



Expediente 37/20

Materia: Diversas cuestiones sobre la Ley de Sectores.

ANTECEDENTES

La Mancomunidad de Municipios de Aljarafe ha dirigido consulta a esta Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado con el siguiente tenor:

“Desde la primera Directiva de Sectores Especiales (90/531/CEE), es exigencia de la Unión Europea la existencia de un régimen de contratación especial, aplicable a determinadas actividades de sectores específicos caracterizados por su progresiva pero incompleta liberalización y la consecuente inmadurez del mercado en los mismos, mediante el establecimiento de un sistema que garantice la publicidad y concurrencia, próximo y homologable al sistema general de contratación pública pero, a su vez, más flexible y no tan constreñido a las severas exigencias de éste. Ello, en principio, hasta la completa liberalización de estas actividades y siempre que el valor estimado de los contratos supere determinados umbrales económicos.

Entre esos sectores -junto a otros como el de las telecomunicaciones, los servicios postales o el sector energético, en los que durante los últimos años sí se ha evolucionado bastante en los procesos de privatización tal y como se constata a la vista de la legislación especial de cada uno de ellos-, tradicionalmente se ha incluido también al del agua. No obstante, puede apreciarse cómo, al menos en España, el recurso del agua y su ciclo integral se mantienen bajo un intenso control o mantenimiento de su titularidad exclusiva por parte de las Administraciones Públicas en la condición de servicio público que tienen las actividades de abastecimiento y depuración según la legislación de régimen local, y su gestión se realiza por aquéllas, ya sea de forma directa o indirecta, sin que pueda atisbarse una eventual apertura de la actividad a los



mercados o su privatización, ni siquiera a largo plazo. Este es el espíritu que sigue latiendo en la vigente Directiva 2014/25/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014 relativa a la contratación por entidades que operan en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales y por la que se deroga la Directiva 2004/17/CE.

Dicha Directiva ha sido objeto de transposición en España para las Administraciones Públicas mediante la Ley 9/2017, de 1 de octubre, de Contratos del Sector Público, y para los poderes adjudicadores no Administración Pública mediante el Real Decreto-Ley 3/2020, de 4 de febrero, de medidas urgentes por el que se incorporan al ordenamiento jurídico español diversas directivas de la Unión Europea en el ámbito de la contratación pública en determinados sectores; de seguros privados; de planes y fondos de pensiones; del ámbito tributario y de litigios fiscales.

Hasta el pasado 15 de febrero de 2020, el régimen jurídico especial aplicable a los contratos de poderes adjudicadores y entidades con derechos exclusivos que operan en estos sectores había sido la Ley 31/2007, de 30 de octubre, sobre procedimientos de contratación en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales (en adelante, LCSE). Durante la vigencia de este cuerpo normativo y con la nueva legislación se han podido identificar determinadas cuestiones controvertidas, o cuanto menos oscuras que requieren de un pronunciamiento expreso por parte de ese órgano consultivo a fin de garantizar el principio de seguridad jurídica de las entidades que operan en el sector del agua.

Entre las cuestiones discutidas se encuentran:

(i) La relativa al ámbito objetivo de aplicación de la normativa especial, singularmente en aquellas actividades que están indirectamente relacionadas con las expresamente previstas en la ley especial sobre contratos de los sectores excluidos, que son un medio para la realización de los fines societarios de estas entidades (por ejemplo, el suministro de material de oficina o un servicio de auditoría de cuentas).



(ii) Otra cuestión relevante para el sector es la posibilidad de que los pliegos de cláusulas administrativas (en adelante, "PCAP") que rigen las licitaciones de los contratos sujetos a esta normativa especial puedan contener una remisión más o menos explícita y amplia al régimen contenido en la legislación general sobre contratos del sector público, por razones de simplicidad, seguridad jurídica o en el entendimiento de que es más garantista del cumplimiento de los principios de la contratación pública comunitaria.

(iii) Igualmente, se ha planteado si los contratos de poderes adjudicadores, suscritos dentro del ámbito objetivo de aplicación de la ley especial, pero de cuantía inferior a los umbrales económicos establecidos en la misma, pueden someterse al recurso especial en materia de contratación previsto en la legislación general sobre contratos del sector público, actualmente representada por la LCSP.

