

**Circular 1/2008, de 3 de marzo, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón, sobre “alcance del ámbito subjetivo de aplicación de la LCSP y régimen de contratación aplicable”**

**ANTECEDENTES**

En virtud de la competencia reglamentariamente atribuida a esta Junta (Decreto 81/2006, de 4 de abril, del Gobierno de Aragón, por el que se crea la Junta Consultiva y se aprueba el Reglamento que regula su organización y funcionamiento), con la finalidad de aclarar qué sujetos, entidades, organismos y personificaciones deben aplicar y el alcance de las previsiones contenidas en la LCSP, el Pleno de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa en sesión celebrada el 3 de marzo de 2008, acordó aprobar esta Circular interpretativa sobre el alcance del ámbito subjetivo de aplicación de la LCSP y régimen de contratación aplicable.

***Primero. El concepto de poder adjudicador y su alcance***

Un aspecto decisivo en toda legislación de contratos públicos es el ámbito subjetivo de aplicación, en el que aparece como elemento clave en la normativa comunitaria el concepto de poder adjudicador. Lo reconoce expresamente la Exposición de Motivos de la LCSP cuando afirma:

“A fin de ajustar el ámbito de aplicación de la Ley al de las directivas comunitarias, así como para no dejar entidades del sector público exentas de regulación, la delimitación de los entes sujetos se realiza en términos muy amplios. A estos efectos, el artículo 3.1 enumera en sus letras a) a g) las entidades que, de acuerdo con una determinación de política legislativa interna y autónoma, se considera conveniente que, en todo caso, se sujeten a la legislación de contratos públicos; esta lista, inspirada en la definición de sector público de la Ley General Presupuestaria con las pertinentes correcciones terminológicas para permitir la extrapolación de sus categorías a los sectores autonómico y local y la adición de menciones expresas a las Universidades Públicas y a los denominados “reguladores independientes”, está formulada en

términos extremadamente amplios. Para asegurar el cierre del sistema, la letra h) de este apartado -que funciona como cláusula residual y reproduce literalmente la definición de “organismo público” de la Directiva 2004/18/CE, en cuanto poder adjudicador sujeto a la misma-, garantiza que, en cualquier caso, el ámbito de aplicación de la Ley se extienda a cualquier organismo o entidad que, con arreglo a la norma comunitaria, deba estar sometido a sus prescripciones. Dentro de las entidades del sector público, la Ley distingue tres categorías de sujetos que presentan un diferente nivel de sometimiento a sus prescripciones: Administraciones Públicas; entes del sector público que, no teniendo el carácter de Administración Pública, están sujetos a la Directiva 2004/18; y entes del sector público que no son Administraciones Públicas ni están sometidos a esta Directiva”

Por tanto, el concepto determinante para dar una adecuada interpretación al ámbito subjetivo de la LCSP es el concepto de poder adjudicador. A tal fin el artículo 1.9 de la Directiva 2004/18 establece:

**“Son considerados «poderes adjudicadores»:** el Estado, los entes territoriales, los organismos de Derecho público y las asociaciones constituidas por uno o más de dichos entes o de dichos organismos de Derecho público.

Es considerado «organismo de Derecho público» cualquier organismo:

- a) creado específicamente para satisfacer necesidades de interés general que no tengan carácter industrial o mercantil,
- b) dotado de personalidad jurídica y
- c) cuya actividad esté mayoritariamente financiada por el Estado, los entes territoriales u otros organismos de Derecho público, o bien cuya gestión se halle sometida a un control por parte de estos últimos, o bien cuyo órgano de administración, de dirección o de vigilancia esté compuesto por miembros de los cuales más de la mitad sean nombrados por el Estado, los entes territoriales u otros organismos de Derecho público.

En el anexo III figuran las listas no exhaustivas de los organismos y de las categorías de organismos de Derecho público que cumplen los criterios enumerados en las letras a), b) y c) del párrafo segundo. Los Estados miembros notificarán periódicamente a la Comisión las modificaciones que se hayan producido en sus listas.”

