

Informe 6/2017, de 5 de abril de 2017, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón.

Asunto: Naturaleza jurídica a efectos de contratación del Consorcio de la Comunidad de Trabajo de los Pirineos.

I. ANTECEDENTES

El Director General de Relaciones Institucionales y Desarrollo Estatutario, en escrito dirigido a la Secretaría General Técnica de Presidencia, ha solicitado la consulta a la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón, sobre la naturaleza jurídica a efectos de contratación del Consorcio de la Comunidad de Trabajo de los Pirineos.

En el referido escrito se exponen sucintamente las variaciones que ha experimentado el Consorcio desde su constitución por Convenio interadministrativo de Cooperación Transfronteriza, firmado el 17 de marzo de 2005. Se hace referencia particular a la incidencia de los cambios introducidos por la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público, dado que en los Estatutos del Consorcio, art. 20.2, se establece lo siguiente:

«Los contratos que celebre el Consorcio de la Comunidad de Trabajo de los Pirineos deben ajustarse a lo establecido para las Administraciones Públicas en la legislación española sobre contratos del sector público, respetando los principios de publicidad, concurrencia, igualdad y no discriminación».

Además de lo anterior, el Comité Ejecutivo del Consorcio de la Comunidad de Trabajo de los Pirineos, reunido en sesión extraordinaria en Burdeos el 9 de noviembre de 2016, aprobó por unanimidad la adscripción del Consorcio a la Comunidad Autónoma de Aragón con efectos desde el 1 de enero de 2017, acuerdo que fue ratificado en el Pleno por los Presidentes de las entidades

territoriales que integran el Consorcio de la Comunidad de Trabajo de los Pirineos, en la sesión celebrada en Burdeos el 10 de noviembre de 2016.

II. CONSIDERACIONES JURÍDICAS

I. Competencia de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón y legitimación para solicitarle informe.

Este informe se emite con carácter facultativo, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 3.2 del Reglamento de organización y funcionamiento de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón, aprobado por Decreto 81/2006, de 4 de abril, del Gobierno de Aragón, que le atribuye la competencia para informar sobre las cuestiones que se sometan a su consideración en materia de contratación administrativa.

La petición de informe ha sido formulada por órgano legitimado, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 6, a) del mencionado Reglamento.

II. Consideraciones sobre la naturaleza jurídica del Consorcio de la Comunidad de Trabajo de los Pirineos a efectos de contratación pública.

La Comunidad de Trabajo de los Pirineos es una entidad creada en 1983, bajo el impulso del Consejo de Europa, en la que participan las diversas colectividades territoriales existentes en la cordillera de los Pirineos. En la actualidad son el Principado de Andorra, a través del Organismo Andorrano de Cooperación Transfronteriza, dos regiones francesas –«Nouvelle-Aquitaine» (entidad sucesora de la région Aquitaine)¹ y «Occitanie» (producto de la fusión

¹ En virtud de la «Loi n° 2015-29 du 16 janvier 2015 relative à la délimitation des régions, aux élections régionales et départementales et modifiant le calendrier électoral», en Francia se ha procedido con efectos desde el 1 de enero de 2016 a una

de dos de las entidades fundadoras, Languedoc-Roussillon y Midi-Pyrénées²)- y cuatro comunidades autónomas, que son Cataluña, Comunidad Autónoma Vasca-Euskadi, Comunidad Foral de Navarra y Aragón.

En 2005 la Comunidad de Trabajo de los Pirineos se constituyó en Consorcio, entidad jurídica de Derecho español, asumiendo funciones en la gestión de fondos y programas europeos. Su organización interna se compone de Comité Ejecutivo y Pleno, con representantes de todos sus miembros, y de una Presidencia de carácter rotatorio. Su sede permanente se halla en la ciudad de Jaca y cuenta con un presupuesto anual del orden de 1,5 millones de euros, muy mayoritariamente procedente de aportaciones de sus miembros y de la gestión de programas y proyectos de la Unión Europea.