La presente consulta tiene por finalidad instar a ese órgano consultivo para que emita informe en el que, analizando el régimen jurídico general de contratación pública y el especial de contratos de los llamados "sectores excluidos", con especial atención a la LCSP y el RD-L 3/2020, emita informe en el que aborde y clarifique expresamente las siguientes cuestiones:

(i) Cómo ha de interpretarse el ámbito objetivo del RD-L 3/ 2020, en lo que se refiere a actividades del sector de agua, determinado si:

a) La sujeción a dicha norma especial solo se extiende a los contratos cuyo objeto se identifique plenamente con las actividades previstas en el artículo 8 de dicho cuerpo normativo;

b) Si el RD-L 3/2020 resultará aplicable cuando el objeto del contrato pueda resultar útil o ser un medio para la consecución de a las actividades enumeradas en tal precepto;



c) o si dicho régimen especial debe aplicarse, con carácter más amplio aún, a todos los contratos cualquiera que sea su objeto, de aquéllas entidades en cuyo objeto social se encuentre alguna de las actividades previstas en el artículo 8.

(ii) La posibilidad de que los PCAP de contratos de poderes adjudicadores que operan en el sector del agua, sometidos al RD-L 3/ 2020, contengan válidamente remisiones supletorias o complementarias, totales o parciales, al régimen de la LCSP.

(iii) La posible sujeción de los contratos de poderes adjudicadores, incluidos dentro del ámbito objetivo de aplicación del RD-L 3/2020, pero de cuantía inferior a los umbrales económicos establecidos en su artículo 16, al recurso especial en materia de contratación, previsto en la LCSP.”

CONSIDERACIONES JURIDICAS.

1. La Mancomunidad de Municipios de Aljarafe nos plantea varias cuestiones relacionadas con la interpretación del Libro Primero del Real Decreto-ley 3/2020, de 4 de febrero, de medidas urgentes por el que se incorporan al ordenamiento jurídico español diversas directivas de la Unión Europea en el ámbito de la contratación pública en determinados sectores; de seguros privados; de planes y fondos de pensiones; del ámbito tributario y de litigios fiscales (en adelante, LS). Este Libro traspone la Directiva 2014/25/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, relativa a la contratación por entidades que operan en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales, y la Directiva 2014/23/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, relativa a la adjudicación de contratos de concesión.

La primera de las cuestiones que se nos plantea alude al ámbito objetivo de la norma en lo que atañe a actividades del sector del agua. Se nos cuestiona concretamente si la LS ha de aplicarse solo a los contratos cuyo objeto se identifique plenamente con



las actividades previstas en el artículo 8 o si, por el contrario, debe aplicarse de forma más amplia, alcanzando incluso a todos los contratos de las entidades adjudicadoras en cuyo objeto social se encuentre alguna de las actividades previstas en el artículo 8.

Como ya señalamos en nuestro informe 46/20, relativo a la aplicación de la Ley de Sectores a Puertos del Estado y a las Autoridades Portuarias, la regulación de los contratos de los denominados “sectores especiales” o “sectores regulados” tiene su origen en el derecho comunitario. El legislador europeo siente, especialmente desde la década de los 90, la necesidad de extender los principios básicos y algunas de las reglas de la contratación pública a este tipo de sectores en los que podía llegar a existir una limitación de la competencia y en los que operaban con derechos exclusivos no sólo entidades públicas, sino también privadas. Precisamente esta última circunstancia y el carácter cerrado que las sucesivas Directivas dictadas en esta materia han predicado de los tan citados sectores, fueron las que impusieron una significativa flexibilización de la regulación con respecto al resto de los contratos que se regulan en la legislación general de contratos públicos.

No es de extrañar, por tanto, que nuestra legislación haya estado fuertemente influida por las Directivas comunitarias. Tal influencia en la trasposición, literal en muchas ocasiones, es perceptible en la actual Directiva 25/2014/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, relativa a la contratación por entidades que operan en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales y por la que se deroga la Directiva 2004/17/CE. Esta norma establece en su artículo 10 que, en lo que se refiere al sector del agua, resulta de aplicación a las actividades siguientes:

- a) la puesta a disposición o la explotación de redes fijas destinadas a prestar un servicio al público en relación con la producción, el transporte o la distribución de agua potable;*



b) el suministro de agua potable a dichas redes.

