

# Reglas de contratación aplicables a los poderes adjudicadores cuando actúan como operadores económicos (Panticosa, 18 de septiembre de 2019)

**JOSE MARIA GIMENO FELIU**

**Universidad de Zaragoza**

*Catedrático de derecho administrativo*

*Facultad Derecho. Universidad Zaragoza.*

*Director Observatorio de Contratación pública ([www.obcp.es](http://www.obcp.es))*



**Universidad  
Zaragoza**

# INTRODUCCIÓN

**OBJETIVO:** analizar la naturaleza jurídica de las relaciones jurídicas derivadas en el contexto de un cumplimiento de un contrato donde la posición de un poder adjudicador habilitado para poder acudir al mercado a ofrecer sus servicios (como sucede con organismos públicos de investigación y universidades públicas), es de operador económico (contratista) y no de entidad contratante.



# INTRODUCCIÓN

No se trata de poner en cuestión la naturaleza y alcance del poder adjudicador, ni no si esos contratos “derivados” de un proceso de contratación pública son negocios excluidos o no.

**EI PODER ADJUDICADOR ES PODER ADJUDICADOR  
PERO NO TODOS SUS NEGOCIOS JURIDICOS SON  
CONTRATOS PUBLICOS**



# EL DERECHO EUROPEO COMO FUNDAMENTO INTERPRETATIVO

Existe una “armonización” a escala de doctrina TJUE que impide que se laminen los principios de la contratación pública y que exige una interpretación funcional (y no formal).

**Así ha sucedido con conceptos claves como el de poder adjudicador. Pero también con el de operador económico. Y ello porque la normativa europea de contratación no pivota sobre el elemento subjetivo (como ha sido la tradición española), sino sobre el concepto objetivo relativo a la existencia, o no, de un contrato público en sentido estricto.**

# EL DERECHO EUROPEO COMO FUNDAMENTO INTERPRETATIVO

Ello no siempre ha casado bien en España con nuestra tradición centrada en el contrato administrativo desde la perspectiva fundamentalmente subjetiva. Lo que ha obligado a incorporar los parámetros interpretativos funcionales utilizados sobre esta materia por el TJUE. Y ello, como advierte la sentencia TJUE de 22 de diciembre de 2008, *Magoora*, C-414/07, apartado 44, para alcanzar los resultados que el Derecho europeo persigue, dando prioridad a la interpretación de las normas nacionales que mejor se ajuste a dicha finalidad.

# EL DERECHO EUROPEO COMO FUNDAMENTO INTERPRETATIVO

El criterio principal que ha utilizado de forma constante el TJUE para esta operación de quien es poder adjudicador no gravita sobre la idea del quien, sino sobre el criterio de una relación contractual donde existe como causa en su prestación un interés público directamente vinculado al ejercicio de competencias públicas y existe financiación pública a tal fin, lo que justifica la aplicación de los principios de transparencia y concurrencia inherentes a la contratación pública.

# EL DERECHO EUROPEO COMO FUNDAMENTO INTERPRETATIVO

En consecuencia, un poder adjudicador, cuando actúe en tal condición, deberá aplicar las normas de contratación pública siempre que la prestación, claro, pueda tener la consideración de contrato público. Esto es así porque prima el dato funcional de utilización de fondos públicos, siendo indiferente la forma jurídica que se adopte.

Por ello no existe *vis* atractiva de su condición de poder adjudicador sobre las relaciones jurídicas derivadas para cumplir el contrato del que es adjudicataria.

# EL DERECHO EUROPEO COMO FUNDAMENTO INTERPRETATIVO

Hay que recordar que la propia STJUE de 15 de enero de 1998 (Asunto C-44/96. *Mannesmann*), utilizada como *leading case* para decidir el alcance del concepto de poder adjudicador, **nos advierte que (apartado 46), que un contrato público no está sujeto a las disposiciones de las Directivas de contratación pública cuando se refiere a un proyecto que, desde su origen, corresponde plenamente al objeto social de una empresa que no es un órgano de contratación y cuando los contratos relativos a dicho proyecto hayan sido celebrados por un órgano de contratación por cuenta de dicha empresa.**

# EL DERECHO EUROPEO COMO FUNDAMENTO INTERPRETATIVO

**CONCLUSION:** cuando el ente contratante es un sujeto privado y el contratista un poder adjudicador, en su cumplimiento no hay que estar a las normas de contratación pública.

