a reversión durante el período concesional. Para algunos autores, con apoyo en la doctrina francesa, se trata de bienes que ya son propiedad del Ente concedente de la gestión del servicio público. Por el contrario, para otro sector doctrinal, por influjo de la doctrina alemana, continúan siendo bienes propiedad del concesionario, perdiendo su titularidad en el momento de la reversión. Vid. una síntesis de estos planteamientos en VERA JURADO, D.J., "El régimen jurídico del patrimonio de destino en la concesión administrativa de servicio público", *RAP*, núm. 109, 1986, pp. 222-229 y ARIMANY LAMOGLIA, E., *La reversión de instalaciones en la concesión administrativa de servicio público*, Bosch, Barcelona, 1981, pp. 69-99.

76 - Vid. FLAMME, Ph. y FLAMME, M.-A., "La panoplie...", pp. 348-349; MARTINEZ LOPEZ-MUÑIZ, J.L., "Examen...", cit., p. 373 y AUBY, J.-F. y BRONNER, F., "L'Europe...", cit., p. 259.

77 - Vid. al respecto BROWN, A., "The extension...", p. 744.

78 - De hecho hubo dos Propuestas de Directivas, una singular para el sector de las telecomunicaciones. Quizá, desde este punto de vista, el grado de utilidad ofrecido por regulaciones comunitarias singulares hubiese sido más elevado, a pesar del riesgo de fragmentariedad y complejidad que este tipo de soluciones conllevan.

Véanse ambas propuestas en COM (88) 377 final-SYN 153, de 11 de octubre de 1988, DOCE 319/2 de 12 de diciembre de 1988 y COM (88) 378 final-SYN 154, de la misma fecha que el anterior, DOCE 40/5 de 17 de febrero de 1989. La adopción final de una única Directiva fue propuesta por el Parlamento Europeo.

79 - Vid. FLAMME, Ph. et FLAMME, M.-A., "La panoplie...",

cit., pp. 349 y 365-366.

Véanse, a este respecto, los considerandos núms. 16 a 19 del Preámbulo de la Directiva 93/38 y los considerandos 12 y 13 de la Directiva, ya citada en este trabajo, 94/22/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 30 de mayo de 1994, relativa a las condiciones para la concesión y el ejercicio de las autorizaciones de prospección, exploración y producción de hidrocarburos (DOCE L 164 de 30.6.1994).

80 - "Introducción al principio...", cit., p. 506.

81 - Vid. "El intento de huir del Derecho administrativo", cit., pp. 233 y ss. Digo en líneas generales en el texto porque ni siquiera, como es sabido, el Código Civil se resistió en el momento de ser alumbrado a incorporar preceptos de Derecho necesario, como recuerdan GARCIA TORRES, J. y JIMENEZ-BLANCO, A. en la Introducción a su obra *Derechos fundamentales y relaciones entre particulares*, Civitas, Madrid, 1986, p. 14.

82 - "La réglementation...", p. 623.

83 - "The extension...", cit., pp. 746 y ss.

84 - Vid. por ejemplo, SUAY RINCON, J., "El principio de igualdad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional", *Estudios sobre la Constitución española. Homenaje al profesor Eduardo García de Enterría*, vol. IIº, Civitas, 1991, pp. 852 y ss.

85 - Vid. GARCIA TORRES J. Y JIMENEZ-BLANCO, A., *Derecho fundamentales...* cit., pp. 15 y ss. y 139 a final y LAGUNA DE PAZ, J.C., "La renuncia...", pp. 214-215.

Véase también la interesante recensión de J. BALLARIN IRIBARREN a la obra de GARCIA TORRES y JIMENEZ BLANCO, *REDC*, núm. 24, 1988, pp. 283-315, donde por cierto el autor no acierta a comprender la para él aparente desigualdad que significa adjudicar el contrato público al mejor postor (p. 293, nota núm. 5).