La Directiva se aplicará igualmente a los contratos o a los concursos de proyectos adjudicados u organizados por las entidades adjudicadoras que ejerzan una actividad contemplada en el apartado 1, y que estén relacionados con alguna de las actividades siguientes:

a) proyectos de ingeniería hidráulica, irrigación o drenaje, a condición de que el volumen de agua destinado al abastecimiento de agua potable represente más del 20 % del volumen total de agua disponible gracias a dichos proyectos o a dichas instalaciones de irrigación o drenaje;

b) la evacuación o el tratamiento de aguas residuales.

Por el contrario, no se considerará una actividad pertinente a los efectos antes descritos el suministro de agua potable a redes destinadas a prestar un servicio al público por una entidad adjudicadora que no sea un poder adjudicador, cuando se cumplan todas las condiciones siguientes:

a) que la producción de agua potable por la entidad adjudicadora de que se trate se realice porque su consumo es necesario para el ejercicio de una actividad distinta de las contempladas en los artículos 8 a 11;

b) que la alimentación de la red pública dependa exclusivamente del propio consumo de la entidad adjudicadora y no haya superado el 30 % de la producción total de agua potable de la entidad adjudicadora, tomando en consideración la media de los tres últimos años, incluido el año en curso.

Como anticipamos, este precepto ha sido objeto de una trasposición prácticamente literal en el artículo 8 de la LS y muestra una evidente preocupación por perfilar de modo muy nítido y preciso los tipos o categorías de contratos que quedan sujetos a



la Directiva o a la propia LS. Por esta razón, la primera aproximación que cabe realizar a la cuestión planteada es que no cabe presumir que la enumeración de supuestos incluidos en el ámbito objetivo de la LS no sea exhaustiva y terminante, ni tampoco que se pueda aceptar como elemento de sujeción a la norma una relación demasiado genérica con las actividades de puesta a disposición o de explotación de redes fijas, con el suministro de agua potable a dichas redes, con proyectos hidráulicos o con la evacuación o el tratamiento de aguas residuales. Por consiguiente, no es admisible que la relación de un contrato con alguna de las actividades expresamente mencionadas en el artículo 8 LS sea tan amplia que permita asumir que cualquier contrato que realicen las entidades que menciona el artículo 5 de la LS deba regularse por la misma y no por la legislación general.

2. La posible flexibilización de determinados aspectos de la contratación regidos por la LS tiene su origen en las peculiaridades características de los sectores que regula, en su carácter potencialmente cerrado y, como señala el Considerando 19 de la Directiva 25/2014/UE en *“garantizar una verdadera apertura del mercado y un justo equilibrio en la aplicación de las normas de contratación en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales.”* Por esta razón *“las entidades adjudicadoras que operan en el sector del agua potable podrán también tratar otras actividades relacionadas con el agua, como los proyectos de ingeniería hidráulica, irrigación, drenaje de tierras, o de evacuación y tratamiento de aguas residuales. En tal caso, las entidades adjudicadoras deben poder aplicar los procedimientos de contratación previstos en la presente Directiva en lo que respecta a todas sus actividades relacionadas con el agua, con independencia de la parte del «ciclo del agua» de que se trate. No obstante, las normas de contratación del tipo propuesto para los suministros de productos resultan inadecuadas para las compras de agua, habida cuenta de la necesidad de abastecerse en fuentes próximas al lugar de utilización.”* (Considerando 24) Parece claro, por tanto, que la Directiva, que es la fuente primaria de la que emana nuestra ley, restringe la flexibilización en el marco de los contratos del sector del agua a aquellos que realmente participan en el denominado ciclo del agua, esto es, en aquellos en que realmente se está desarrollando una actividad



propia de un mercado limitado y que son exclusivamente las que expresamente menciona, no otras diferentes.