# concepto de “operador económico” y su dimensión funcional

El artículo 2 de la Directiva 2014/24 define también el concepto de “operador económico” de forma funcional: *“una persona física o jurídica, una entidad pública, o una agrupación de tales personas o entidades, incluidas las agrupaciones temporales de empresas, que ofrezca en el mercado la ejecución de obras o una obra, el suministro de productos o la prestación de servicios”*..

# concepto de “operador económico” y su dimensión funcional

Es decir, en la posición de contratista no procede una interpretación formal, pues puede ser que un organismo público, a la vez que en sus relaciones generales propias tiene la consideración de poder adjudicador, en otras, ocupe la posición de contratista, prestando (y no recibiendo) servicios o suministros.

# concepto de “operador económico” y su dimensión funcional

Como se recuerda en la STJUE de 15 de octubre de 2015, *Consorti Sanitari*, que en la medida en que determinadas entidades estén habilitadas para ofrecer servicios en el mercado a título oneroso, aunque sea ocasionalmente, los Estados miembros no pueden prohibirles que participen en procedimientos de adjudicación de contratos públicos relativos a la prestación de los mismos servicios

# concepto de “operador económico” y su dimensión funcional

En consecuencia, un mismo ente público (como sucede con un organismo público de investigación, que puede transferir conocimiento a la sociedad) puede tener un doble rol: puede ser poder adjudicador y puede ser operador económico. Y en la distinción es clave la finalidad de la relación jurídica que ocupan.

# concepto de “operador económico” y su dimensión funcional

En la primera hay utilización directa de sus fondos públicos para el cumplimiento de sus fines institucionales, mientras que cuando se actúa como operador económico la causa contractual es bien distinta y va directamente relacionada al cumplimiento de lo pactado, como contratista, en ese negocio jurídico y donde prima la relación mercantil frente a la de interés general (lo que explica porque los fondos obtenidos como contratista no computan a efectos de determinar el porcentaje de financiación pública, tal y como declaró el TJUE en la citada sentencia Universidad de Cambridge).

# concepto de “operador económico” y su dimensión funcional

Y en este último caso las normas comunitarias no exigen que sea imprescindible que esta entidad pública sea capaz de realizar la prestación pactada directamente con sus propios recursos para que pueda ser calificada de contratista, esto es, de operador económico. Basta con que esté en condiciones de ejecutar la prestación de que se trate, aportando las garantías necesarias para ello (sentencia de 12 de julio de 2001, Ordine degli Architetti y otros, C-399/98, apartado 90).

# concepto de “operador económico” y su dimensión funcional

O lo que es lo mismo, podrá subcontratar prestaciones siempre, tal y como expresamente reconoce el apartado 42 de la sentencia TJUE de 23 de diciembre de 2009, CoNISMa. **Obviamente, siempre que así lo haya habilitado el pliego de la licitación y en las condiciones previstas contractualmente.**

# concepto de contrato público en las directivas de contratación pública

El citado artículo 2 de la Directiva 2014/24, afirma que se consideran “Contratos públicos” a *“los contratos onerosos celebrados por escrito entre uno o varios operadores económicos y uno o varios poderes adjudicadores, cuyo objeto sea la ejecución de obras, el suministro de productos o la prestación de servicios”*.

# concepto de contrato público en las directivas de contratación pública

**No toda relación jurídica onerosa, a un contractual, tiene la calificación de contrato público.** Sirva de ejemplo la STJUE de 1 de marzo de 2018, Maria Tirkkonen: *“no constituye un contrato público, en el sentido de dicha Directiva, un sistema de asesoramiento a las explotaciones agrarias, como el controvertido en el litigio principal, mediante el cual una entidad pública selecciona a todos los operadores económicos interesados que cumplan los requisitos de aptitud establecidos en la convocatoria de licitación y hayan superado el examen mencionado en dicha convocatoria, aun cuando durante el período limitado de vigencia de ese sistema no pueda admitirse a ningún nuevo operador”*.