Esta definición es clara y pretende la homogeneidad en la aplicación normativa de esta disposición comunitaria, y la interpretación debe ser la que resulta de la jurisprudencia del TJCE, que ha optado por criterios subjetivos-funcionales cuando se cumple con tres requisitos. Según jurisprudencia reiterada, el concepto de «organismo de Derecho público», concepto de Derecho comunitario que debe recibir una interpretación autónoma y uniforme en toda la Comunidad Europea, se define desde un punto de vista funcional con arreglo exclusivamente a los tres requisitos acumulativos que enuncia el artículo 1, letra b), párrafo segundo, de las Directivas 93/36 y 93/37 (véanse, en este sentido, las

sentencias *Mannesmann Anlagenbau Austria* y otros, de 15 de enero de 1998, apartados 20 y 21; de 12 de diciembre de 2002, *Universale-Bau* y otros, apartados 51 a 53; de 15 de mayo de 2003, *Comisión/España*, apartados 52 y 53, de 16 de octubre de 2003, *Comisión/España*, y de 13 de enero de 2007, apartado 27). En el contexto descrito debe entenderse la STJCE de 15 de mayo de 2003 y las subsiguientes de 16 de octubre de 2003 y 13 de enero de 2005, en las que se condena al Reino de España por incumplimiento en materia de contratación, al afirmar que “no cabe interpretar el concepto de «organismo de Derecho público» utilizado en el artículo 1, letra b), párrafo segundo, de las Directivas 92/50, 93/36 y 93/37 en el sentido de que los Estados miembros pueden excluir de antemano a las sociedades mercantiles bajo control público del ámbito de aplicación personal de estas Directivas y, en consecuencia, del de la Directiva 89/665”.

En primer lugar, para definir el concepto de organismo de derecho público debe atenderse a la naturaleza de la actividad: satisfacer necesidades de interés general que no tengan exclusivo carácter mercantil, en cuyo caso, por tratarse de gestión económica, quedará justificada su sometimiento al régimen jurídico privado. En este sentido la STJUE de 15 de enero de 1998 (Asunto C-44/96. *Mannesmann*) indica que, si hay una función de interés general -indudable cuando el ámbito de la actividad se designa habitualmente bajo la expresión de “obligaciones de servicio público-, al margen de que la actividad tenga vertientes mercantiles o industriales, se produce una *vis* atractiva del primer elemento, debiendo entenderse a ese ente sometido a la reglas de contratación pública. En consecuencia, los entes instrumentales que presten un servicio público o tengan que cumplir con obligaciones de servicio público, se encuentran sometidos al régimen de la legislación de contratos públicos. La STJCE de 10 de noviembre de 1998 (Asunto C-360/96. *ARA*) insiste en esta idea, entendiendo que estamos en presencia de un poder adjudicador cuando la función es de interés general, aunque la actividad se preste en régimen de competencia. Es decir, prima el

dato teleológico de la actividad que desarrolla ese ente adjudicador. En esta jurisprudencia se distingue, en definitiva, entre necesidades de interés general que tengan carácter industrial o mercantil con las necesidades que no tengan dicho carácter. Esta misma doctrina se recoge en las STJCE de 17 de diciembre de 1998 (Asuntos *Irish Forestry Board*), 27 de febrero de 2003 (asunto *Adolf Truley*) y 22 de mayo de 2003 (Asunto *Korhonen*). Criterio que no se ve afectado por el hecho de que empresas privadas satisfagan o puedan satisfacer las mismas necesidades que éste, ya que la inexistencia de competencia no es un requisito necesario para definir a un organismo de Derecho público.

En todo caso, como puso de relieve la STJCE de 13 de octubre de 2003, de condena al Reino de España en el asunto SEIPSA, en ausencia de riesgo empresarial, una empresa pública o cualquier otro ente controlado por el poder público se comporta como poder adjudicador y estará sometido a las reglas y principios de la contratación pública. Dice así la Sentencia:

“91.A este respecto, es preciso añadir que, con independencia de si existe un mecanismo oficial de compensación de posibles pérdidas de SIEPSA, *parece poco probable que ésta haya de soportar los riesgos económicos derivados de su actividad. En efecto, habida cuenta de que la realización de la misión de esta sociedad constituye un elemento fundamental de la política penitenciaria del Estado español, resulta verosímil que, como único accionista, dicho Estado tome todas las medidas necesarias al objeto de evitar una posible quiebra de SIEPSA.*

92.En estas circunstancias, existe la posibilidad de que, en un procedimiento de adjudicación de un contrato público, SIEPSA se guíe por consideraciones distintas a las meramente económicas. Pues bien, precisamente para evitar tal posibilidad, se impone la aplicación de las Directivas comunitarias sobre contratos públicos (en este sentido, en particular, sentencias *Adolf Truley*, apartado 42, y *Korhonen* y otros, apartados 51 y 52, antes citadas).

93.Teniendo en cuenta el conjunto de factores jurídicos y fácticos que regulan la actividad de SIEPSA, como los señalados en los apartados 84 a 92 de la presente sentencia, procede concluir que las necesidades de interés general para cuya satisfacción se creó específicamente dicha sociedad no tienen carácter industrial o mercantil.