No es de extrañar, por tanto, que el Considerando 43 y el artículo 19 de la Directiva excluyan de su ámbito de aplicación a aquellos contratos que estén sometidos “*directamente a la competencia en mercados cuyo acceso no esté limitado.*” Este precepto figura traspuesto en nuestro artículo 17 LS en el que incluso se ofrecen parámetros para valorar la sujeción a la plena competencia de un determinado sector de actividad:

- las características de los bienes o servicios de que se trate,
- la existencia de bienes o servicios considerados sustituibles en el lado de la oferta o en el de la demanda,
- los precios y
- la presencia real o potencial de más de un proveedor de los bienes o servicios de que se trate.

Pues bien, si cabe la exclusión de completos sectores de actividad que potencialmente pudieran estar incluidos en la LS porque en ellos se genera una plena competencia, con más razón ha de sostenerse que aquellos contratos en que, tanto por tratarse de actividades que materialmente no están mencionadas dentro de las que permiten acudir a la LS, como por el hecho de configurar una actividad normal, no limitada y perteneciente a un sector plenamente libre en términos de competencia, no deben quedar sujetos a la LS sino a la normativa general de contratación del sector público.

La misma conclusión deriva, esta vez de modo directo, de lo establecido en el artículo 18 de la LS, que alude a los contratos excluidos por razón de su finalidad, para diferenciar y excluir de la aplicación de la LS a los contratos que las entidades contratantes (que también realicen actividades que sí queden sujetas a la LS) adjudiquen para fines distintos de la realización de las actividades mencionadas en el artículo 8. Como ya señalamos en nuestro informe 46/20, parece evidente que en



este precepto el propio legislador está reconociendo la existencia de dos ámbitos de actividad que están perfectamente separados: uno, que se refiere a actividades sujetas a la LS; y otro, que admite expresamente que las entidades contratantes puedan desarrollar actividades que no son las propias de la LS, como serían cualesquiera propias del funcionamiento ordinario de la entidad en cuestión y aquellas que sólo guarden una relación lejana e indirecta con la actividad sujeta a la LS.

Por si no fueran suficientemente expresivos los anteriores argumentos, la propia Disposición adicional octava de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014 (en adelante LCSP) nos indica cómo proceder en estos casos. Destaca la citada norma que

“2. Los contratos excluidos de la aplicación de la legislación vigente sobre procedimientos de contratación en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales, que se celebren en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales por las entidades del sector público que no tengan el carácter de Administraciones Públicas, se regirán por las disposiciones pertinentes de la presente Ley, sin que les sean aplicables, en ningún caso, las normas que en esta se establecen exclusivamente para los contratos sujetos a regulación armonizada.

3. La adjudicación de los contratos que celebren las entidades a que se refiere el apartado anterior, que no tengan por objeto alguna de las actividades enumeradas en el ámbito de aplicación objetiva de la legislación vigente sobre procedimientos de contratación en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales, se regirán por lo establecido en la presente Ley, en los términos establecidos en la misma.”



Resulta posible, por tanto, además del evidente supuesto de que el contrato no alcance los umbrales de aplicación de la LS, que una entidad que opera en uno de estos sectores desarrolle una actividad contractual distinta de la que justifica la sujeción a la LS. Tal actividad se registrará entonces, no por la LS, sino por las normas de la LCSP que le correspondan por razón de la naturaleza de la entidad contratante y de la cuantía del contrato.

Esta conclusión implica que el hecho de que una entidad contratante realice actividades propias de la LS no significa que de modo natural y de forma automática toda su contratación pública quede sujeta a las reglas de la LS. Por el contrario, sólo aquellas actividades materialmente recogidas por la disposición legal deben registrarse por ella, siendo así que en el resto de los casos la contratación de actividades tales como los suministros de oficina o del servicio de auditoría, por hacer referencia a los mismos ejemplos empleados en la consulta, no presentan especialidades que les exija quedar extraídos de la normativa general sobre contratación pública. Tal cosa representaría una suerte de distinción no justificada objetivamente con respecto al resto de las entidades del sector público y no debe reconocerse aquí.