# concepto de contrato público en las directivas de contratación pública

No todo negocio jurídico tiene la consideración de contrato público por el simple hecho de que una de las partes sea o tenga la condición formal (en abstracto), de poder adjudicador. Lo afirma el considerando 4 de la Directiva 2014/24/UE de contratación pública de forma clara: “Las normas de la Unión sobre contratación pública no tienen por objetivo regular todas las formas de desembolso de fondos públicos, sino únicamente aquellas destinadas a la adquisición de obras, suministros o servicios prestados mediante un contrato público”

# concepto de contrato público en las directivas de contratación pública

Existirá contrato público, como ha recordado la STJUE de 25 de marzo de 2010, asunto C-451/08, *Helmut Müller GbmH*, únicamente cuando su ejecución conlleve un beneficio económico directo para el poder adjudicador (apartado 49). Así, la subcontratación no tiene la consideración de contrato público (aunque se encuentre vinculada a la correcta ejecución de un contrato público) pues la causa de este negocio es bien distinta

# La subcontratación derivada como negocio jurídico excluido LCSP

Así, la subcontratación no tiene la consideración de contrato público (aunque se encuentre vinculada a la correcta ejecución de un contrato público) pues la causa de este negocio es bien distinta

# La subcontratación derivada como negocio jurídico excluido LCSP

La solución para cuando la relación jurídica es con una entidad contratante estrictamente privada se debe extender, por coherencia sistemática y teleológica, cuando el sujeto contratante es un poder adjudicador. La explicación es que en un contrato público no hay relaciones entre dos poderes adjudicadores, sino que cuando uno actúa se comporta como contratista (por habilitación legal, claro), existe una evidente actuación mercantil, regulada por las reglas de la competencia

# La subcontratación derivada como negocio jurídico excluido LCSP

Esta interpretación (al igual que la legislación estatal derogada) se contiene aceptada de forma muy clara en la Ley Foral 2/2018, de Contratos Públicos, pues el artículo 7 f) indica que son negocios excluidos de dicha Ley *“Los contratos de servicios y suministros celebrados por los Organismos Públicos de Investigación que tengan por objeto prestaciones o productos necesarios para la ejecución de proyectos de investigación, desarrollo e innovación tecnológica o servicios técnicos, cuando la presentación y obtención de resultados derivados de los mismos esté ligada a retornos científicos, tecnológicos o industriales susceptibles de incorporarse al tráfico jurídico y su realización haya sido encomendada a equipos de investigación del Organismo mediante procesos de concurrencia competitiva*

# La subcontratación derivada como negocio jurídico excluido LCSP

Y esa es la solución que ofrece, quizá no muy claramente, es cierto, la LCSP en el artículo 11.4 (en tanto no existe un equivalente al de la legislación navarra, que sí existía, por cierto, en el Real Decreto Legislativo 3/2011).

# La subcontratación derivada como negocio jurídico excluido LCSP

Este precepto no excluye solo la aplicación de las normas públicas que regulan la preparación y los procedimientos de adjudicación, sino que en una interpretación literal del mismo, excluye *in totum* el negocio, es decir, este tipo de contratos, tanto su preparación y adjudicación como su ejecución.

# La subcontratación derivada como negocio jurídico excluido LCSP

Así, un organismo público de investigación que tiene condición de poder adjudicador, cuando se comporta como operador económico es un mero “vendedor”, un contratista que está llevando a cabo las tareas precisas para ejecutar un contrato (con una causa bien distinta a la del contrato originario y que no se inserta entre los fines institucionales propios), que la propia LCSP –*ex artículo 11.4* – ha decidido excluir de su ámbito de aplicación.

# La subcontratación derivada como negocio jurídico excluido LCSP

En consecuencia, todas subcontrataciones que debiera realizar ese poder adjudicador, al amparo de su condición de adjudicataria, de fondos contractuales externos, en tanto es una obligación de entregar bienes o prestar servicios, estarán excluidas de la aplicación de las reglas propias de la condición de poder adjudicador que contiene la LCSP dado que no existe un contrato público.