La adscripción del Consorcio a la Comunidad Autónoma de Aragón tuvo lugar por acuerdo de 9 de noviembre de 2016 del Comité Ejecutivo del Consorcio, ratificado por el Pleno de la entidad, con efectos desde el 1 de enero de 2017.

A la entidad analizada le es de aplicación el Tratado entre el Reino de España y la República Francesa sobre cooperación transfronteriza entre entidades territoriales, hecho en Bayona el 10 de marzo de 1995 (BOE núm. 59, de 10 de marzo de 1997), en cuyo art. 6.9, párrafo segundo, se establece lo siguiente: «El Derecho aplicable al organismo de cooperación transfronteriza será el del Estado de la sede y el propio del tipo de organismo al que pertenece». No obstante, debe señalarse que existe una previsión específica para la contratación pública en el art. 8:

remodelación de las regiones existentes, habiendo pasado de veintiuna a doce, siendo siete de las nuevas regiones el producto de la reagrupación de regiones anteriores.

La denominación de la región sucesora de la entidad fundadora Aquitaine fue fijada por «Décret n° 2016-1267 du 28 septembre 2016 portant fixation du nom et du chef-lieu de la région Nouvelle-Aquitaine».

² La denominación de la región, que ha agrupado a las entidades fundadoras Languedoc-Roussillon y Midi-Pyrénées fue establecida por «Décret n° 2016-1264 du 28 septembre 2016 portant fixation du nom et du chef-lieu de la région Occitanie».

«Cuando los Convenios prevean la celebración de contratos, en particular, de contratos públicos, éstos serán celebrados y ejecutados con arreglo al Derecho de la Parte Contratante aplicable a la entidad territorial o al organismo de cooperación de los previstos en el artículo 5, que asuman la responsabilidad de contratar.

En todo caso, por lo que se refiere a los procedimientos relativos a publicidad, contratación y adjudicación de empresas, las entidades territoriales deben hacer constar en el Convenio las obligaciones que al respecto les impone su Derecho interno, teniendo en cuenta el objeto del contrato y su precio.

Las entidades territoriales adoptarán, sin afectar al Derecho aplicable a tales contratos públicos, aquellas medidas que sean útiles para permitir a cada una de ellas respetar las obligaciones que, en las materias anteriormente citadas, les impone el Derecho de la Parte Contratante a la que pertenecen».

De acuerdo con el texto vigente, modificado en 2017, del Convenio interadministrativo de Cooperación Transfronteriza que conforma los estatutos de la entidad, el Consorcio de la Comunidad de Trabajo de los Pirineos puede contratar «obras, servicios y suministros» (art. 3.2 f). En cuando al régimen jurídico aplicable a dichos contratos, de acuerdo con el vigente art. 20.2 (cuyo tenor literal es muy similar al del art. 18.2 de los Estatutos originales de 2005):

«Los contratos que celebre el Consorcio de la Comunidad de Trabajo de los Pirineos deben ajustarse a lo establecido para las Administraciones Públicas en la legislación española sobre contratos del sector público, respetando los principios de publicidad, concurrencia, igualdad y no discriminación».

En la documentación que acompaña a la consulta se incluye el «Informe de la Dirección General de Relaciones Institucionales y Desarrollo Estatutario sobre la adscripción del Consorcio de la Comunidad de Trabajo de los Pirineos a la Administración de la Comunidad Autónoma de Aragón», de 18 de enero de 2017, en el que se «certifica», entre otras cosas, lo siguiente:

«La Ley 40/2016, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público, establece con carácter básico el régimen jurídico de los consorcios contenidos en los artículos 118 y siguientes. En concreto, el artículo 120.1, sobre Régimen de adscripción, determina que el consorcio quedará adscrito, en cada ejercicio presupuestario, a la Administración Pública que corresponda, en aplicación de los criterios referidos en la norma, ordenados por prioridad de aplicación. De conformidad con lo previsto en dicho artículo, y puesto que no hay ningún miembro del Consorcio que tenga una mayor participación, mayor número de votos o dominio sobre el nombramiento de sus órganos de gobierno, se debe adscribir a aquella administración que tenga mayor extensión territorial, dado que sus fines y actividades están orientados al desarrollo de actuaciones sobre el territorio, correspondiendo ser adscrito a la Administración de la Comunidad Autónoma de Aragón por contar con mayor extensión territorial.