94.De ello resulta que una entidad como SIEPSA debe ser calificada de organismo de Derecho público en el sentido del artículo 1, letra b), párrafo segundo, de la Directiva 93/37 y, por tanto, de entidad adjudicadora conforme al párrafo primero de dicha disposición“.

En segundo lugar, es cierto que el ente, para considerarse poder adjudicador debe tener personalidad jurídica propia, si bien para el Derecho comunitario la forma jurídica adoptada -pública o privada- no es por sí criterio decisivo, pues debe realizarse una interpretación funcional de la que resulta que la forma jurídica, pública o privada, es indiferente a estos efectos. Al respecto es especialmente relevante la doctrina que mantiene la citada STJCE de 15 noviembre de 1998: “es preciso recordar que para dar plenos efectos al principio de libre circulación, el concepto de entidad adjudicadora debe recibir una interpretación funcional (en este sentido, véase la sentencia del Tribunal de Justicia de 20 de septiembre de 1988, Beentjes). Esta necesidad se opone a que se establezcan diferencias en función de la forma jurídica de las disposiciones por las que se crea el organismo y se especifican las necesidades que éste debe satisfacer”. Las empresas mercantiles no pueden entenderse, en consecuencia, excluidas del ámbito de aplicación. Debe primero determinarse si puede ser incluida su actividad en los parámetros funcionales explicados a fin de ser considerada poder adjudicador. Así se expresa de forma clara en la STJCE de 15 de mayo de 2003, en la que se condena al Reino de España:

“De los principios así elaborados por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia se desprende que el estatuto de Derecho privado de una entidad no constituye un criterio que pueda excluir su calificación como entidad adjudicadora en el sentido del artículo 1, letra b), de las Directivas 92/50, 93/36 y 93/37 y, por tanto, del artículo 1, apartado 1, de la Directiva 89/665”.

El último requisito que se exige es que el control del ente -por vía financiera o cualquier otro medio- sea de la Administración Pública. Debe estarse, por tanto, al dato de la “influencia dominante” del poder público sobre el organismo adjudicador. Supuesto que plantea poca problemática en lo relativo a la financiación y que se completa con los supuestos en los que la gestión se halle sometida a un control por parte de estas últimas, o cuyos órganos de administración, de dirección o de vigilancia estén compuestos por miembros más de la mitad de los cuales sean nombrados por las Administraciones Públicas y

otras entidades de derecho público. En relación al primer extremo (participación en el accionariado) la STJCE de 3 de octubre de 2000 (Asunto *Universidad de Cambridge*) ha aclarado cuando existe financiación mayoritariamente pública. Y debe entenderse que igualmente concurre este tercer criterio o requisito cuando existe un control final en la toma de decisiones por parte del poder público. Así lo ha afirmado la reciente STJCE de 1 de febrero de 2001, que considera sometidas al régimen de contratación pública a las empresas francesas dedicadas a la construcción de viviendas por parte de servicios públicos de construcción y urbanización y de sociedades anónimas de viviendas de alquiler moderado.

Estos son los requisitos, y con este alcance funcional, que deben utilizarse para comprender si se está o no en presencia de un poder adjudicador sometido a las reglas contractuales públicas.

***Segundo. La delimitación de personificaciones en la LCSP y su concreto sometimiento a las previsiones de la Ley.***

De la literalidad del artículo 3 LCSP surgen dudas interpretativas que pueden ser resueltas desde una perspectiva finalista. Así, como previene la Exposición de Motivos, todo poder adjudicador que resulte, aplicando los criterios referidos en el apartado anterior, deberá aplicar la Ley. Cuestión distinta será su régimen jurídico, en función de que tenga o no consideración de Administración Pública a efectos de esta Ley. Así, nos encontramos con que existen tres categorías que funcionan como círculos concéntricos y que son: poder adjudicador, Administración Pública y sector público y cuyo resultado concreto en esta Comunidad Autónoma de Aragón sería el siguiente:

A) Poder adjudicador y Administración Pública (art. 3.3 LCSP). Las Administraciones Públicas son en todo caso poder adjudicador y, con independencia de la cuantía del importe de los contratos, la preparación y adjudicación de los mismos se regula de forma precisa y detallada en la LCSP, en el Título I del Libro II y en el Capítulo I, del Título I del Libro III, respectivamente. Así mismo, las Cortes de Aragón, el Justicia de Aragón y la Cámara de Cuentas de Aragón, tienen la consideración de Administración Pública (D.A tercera LCSP).