3. Esta conclusión es avalada por diversas fuentes. La Abogacía General del Estado ha tratado la cuestión en diversas ocasiones con motivo de la delimitación del régimen jurídico de distintas entidades públicas que desarrollan actividades en estos sectores. De singular interés resulta su Circular 7/2008 en la que, con ocasión de la interpretación del artículo 1 de la Ley 31/2007, de 30 de octubre, sobre procedimientos de contratación en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales (LCSE), de contenido prácticamente idéntico al de la ley vigente, establecía una serie de requisitos para que un determinado contrato realizado por una entidad adjudicadora quedase sujeto a la LCSE. Tales requisitos eran el subjetivo, por cumplimiento de las condiciones prescritas en el artículo 3 de la LCSE (actual artículo 5 del RD-Ley 3/2020); el objetivo, dividido a su vez en la superación de los umbrales aplicables y en la tipología del contrato y el funcional, el que más nos interesa para resolver la cuestión que estamos tratando. En efecto,



señala la Abogacía General del Estado que *“La circunstancia de que se trate de contratos de obras, servicios y suministro de cuantía igual o superior a las indicadas no es suficiente para concluir en la aplicación de la LCSE. Es necesario, finalmente, que dichos contratos de cuantía igual o superior a las indicadas se celebren para la realización de las actividades mencionadas en el artículo 12 b) o que se refieran a las mismas. Así resulta de la interpretación del artículo 1 en relación con el artículo 12 b) y, más claramente, del artículo 18.1, según el cual “la presente ley no se aplica a los contratos o a los concursos de proyectos que las entidades contratantes celebren u organicen para fines distintos de la realización de las actividades mencionadas en los artículos 7 a 12 ... “. La necesaria concurrencia o conjunción de las tres clases de requisitos indicados (subjetivo, objetivo -desdoblado este requisito en el relativo al tipo de contrato y en el referente a la cuantía del mismo- y funcional) permiten concluir en la aplicación de las previsiones de la LCSE a los contratos que concierten cuando se trate de contratos de obras, contratos de suministro y contratos que tengan por objeto servicios enumerados en el anexo II.A de cuantía igual o superior a 412.000 euros (para los contratos de suministro y de servicios) ya 5.150.000 euros (cuando se trate de contratos de obras) y siempre que dichos contratos se celebren para la realización de las actividades a que se refiere el artículo 12 b) de la propia LCSE.”* El mismo informe destaca que, de no cumplirse estas condiciones, el régimen jurídico aplicable sería el establecido en la LCSP para la entidad y el tipo de contrato de que se trate. Tal conclusión es ratificada en el Informe Ref.: A.G. – ENTES PÚBLICOS 10/18 (R-91/2018).

También corrobora el anterior criterio la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 10 de abril de 2008, dictada en el asunto C 393/2006. En ella se expone lo siguiente:

“27. En estas circunstancias, ha de señalarse que el alcance general de la Directiva 2004/18 y el alcance restringido de la Directiva 2004/17 exigen que las disposiciones de esta última se interpreten restrictivamente.



28. Asimismo, las fronteras entre los ámbitos de aplicación de ambas Directivas están trazadas por disposiciones explícitas. El artículo 20, apartado 1, de la Directiva 2004/17 establece que ésta no se aplica a los contratos que las entidades adjudicadoras celebren para fines distintos del desarrollo de sus actividades ejercidas en los sectores contemplados en sus artículos 3 a 7. El artículo 12, párrafo primero, de la Directiva 2004/18 contiene una disposición análoga a ésta, que establece que dicha Directiva no se aplica a los contratos públicos adjudicados por poderes adjudicadores que ejerzan una o varias de las actividades contempladas en los artículos 3 a 7 de la Directiva 2004/17 y se adjudiquen para desarrollar dichas actividades.

29. El ámbito de aplicación de la Directiva 2004/17 está estrictamente circunscrito, de modo que los procedimientos que establece no pueden extenderse más allá de ese ámbito de aplicación.