Consecuentemente, el CCTP tuvo que modificar sus estatutos para determinar que Aragón es la Administración a la que se adscribe. A tal efecto, el Comité Ejecutivo, órgano de decisión de la Comunidad de Trabajo de los Pirineos, y que reúne a los representantes de los siete miembros que la integran, se reunió en sesión extraordinaria celebrada en Burdeos el 9 de noviembre de 2016, acordando, por unanimidad, la propuesta de modificación de los estatutos, que posteriormente fue aprobada en el Plenario de Presidentes, que tuvo lugar el día 10 de noviembre».

Como conclusión, el Consorcio de la Comunidad de Trabajo de los Pirineos ha quedado configurado como Consorcio de Derecho español adscrito a la Comunidad Autónoma de Aragón en virtud de lo previsto en sus Estatutos. Tal adscripción resulta conforme tanto al Derecho internacional como al Derecho interno aplicable.

III. Régimen aplicable al Consorcio de la Comunidad de Trabajo de los Pirineos como Consorcio de Derecho español adscrito a la Comunidad Autónoma de Aragón.

Al margen de sus antecedentes en la legislación de régimen local, en la ya derogada Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de régimen jurídico de las

Administraciones públicas y del procedimiento administrativo común, se contempló por primera vez en el ámbito estatal la figura del consorcio interadministrativo. En el artículo 7 de la redacción original y, tras la reforma introducida por medio de la Ley 4/1999, de 13 de enero, en el artículo 6.5, los consorcios fueron reconocidos como manifestación del principio de colaboración entre Administraciones públicas. En este precepto se preveía que cuando para la gestión de un convenio entre Administraciones públicas se hiciese necesario crear una organización común, ésta pudiese adoptar la forma de consorcio dotado de personalidad jurídica o sociedad mercantil, debiendo quedar determinados en los estatutos del consorcio sus fines, así como las particularidades de su régimen orgánico, funcional y financiero. Se establecía además que los órganos de decisión estarían integrados por representantes de todas las entidades consorciadas, en la proporción que se fijase en los estatutos, pudiendo utilizar para la gestión de los servicios que se les encomendasen cualquiera de las formas previstas en la legislación aplicable a las Administraciones consorciadas. En el art. 6.1 aparecían, refiriéndose al ámbito subjetivo de los convenios de colaboración, junto con la Administración General y los Organismos públicos vinculados o dependientes de la misma, los órganos correspondientes de las Administraciones de las Comunidades Autónomas.

Por medio de la Disposición final segunda de la Ley 27/2013, de 27 de diciembre, de racionalización y sostenibilidad de la Administración Local, se añadió al texto de la Ley 30/1992 una Disposición adicional vigésima relativa al «Régimen jurídico de los consorcios», regulación en la que destaca la previsión sobre la Administración pública a la que un consorcio se adscribiría. Los criterios que se detallaban de forma sucesiva desgranaban los criterios que serían evidencia de un mayor control sobre la entidad, estableciendo como criterio por defecto, el «mayor número de habitantes o extensión territorial dependiendo de si los fines definidos en el estatuto están orientados a la prestación de servicios, a las personas, o al desarrollo de actuaciones sobre el territorio» (disposición adicional vigésima, 2, h). La principal consecuencia de la

adscripción sería, según la propia disposición adicional vigésima, 4, que «[l]os consorcios estarán sujetos al régimen de presupuestación, contabilidad y control de la Administración pública a la que estén adscritos, sin perjuicio de su sujeción a lo previsto en la Ley Orgánica 2/2012, de 27 de abril, de Estabilidad Presupuestaria y Sostenibilidad Financiera».