De especial interés resulta la previsión del párrafo 2 del citado artículo 3. Del mismo se constata que la Administración de la Comunidad Autónoma y la Administración local tienen la consideración de Administración Pública. También la Universidad de Zaragoza y los organismos autónomos.

Igual nota cabe predicar de los Consorcios a la luz de la letra e) de ese párrafo al ser entidades de derecho público que cumplen con alguno de los principios citados.

De la previsión legal de que *"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"* cabe deducir que los Entes de Derecho Público a los que se refieren los artículos 79 a 82 de la Ley de Administración de Aragón (Decreto Legislativo 2/2001, de 3 de julio) tienen características formales y de gestión que los asimilan a las Entidades Públicas empresariales por lo que, a partir de la entrada en vigor de la LCSP, a efectos de contratación pública, no tendrán la consideración de Administración Pública.

B) Poderes adjudicadores del sector público que no son Administración Pública. En esta categoría se englobarían los Entes de Derecho Público y las Fundaciones públicas y, de cumplir las notas referidas en el epígrafe primero de esta Circular, las empresas públicas autonómicas y locales y las Mutuas

Laborales. Las empresas que tengan consideración de medio propio se considerarán en todo caso poder adjudicador (artículo 4 n) LCSP)

En consecuencia los contratos sujetos a regulación armonizada celebrados por estos entes (importes determinados por Reglamento CE núm. 1422/2007, de la Comisión, de 4 de diciembre de 2007, por el que se modifican las Directivas 2004/17/CE y 2004/18/CE del Parlamento Europeo y del Consejo en lo que conciernen a sus umbrales de aplicación en materia de procedimientos de adjudicación de contratos), están sujetos a la LCSP, en cuanto a su preparación al artículo 121.1 LCSP que dispone que les serán aplicables los artículos 101 en cuanto al establecimiento de prescripciones técnicas, 102, 104 y 96.2 b) sobre reducción de plazos por motivos de urgencia y, en cuanto a su adjudicación se les aplican las normas establecidas para la adjudicación de los contratos de las Administraciones Públicas con las salvedades que recoge el art. 174. Sin embargo en los contratos no sujetos a regulación armonizada aplicarán el art. 121.2 en cuanto a la preparación del contrato y para la adjudicación, de acuerdo con el art. 175, aprobarán manuales de instrucción que den plasmación en todo caso, a los principios de publicidad, concurrencia, transparencia, confidencialidad, igualdad y no discriminación. Se deberán regular los procedimientos de contratación de forma que quede garantizada la efectividad de los principios referidos asegurando que el contrato es adjudicado a quien presente la oferta económicamente más ventajosa. Si bien el art. 175 no lo previene explícitamente, hay que entender que son también de aplicación las previsiones de la LCSP relativas a capacidad y solvencia, prohibiciones de contratar, objeto y precio del contrato (artículo 43 LCSP). En todo caso, estos manuales deberán atender a conseguir los objetivos recogidos en el artículo 1 LCSP. Estas instrucciones deberán ponerse a disposición de todos los interesados en participar en los procedimientos de adjudicación de contratos regulados por ellas, y publicarse en el perfil de contratante de la entidad (artículo 42 LCSP).

C) Entes del sector público que no son poder adjudicador. Del diseño del artículo 3 y concordantes cabe que entes que son del sector público y no son Administración Pública no tengan la condición de poder adjudicador. En este supuesto la LCSP se decanta porque en estos casos se apliquen unas reglas de transparencia y concurrencia que permitan adjudicar a la oferta económicamente más ventajosa. Como establece el artículo 176 LCSP se regularán sus contratos por manuales de instrucción que respetando los principios de publicidad, concurrencia, transparencia, confidencialidad, igualdad y no discriminación, permitan adjudicar a la empresa que realice la oferta económicamente más ventajosa. Aunque este precepto no lo previene explícitamente, la lógica obliga a entender que serán también de aplicación las previsiones relativas a capacidad y solvencia, prohibiciones de contratar, objeto y precio del contrato. En todo caso, estos manuales deberán atender a conseguir los objetivos recogidos en el artículo 1 LCSP. Estas instrucciones deben ponerse a disposición de todos los interesados en participar en los procedimientos de adjudicación de contratos regulados por ellas, y publicarse en el perfil de contratante de la entidad.

A partir de la fecha de entrada en vigor de la Ley de Contratos del Sector Público, y en tanto no se adopten los manuales de instrucción para los distintos entes del sector público que no son Administración Pública, de acuerdo con lo dispuesto en la Disposición Transitoria Sexta, serán de aplicación las normas y procedimientos previstos para los contratos armonizados, si bien el régimen jurídico del contrato será en todo caso privado.