30. Por consiguiente, las mencionadas disposiciones no permiten que se aplique en el marco de la Directiva 2004/17 el enfoque denominado «teoría del contagio», desarrollado como consecuencia de la sentencia *Mannesmann Anlagenbau Austria* y otros, antes citada. Esa sentencia fue dictada por el Tribunal de Justicia en el marco de la Directiva 93/37/CEE del Consejo, de 14 de junio de 1993, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, es decir, en una materia que actualmente está comprendida en el ámbito de aplicación de la Directiva 2004/18.”

Por tanto, bajo el criterio del TJUE la realización de algunas actividades sujetas a la Directiva 25/2014, que es la heredera de la 2004/17, no contagia a la entidad contratante a los efectos de la aplicación incondicionada de la citada Directiva ni, por extensión, de la LS. En definitiva, la mera condición de entidad contratante o la mera realización de alguna de sus actividades en el ámbito propio de la LS no implica que todos los contratos que realicen deban regirse necesariamente por ella, sino que, tal como hemos venido exponiendo en anteriores párrafos, es menester que el contrato



en cuestión guarde una relación no simplemente genérica o lejana con las actividades específicamente mencionadas en el artículo 8 de la LS.

4. A esta conclusión no puede oponerse el argumento de que el anexo I de la LS establezca un catálogo amplio de actividades que se rigen por ella, porque dichas actividades sólo se benefician de la aplicación de la regulación especial, como señala el artículo 1.1 a) LS, cuando se realicen *“en el ámbito de una o más actividades contenidas en los artículos 8 a 14 de este real decreto-ley”*, esto es, cuando se desarrollen en el marco o con ocasión de la realización de una de las actividades sujetas o de un contrato específico que sí lo esté, no de la restante actividad de la entidad contratante. La relación con el objeto del contrato que está materialmente sujeto a la LS es lo que determina la aplicación de la LS a los contratos del Anexo I, sin que, por el hecho de figurar en éste, todos los contratos que menciona deban quedar sujetos a la LS. La misma conclusión debe predicarse de los trabajos relacionados con las obras a que alude el Anexo II de la misma norma legal.

5. Se nos plantea en la consulta, como segunda cuestión, la posibilidad de que los pliegos de cláusulas administrativas particulares de los contratos de poderes adjudicadores que operan en el sector del agua y que sí estén sometidos a la LS contengan válidamente remisiones supletorias o complementarias, totales o parciales, al régimen de la LCSP.

La cuestión es meridianamente clara. Tratándose la LS de una norma de carácter especial que regula un tipo de contratos que cumplen una serie de condiciones que hemos ya tratado en anteriores expositivos, sus preceptos deben aplicarse a aquellas materias que expresamente regula y en relación con aquellos contratos que se incluyen dentro de su ámbito de aplicación.

Pero ninguna regulación es totalmente perfecta ni puede tratar absolutamente todos los aspectos que puedan surgir como consecuencia de su aplicación. Por esta razón, en aquellos aspectos en que exista una laguna legal en la LS o en que falte una



regulación específica en dicha norma, no parece que exista inconveniente legal para que se incluyan en los pliegos de cláusulas administrativas particulares remisiones a otros preceptos de la LCSP que sí regulen la materia en cuestión. Por el contrario, ésta podría llegar a ser una exigencia de seguridad jurídica en ciertos casos y, en cualquier caso, el principio de autonomía de la voluntad de las partes en el contrato lo permite sin ningún género de dudas. Lógicamente, toda remisión quedará limitada por la propia naturaleza del órgano de contratación, quien no podrá asumir prerrogativas o competencias que excedan de las que, por su propia naturaleza, le corresponden.

Otra cosa distinta sería que la remisión a la LCSP se hiciera con el fin de excluir la aplicación de una norma expresa de la LS. Tal cosa no sería jurídicamente posible por su carácter de ley especial. Pero, en el caso de no existir una norma aplicable, nada impide que se aplique al contrato una regulación que, por lo demás, será más rígida y contendrá normalmente más garantías que la contenida en la LS.

6. Se nos consulta finalmente sobre la posible sujeción de los contratos incluidos dentro del ámbito objetivo de aplicación de la LS, pero de cuantía inferior a los umbrales económicos establecidos en su artículo 16, al recurso especial en materia de contratación, previsto en la LCSP.