Con la Ley 40/2015, de Régimen Jurídico del Sector Público, se ha dotado a los consorcios de una regulación básica más completa, fundamentalmente contenida en los arts. 118 a 127, a los que hay que añadir, también con carácter básico, la incidencia de lo previsto en los arts. 81 a 83 para el conjunto del sector público institucional; la disposición adicional 8ª, sobre adaptación de los convenios y al plazo de inscripción en el Inventario de Entidades del Sector Público Estatal, Autonómico y Local; la disposición adicional 10ª, relativa a las aportaciones a los consorcios; y la disposición final 17ª, 1, sobre adaptación de normativa estatal y autonómica a la nueva regulación. No toda la regulación de la Ley 40/2015 sobre los consorcios tiene carácter básico: no lo tiene el artículo 123.2, aplicable únicamente al Estado cuando vaya a crear un consorcio; ni la disposición adicional 4ª, sobre el plazo de adaptación del sector público estatal; ni la disposición transitoria segunda, relativa a dicha adaptación; ni, finalmente, la disposición final 17ª, 2, relativa a la adaptación normativa de los consorcios creados por Ley de las Cortes Generales.

Ciertamente, puede considerarse que los consorcios tienen una naturaleza mixta: como ente instrumental en la órbita institucional de la entidad a la que está adscrito y como ente asociativo de varias Administraciones Públicas. Sin embargo, en continuidad con los diversos esfuerzos legislativos realizados en los últimos años para clarificar el régimen de los consorcios administrativos, especialmente a efectos de disciplina presupuestaria, en la Ley 40/2015 se establece con claridad, art. 118.1, que los Consorcios son Administración Pública, lo que resulta determinante para su régimen jurídico. En consecuencia, un consorcio dependiente o adscrito a una Comunidad Autónoma se registrará por

lo dispuesto con carácter básico en la Ley 40/2015, la normativa autonómica de desarrollo y, por último, lo dispuesto en sus estatutos (art. 119.1).

De acuerdo con los criterios de adscripción establecidos en el art. 120.1, cuando la participación de todas las partes en un consorcio sea igualitaria, se aplicará como criterio residual, que ya venía recogido en la Ley 30/1992, el «mayor número de habitantes o extensión territorial dependiendo de si los fines definidos en el estatuto están orientados a la prestación de servicios a las personas, o al desarrollo de actuaciones sobre el territorio» (art. 120.2, h). De acuerdo con la interpretación hecha por los órganos de gobierno del Consorcio, la extensión territorial ha sido el criterio determinante para la adscripción a la Comunidad Autónoma de Aragón.

En la Ley 40/2015 se regula en el artículo 122 el «régimen presupuestario, de contabilidad, control económico-financiero y patrimonial» de los consorcios, pero no se hace referencia ni en este ni en ningún otro precepto a su régimen de contratación, contrariamente a lo que sucede con otras entidades del sector público, como organismos autónomos (art. 100), entidades públicas empresariales (art. 106) sociedades estatales (art. 113) o fundaciones (art. 130). No obstante, de esa omisión no cabe deducir que el legislador haya querido establecer un régimen excepcional para estos organismos –lo que en todo caso debería haber sido hecho de forma expresa e inequívoca y plantearía problemas de compatibilidad con el Derecho comunitario-, por lo que serán de aplicación las disposiciones pertinentes de la legislación de contratos del sector público.

En cuanto a la legislación contractual, en el artículo 3.2 y 3.3 del TRLCSP, se distingue entre «administraciones públicas», a las que es de aplicación el texto refundido íntegramente y «poderes adjudicadores que no tienen la consideración de administraciones públicas», a los que sólo resulta aplicable parcialmente. Al no mencionarse expresamente a los consorcios en el art. 3.2, pero sí en el art. 3.1, e), que los inserta en el sector público, puede plantearse alguna duda sobre el régimen jurídico con arreglo al que deberán contratar.