# La subcontratación derivada como negocio jurídico excluido LCSP

Desde una perspectiva causal (la causa es el elemento esencial de todo negocio jurídico) resulta evidente que esta relación jurídica, ajena al principio de competencia inherente a la contratación pública, NO puede tener la consideración de contrato público ni de suministro, ni de servicios ni de obras y será, por tanto, un negocio excluido de la LCSP.

# La subcontratación derivada como negocio jurídico excluido LCSP

Obviamente, esta opción no puede servir de “válvula de escape” y queda condicionada a la mera instrumentalidad o carácter accesorio del subcontrato respecto del contrato inicial del que es mera ejecución. El organismo público de investigación que actúa como contratista no satisface directamente sus propios fines, sino que son los del poder adjudicador los que se satisfacen tanto con el contrato principal como por la subcontratación.

# Otros negocio jurídico de poderes adjudicadores excluido LCSP

Lo mismo sucede, por ejemplo, con contratos ajenos a la contratación pública, como es el caso de contrato de abanderamiento para la reventa de combustibles, que es un contrato mercantil atípico, que no tiene la consideración de contrato público de suministro y que se trata, por tanto, de un negocio formalmente excluido del ámbito de aplicación de la LCSP.

# Otros negocio jurídico de poderes adjudicadores excluido LCSP

También en supuestos donde existe una obligación legal en la normativa sectorial (energía) que otorga a las empresas distribuidoras la obligación de realizar las obras y el mantenimiento, aun cuando se financien por un particular o por una Administración.

## CONCLUSIONES: SUPERAR PREJUICIOS CONCEPTUALES

**PRIMERA.-** Los conceptos “comunitarios” deben ser interpretados de conformidad con la doctrina fijada por el TJUE, que impide que se laminen los principios de la contratación pública y que exige una interpretación funcional

## CONCLUSIONES: SUPERAR PREJUICIOS CONCEPTUALES

**SEGUNDA.-** La referida dualidad permitida por el Derecho europeo para que un organismo público pueda ser, alternativamente, poder adjudicador u operador económico, refleja dos facetas distintas y “estancas.

## CONCLUSIONES: SUPERAR PREJUICIOS CONCEPTUALES

**TERCERA.-** Cuando se comporta como operador económico (como contratista que compite con otras empresas para la obtención de un contrato público), **no se debe extender el régimen de “poder adjudicador” a las actuaciones derivadas del contrato del que es adjudicatario.**

## CONCLUSIONES: SUPERAR PREJUICIOS CONCEPTUALES

**CUARTA.-** Si en la ejecución de un contrato privado o público la entidad adjudicataria necesitase subcontratar prestaciones (aunque el adjudicatario fuera poder adjudicador), éstas **NUNCA** tendrán la consideración de contrato público, por cuanto no se actúa como poder adjudicador, ni por ello pueden ser objeto de un proceso de concurrencia competitiva *ex* LCSP.

## CONCLUSIONES: SUPERAR PREJUICIOS CONCEPTUALES

**QUINTA.-** ES clara la STJUE de enero de 1998, *Mannesmann*, al concluir que no son de aplicación las previsiones de las directivas de contratación pública cuando se refiere a un proyecto que, desde su origen, corresponde plenamente al objeto social de una empresa que no es un órgano de contratación y cuando los contratos relativos a dicho proyecto hayan sido celebrados por un órgano de contratación por cuenta de dicha empresa (apartado 46)

## CONCLUSIONES: SUPERAR PREJUICIOS CONCEPTUALES

**SEXTA.-** Estando previsto en un contrato de forma expresa no solo la opción de subcontratar, sino incluso quien será este subcontratista y el importe de su obligación contractual, resulta indubitado que en este caso debe, cumplida la obligación por el subcontratista, proceder al pago de la misma, pues esta relación no es un contrato público y, además, deriva de un contrato válidamente celebrado.

Muchas Gracias por su atención



Mail: [gimenof@unizar.es](mailto:gimenof@unizar.es)  
[www.unizar.es/gimenof](http://www.unizar.es/gimenof)  
[www.obcp.es](http://www.obcp.es)