Esta cuestión debe resolverse atendiendo, en primer término, a lo dispuesto en el artículo 119 de la LS, que alude al objeto de las reclamaciones. Señala la norma que *“serán susceptibles de reclamaciones en materia de contratación, los actos y decisiones relacionados en el apartado 2 de este mismo artículo, cuando se refieran a alguno de los contratos sujetos a este real decreto-ley, o a los acuerdos marco y sistemas dinámicos de adquisición que tengan por objeto la celebración de alguno de estos contratos, así como a los contratos basados, que pretendan concertar las entidades contratantes.”* Por tanto, el precepto alude de modo cristalino a los contratos sujetos a la LS como los únicos susceptibles de la reclamación, es decir, a los contratos que cumplan los requisitos subjetivo, objetivo y funcional a que antes aludimos.



Los contratos que no alcanzan el umbral legalmente establecido no cumplen el requisito objetivo en su aspecto cuantitativo y, en consecuencia, no se rigen por la LS. Por tanto, es lógico pensar que no cabe respecto de ellos la interposición de reclamación al amparo de la meritada ley, sino al amparo, en su caso, de la misma norma sustantiva por la que se rigen, esto es, de la LCSP. Esta conclusión es la única razonable bajo la vigencia de la LS porque carecería de sentido que cuando un contrato se rige por una norma como la LCSP y genera algún tipo de actividad susceptible de recurso, dicho recurso haya de sustanciarse bajo una norma que no ampara a ese contrato ni sustantiva ni adjetivamente, por mucho que el sector de actividad coincida con el de otro contrato de mayor cuantía que, por exceder el umbral legalmente establecido, sí estaría sujeto a la LS y a la reclamación que la misma contempla.

Es importante destacar en este punto que cuando la LCSP trata de los actos susceptibles de recurso especial en el artículo 44 admite la interposición del mismo respecto de contratos de obras cuyo valor estimado sea superior a tres millones de euros, y de suministro y servicios, que tenga un valor estimado superior a cien mil euros o, incluso, de concesiones de valor estimado superior a tres millones de euros. Todos estos contratos pueden no estar sujetos a la LS por razón de su cuantía y, sin embargo, superar el umbral que permite el acceso al recurso especial en la norma que sí los ampara, la LCSP.

Además, en este caso si atendemos a la Disposición adicional octava de la LCSP tales contratos *“se regirán por las disposiciones pertinentes de la presente Ley (LCSP), sin que les sean aplicables, en ningún caso, las normas que en esta se establecen exclusivamente para los contratos sujetos a regulación armonizada.”* En la LCSP el recurso especial es admisible respecto de contratos de cuantía inferior a la establecida para considerarlos de regulación armonizada. Siendo así, y rigiéndose tales contratos, no por las reglas de los contratos sujetos a regulación armonizada, sino por las normas sustantivas pertinentes de la LCSP, esto es, las que correspondan



a la naturaleza de la entidad en cuestión y al tipo de contrato de que se trate, no sería congruente que, sin embargo, se impidiera el acceso al recurso especial. Tal conclusión representaría una suerte de agravio comparativo y un trato discriminatorio contrario, por demás, al derecho al recurso y al principio de defensa.

Este criterio ha sido matizado por el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales en diversas ocasiones. Por ejemplo, en la Resolución 989/2018, de 26 de octubre declara el Tribunal lo siguiente:

“No obstante, debe precisarse, nuevamente, que los contratos que no superen el umbral aplicable al amparo del artículo 16 de la Ley 31/2007, celebrados por entidades comprendidas en su ámbito subjetivo, quedan fuera de su ámbito objetivo desde un principio, pues la norma solo regula los contratos que superen los umbrales que establece; luego, no son excluidos de su ámbito, sino que simplemente no están sujetos a regulación armonizada y por ello no comprendidos, por lo que no les es aplicable el régimen de reclamación que prevé su artículo 101, que solo se establece para los contratos incluidos en su ámbito. No obstante, no por ello quedan sujetos esos contratos al régimen de recurso especial del TRLCSP o, actualmente, de la LCSP, sino exclusivamente solo al régimen sustantivo o material de contratación, no al procesal, de dichos textos legales establecidos para las distintas clases de entidades del sector público, que corresponda según el tipo de entidad de que se trate, a diferencia de los contratos que, estando comprendidos dentro del ámbito objetivo de la citada Ley 31/2007, la misma los excluye expresamente aunque superen el umbral establecido. Los primeros no están sujetos a regulación armonizada y por ello, no son susceptibles ni de reclamación, ni, por ello, de recurso especial, mientras que los segundos no están sometidos a su régimen al haber sido excluidos de la Ley, ni están sujetos a regulación armonizada con arreglo a dicha Ley cualquiera que sea su cuantía, es decir, quedan fuera del ámbito de la contratación en los sectores excluidos por expulsión, por lo que no están sujetos al régimen de reclamación de los artículos 101 y ss. de la Ley 31/2007,



pero, por la misma razón, sí quedan sujetos al régimen del recurso especial de la Ley 9/2017 (LCSP).”

El ámbito del recurso especial, desde el punto de vista negativo, también queda fijado en otras resoluciones como la 140/2019, de 18 de febrero, o la 182/2019, de 1 de marzo, que añaden:

“Este contrato, atendiendo al valor estimado del mismo, se encuentra por debajo de los umbrales previstos en la Ley 31/2007. Se rige en cuanto a su preparación y adjudicación por la Ley de Contratos del Sector Público, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 318.b de la LCSP. El contrato por razón de su cuantía no está sujeto a regulación armonizada.

Por lo tanto y de acuerdo con lo previsto en el artículo 44.6º en su segundo párrafo de la LCSP: “En el caso de actuaciones realizadas por poderes adjudicadores que no tengan la condición de Administraciones Públicas, aquellas se impugnarán en vía administrativa de conformidad con lo dispuesto en la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas ante el titular del departamento, órgano, ente u organismo al que esté adscrita la entidad contratante o al que corresponda su tutela. Si la entidad contratante estuviera vinculada a más de una Administración, será competente el órgano correspondiente de la que ostente el control o participación mayoritaria”.

Por tanto, el contrato licitado no es susceptible de reclamación por no estar sujeto a regulación armonizada al no superar el umbral establecido en la LCSE, y por ello tampoco es susceptible de recurso especial en ningún caso, aunque por aplicación de la Disposición Adicional Octava.2, de la LCSP, quede sujeto a las normas pertinentes de la LCSP según el tipo de entidad contratante. Pero es que, además, aunque lo fuese, no cabría recurso especial, al ser su valor



estimado también inferior al importe establecido legalmente para poder interponer recurso especial.

Procede, por lo expuesto, la inadmisión de la reclamación y su devolución al órgano de contratación para su tramitación como recurso administrativo, de acuerdo con lo previsto en el Capítulo II del Título V de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas.”

En mérito a las anteriores consideraciones jurídicas la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado alcanza las siguientes

CONCLUSIONES.

1. La mera condición de entidad contratante a los efectos del artículo 5 de la LS o la realización de alguna de sus actividades en el ámbito propio de la misma no implica necesariamente que todos los contratos que realicen estas entidades deban regirse por la LS, sino que para ello es imprescindible que el contrato en cuestión cumpla los requisitos subjetivo, objetivo, en su doble vertiente cuantitativa y de tipología y funcional, concretado este último en que el objeto del contrato guarde una relación no simplemente genérica o lejana con las actividades específicamente mencionadas en el artículo 8 de la LS.
2. No existe ningún inconveniente desde el punto de vista legal para que en los pliegos de cláusulas administrativas particulares propios de los contratos sujetos a la LS pueda hacerse una remisión a preceptos de la LCSP, siempre que se trate de aspectos no regulados en la LS que, en su condición de norma especial, debe aplicarse con preferencia en este tipo de contratos.
3. Los contratos que, por no superar el umbral establecido en la LS, no se rijan por ella, y sí por las normas de la LCSP correspondientes a la naturaleza de la



entidad licitante y al tipo de contrato de que se trate, serán susceptibles de recurso especial en materia de contratación si cumplen las condiciones establecidas en el artículo 44 de la LCSP.