Para determinarlo resulta definitivo el artículo 3.2, e), en aplicación del cual los consorcios que cumplan uno de los dos requisitos previstos en el mismo, tendrán la consideración de Administración pública y estarán sometidos íntegramente a las prescripciones de la TRLSCP tanto en fase de preparación y adjudicación, como de cumplimiento y extinción. De acuerdo con este precepto «tendrán la consideración de Administraciones Públicas los siguientes entes»:

«e) las entidades de derecho público vinculadas a una o varias Administraciones Públicas o dependientes de las mismas que cumplan alguna de las características siguientes:

1.ª Que su actividad principal no consista en la producción en régimen de mercado de bienes y servicios destinados al consumo individual o colectivo, o que efectúen operaciones de redistribución de la renta y de la riqueza nacional, en todo caso sin ánimo de lucro, o

2.ª que no se financien mayoritariamente con ingresos, cualquiera que sea su naturaleza, obtenidos como contrapartida a la entrega de bienes o a la prestación de servicios.

No obstante, no tendrán la consideración de Administraciones Públicas las entidades públicas empresariales estatales y los organismos asimilados dependientes de las Comunidades Autónomas y Entidades locales».

En este sentido, la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado, en su Informe 38/2008, de 31 de marzo de 2009, relativo al «Ámbito de aplicación subjetiva de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de contratos del sector público. Los consorcios», concluyó con base en una normativa cuyos términos sustantivos no han cambiado, que los consorcios han de ser considerados Administraciones públicas a efectos de contratación:

«...la Ley de Contratos del Sector Público señala, en su artículo 3.1 e), que forman parte del sector público los consorcios dotados de personalidad jurídica propia a los que se refieren el artículo 6.5 de la Ley 30/1992, de 26 de

noviembre, de régimen jurídico de las Administraciones Públicas y del procedimiento administrativo común, y la legislación de régimen local, distinguiéndolos de las Administraciones Públicas enumeradas en la letra a) del mismo precepto (Administración General del Estado, de las Comunidades Autónomas y entidades que integran la administración local). Más adelante, en su apartado 2, efectúa una distinción en el ámbito del sector público al referirse a quienes integran, a efectos de la propia Ley, las Administraciones públicas, no citando expresamente, como así debería haberse hecho, a los consorcios, lo que no impide atribuirles tal carácter por aplicación de la previsión referida al ámbito subjetivo en la letra e) en la que señala como parte de la Administración pública las entidades de derecho público vinculadas a una o varias Administraciones públicas o dependientes de las mismas que cumplan alguna de las características siguientes: que su actividad principal no consista en la producción en régimen de mercado de bienes y servicios destinados al consumo individual o colectivo, o que efectúen operaciones de redistribución de la renta y de la riqueza nacional, en todo caso sin ánimo de lucro, lo que es lo mismo que advertir que realicen funciones de interés general que no tienen carácter mercantil o industrial, es decir desarrollo de una función pública, o que no se financien mayoritariamente con ingresos, cualquiera que sea su naturaleza, obtenidos como contrapartida a la entrega de bienes o a la prestación de servicios, lo que es lo mismo que indicar que se financien con fondos públicos o que procedan de la Administración».

En cuanto a la excepción contenida en el art. 3.3, e) *in fine* del TRLCSP, relativa a que «no tendrán la consideración de Administraciones Públicas las entidades públicas empresariales estatales y los organismos asimilados dependientes de las Comunidades Autónomas», no cabe atribuir tal condición al Consorcio de la Comunidad de Trabajo de los Pirineos. Como se argumentaba en nuestro Informe 20/2016, de 20 de diciembre de 2016:

«Y es que el artículo 103 de la Ley 40/2015 determina que para poder ser considerado Entidad Pública Empresarial (y deducir su condición de no administración pública a efectos del TRLCSP), resultará necesario que el organismo público se financie mayoritariamente con ingresos de mercado. En caso contrario, su naturaleza será análoga a la de un Organismo Autónomo,

con un sometimiento pleno a la legislación sobre contratación del sector público. Esta Junta, mediante la Circular 1/2008, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de Aragón, sobre «alcance del ámbito subjetivo de aplicación de la LCSP y régimen de contratación aplicable», argumentó el carácter análogo de los Entidades de Derecho Público de Aragón con las Entidades Públicas Empresariales estatales al considerar que «tienen características formales y de gestión que los asimilan a las Entidades Públicas empresariales». Tal conclusión resultaba de la comparación del régimen jurídico de las Entidades Públicas Empresariales contenido en la Ley 6/1997, de 14 de abril, de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado (LOFAGE), con el régimen de los artículos 79 a 82 de la Ley de Administración de la Comunidad Autónoma de Aragón (texto refundido aprobado por Decreto Legislativo 2/2001, de 3 de julio) de los Entes de Derecho Público.

El cambio operado en la Ley 40/2015, que aunque no es básica en la definición del concepto de entidad pública empresarial, debe ser considerado a efectos de interpretar el art. 3.2.e) TRLCSP (precepto que sí es básico) que alude a las «Entidades Públicas Empresariales estatales y sus análogas autonómicas y locales», obliga a revisar la conclusión alcanzada en la antecitada Circular. Así, para afirmar ahora que las Entidades Públicas Empresariales estatales y sus análogas autonómicas y locales no tendrán la consideración de Administración pública a efectos de contratación debe atenderse a la circunstancia de que se financien «mayoritariamente con ingresos de mercado» como dato relevante para determinar su régimen de contratación. Si la financiación de una entidad autonómica no procede «mayoritariamente de ingresos de mercado» no cabrá entonces afirmar su naturaleza análoga a las Entidades Públicas Empresariales, y por tanto, su contratación quedará sometida íntegramente a las disposiciones del TRLCSP ...»

En consecuencia, el Consorcio de la Comunidad de Trabajo de los Pirineos tiene la consideración de Administración Pública a efectos de la legislación de contratación pública y, en su condición de tal, de poder adjudicador en los términos del art. 3.3, a) del TRLCSP, siéndole éste íntegramente aplicable.

En el ámbito de la Comunidad Autónoma de Aragón, a la que el Consorcio está adscrito, resulta de aplicación la Ley 3/2011, de 24 de febrero, de medidas en materia de Contratos del Sector Público de Aragón. De acuerdo con el art. 2.1 de la citada Ley, ésta resulta aplicable a la Administración Pública de la Comunidad Autónoma de Aragón y «a aquellos organismos públicos y demás entidades dependientes o *vinculadas* a la misma que, a efectos de contratación pública, tengan la consideración de poder adjudicador», cláusula que inequívocamente abarca al Consorcio de la Comunidad de Trabajo de los Pirineos una vez que ha sido adscrito a la Comunidad Autónoma. Del mismo modo, le resultan aplicables las disposiciones de la Ley referentes al Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón (art. 2.2) y en particular lo dispuesto sobre la competencia de este organismo revisor.

III. CONCLUSIONES

I. El régimen jurídico aplicable al Consorcio de la Comunidad de Trabajo de los Pirineos es el que deriva de su consideración como Consorcio de Derecho español adscrito a la Comunidad Autónoma de Aragón en virtud de lo previsto en el Derecho internacional –en particular, en el Tratado entre el Reino de España y la República Francesa sobre cooperación transfronteriza entre entidades territoriales, hecho en Bayona el 10 de marzo de 1995-, en la legislación básica –en especial, en el art. 120 de la Ley 40/2016, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público- y en sus Estatutos.

II. En lo que se refiere a la legislación de contratos del sector público, el Consorcio de la Comunidad de Trabajo de los Pirineos tiene la consideración de Administración Pública y, en su condición de tal, de poder adjudicador en los términos del art. 3.3, a) del TRLCSP, siéndole éste íntegramente aplicable. Dada su condición de entidad adscrita a la Comunidad Autónoma de Aragón,

ha de entenderse entidad «vinculada» a la misma y, en consecuencia, le resultará aplicable la legislación aragonesa en materia de contratación pública.

Informe 6/2017, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón, adoptado en su sesión del día 5 de abril de 2017.