D) Por último, debe recordarse que la LCSP se aplica también –cuando el importe es de umbral comunitario- a los contratos públicos de quienes no son poder adjudicador ni sector público (art. 3.1 LCSP) y a los que extiende su aplicación por imperativo del artículo 17 y 250 LCSP (contratos subvencionados y concesionarios, respectivamente) en la medida en que existe una financiación pública en dicha relación jurídica.

***Tercera. Consecuencias de los manuales de instrucción en las entidades que no son Administración Pública***

Una conclusión derivada del sistema gradual de sujeción a las previsiones de la Ley es que con esta “deslegalización procedimental” mediante manuales de instrucción *ad hoc* es que pueden proliferar distintos y variados procedimientos (distintos plazos, distinta documentación, etc.) que pueden ser una barrera de entrada para nuevos operadores económicos y producir inseguridad jurídica que pueden conducir a una fragmentación del mercado.

Ante esta situación, de indudable calado administrativo y económico, esta Junta considera adecuado trasladar al Gobierno la reflexión de que se estudie la conveniencia de que se pudieran adoptar medidas normativas que corrigieran este eventual necesario, debiendo reconsiderarse las condiciones de contratación por debajo del umbral de todo este conjunto de entes a fin de poder garantizar eficacia, concurrencia y eficiencia de fondos públicos.

***En consecuencia la Junta Consultiva acuerda aprobar, con el carácter de Circular Interpretativa las siguientes:***

**CONCLUSIONES**

***Primera.*** Para determinar el alcance del ámbito subjetivo de aplicación de la LCSP y el régimen de contratación aplicable es necesario atender al concepto de poder adjudicador referido en la Directiva 2004/18, del Parlamento y del Consejo, de 21 de marzo de 2004 que debe ser interpretado de conformidad con la jurisprudencia del TJCE.

**Segunda.** Son poderes adjudicadores, las Administraciones Públicas (Administración de la Comunidad Autónoma, Administración Local, órganos de naturaleza constitucional-estatutaria, organismos autónomos, Consorcios y Universidad de Zaragoza), se regirán en cuanto a la preparación, adjudicación, efectos y extinción por la Ley de Contratos del Sector Público y sus normas de desarrollo (artículo 19.2 LCPS)

**Tercera.** Los entes instrumentales que no sean Administración pública pero reúnan los requisitos de poder adjudicador (siempre lo serán si tienen consideración de medio propio) se someterán para los contratos sujetos a regulación armonizada, al artículo 121.1 LCSP que dispone que serán aplicables para su preparación los artículos. 101 en cuanto al establecimiento de prescripciones técnicas, 102, 104 y 96.2 b) sobre reducción de plazos por motivos de urgencia y en cuanto a su adjudicación se les aplicarán las normas establecidas para la adjudicación de los contratos de las Administraciones Públicas con las salvedades que recoge el art. 174 la LCSP. Para los contratos por debajo del umbral adoptarán las instrucciones a que se refiere el artículo 175 LCSP.

**Cuarta.** Los entes del sector público que no tengan la condición de poder adjudicador de acuerdo con lo previsto en el artículo 176 LCSP, regularán la adjudicación de sus contratos por manuales de instrucción que respetando los principios de publicidad, concurrencia, transparencia, confidencialidad, igualdad y no discriminación permitan adjudicar a la empresa que realice la oferta económicamente más ventajosa.

**Quinta.** A partir de la fecha de entrada en vigor de la Ley de Contratos del Sector Público, y en tanto no se adopten los manuales de instrucción para los distintos entes del sector público que no son Administración Pública, de acuerdo

con lo dispuesto en la Disposición Transitoria Sexta, serán de aplicación las normas y procedimientos previstos para los contratos armonizados, si bien el régimen jurídico del contrato será en todo caso privado.

**Sexta.** A los contratos subvencionados sujetos a regulación armonizada a que se refiere el artículo 17 de la LCSP, y a los contratos de obras que celebren los concesionarios de obras públicas en los supuestos del artículo 250 de la LCSP, les son de aplicación las previsiones LCSP.

**Séptima.** La Junta considera oportuno trasladar al Gobierno la conveniencia de que se estudie la posibilidad de adoptar medidas normativas que corrigieran el escenario derivado de la adopción de Manuales de instrucción con contenidos procedimentales muy diversos, debiendo reconsiderarse las condiciones de contratación por debajo del umbral de toda este conjunto de entes, a fin de poder garantizar eficacia, concurrencia y eficiencia de fondos públicos y evitar una fragmentación del mercado.