

Sc. Comisión Consultiva.
GK/.

Informe 11/2008, de 7 de octubre, sobre la consideración de la Agencia Andaluza de Cooperación Internacional para el Desarrollo como Administración Pública a efectos de la Ley de Contratos del Sector Público.

I. ANTECEDENTES

El Director de la Agencia Andaluza de Cooperación Internacional para el Desarrollo dirige escrito a esta Comisión Consultiva de Contratación Administrativa en petición de informe, cuyo texto es el siguiente:

“La Agencia Andaluza de Cooperación Internacional para el Desarrollo se creó como Entidad de Derecho público de las previstas en el artículo 6.1.b) de Ley 5/1983, de 19 de julio, General de la Hacienda Pública de la Comunidad Autónoma de Andalucía, según se establece en el artículo 1 de la Ley 2/2006, de 16 de mayo, de creación de la misma. El Decreto 1/2008, de 8 de enero, por el que se aprueban los estatutos de esta Agencia, cuya constitución efectiva tuvo lugar el pasado día 14 de abril, establece en su Disposición adicional primera que a partir de la entrada en vigor de la Ley 9/2007, de 22 de octubre, de la Administración de la Junta de Andalucía, la Agencia Andaluza de Cooperación Internacional para el Desarrollo tendrá la consideración de agencia pública empresarial de las previstas en el artículo 54.2.b) de dicha Ley.

El pasado día 14 de abril de 2008 tuvo lugar la constitución efectiva de la Agencia Andaluza de Cooperación Internacional para el Desarrollo, adscrita a la Consejería de la Presidencia por el Decreto 85/2008, de 22 de abril, que establece la estructura orgánica de la Consejería de la Presidencia.

Ante la entrada en vigor de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público, y vista la Instrucción 3/2008, de 21 de abril, sobre la aplicación de la Ley de Contratos del Sector Público a las entidades de Derecho público del artículo 6.1.b) de la Ley General de la Hacienda Pública de la Comunidad Autónoma de Andalucía, posterior a la constitución efectiva de esta Agencia y al no encontrarse relacionada en el punto 1 de dicha Instrucción, solicito informe, sobre la consideración de esta Agencia como Administración Pública a efectos del régimen de aplicación de la misma, de acuerdo con lo dispuesto en su artículo 3.2, teniendo en cuenta que cumple con las dos características recogidas en la letra e) del citado artículo; y que la delimitación del ámbito subjetivo de aplicación de esta ley es de tipo funcional o según la actividad y no según la forma de personificación jurídica, como señala el Consejo de Estado en su dictamen 514/2006, de 25 de mayo, sobre el anteproyecto de ley.

En relación con la primera de las características del artículo 3.2.e), se entiende cumplida porque la Agencia Andaluza de Cooperación Internacional para el



Desarrollo ha sido creada para alcanzar el objetivo básico, que en defensa del interés general contempla el artículo 10.3.23º del Estatuto de Autonomía, de contribuir al desarrollo solidario de los pueblos, desarrollado en su Capítulo V del Título IX, sobre Cooperación al Desarrollo. Por otra parte, su financiación mayoritaria se realiza por la vía presupuestaria a través de las leyes de presupuesto anuales, cumpliendo por ello la segunda de las características del mencionado artículo.

Así, se estima que procede considerar que la Agencia Andaluza de Cooperación Internacional para el Desarrollo constituye Administración Pública a efectos del régimen jurídico de aplicación, en la materia que nos ocupa.”

II. INFORME

1.- La Instrucción 3/2008, de 21 de abril, de esta Comisión Consultiva de Contratación Administrativa sobre la aplicación de la Ley de Contratos del Sector Público (LCSP) a las entidades de derecho público del artículo 6.1.b) de la Ley General de la Hacienda Pública de la Comunidad Autónoma de Andalucía (LGHP), concluía que las entidades que se relacionaban en la citada Instrucción, incluidas en el precepto indicado cumplen alguna de las características contempladas en el artículo 3.2.e) de la LCSP, por lo que habrá de considerarse que constituyen Administración Pública y les será de aplicación en materia de contratos el régimen jurídico establecido para las mismas.

En relación con las agencias públicas empresariales el punto séptimo de la Instrucción se pronunciaba en los siguientes términos:

“7.- Por lo que se refiere a las agencias públicas empresariales el artículo 68 de la LAJA define este tipo de entidades en atención a las actividades que se les pueden atribuir, en términos muy similares a los recogidos en el artículo 53 de la LOFAGE para las entidades públicas empresariales.

El artículo 53 de la LOFAGE dispone que *“Las entidades públicas empresariales son Organismos públicos a los que se encomienda la realización de actividades prestacionales, la gestión de servicios o la producción de bienes de interés público susceptibles de contraprestación”*.

Por su parte el artículo 68 de la LAJA, dispone que *“Las agencias públicas empresariales son entidades públicas a las que se atribuye la realización de actividades prestacionales, la gestión de servicios o la producción de bienes de interés público susceptibles de contraprestación”*.

De los dos artículos citados podría derivarse, en principio, que las agencias públicas empresariales deben considerarse organismos asimilados a las entidades públicas empresariales. En tal caso, en aplicación de lo dispuesto en el último párrafo del artículo 3.2 de la LCSP, las entidades públicas que se han creado como agencias públicas empresariales no tendrían la consideración de Administraciones Públicas a efectos de la LCSP.



Sin embargo, se trata de una cuestión que deberá analizarse detenidamente, pudiendo ser objeto de un futuro pronunciamiento interpretativo de esta Comisión. Ello implica, además, que en el proceso de adaptación de las entidades del artículo 6.1.b) de la LGHP se tenga en cuenta esta cuestión por las posibles consecuencias jurídicas derivadas de su conversión en agencias públicas empresariales. “

Es decir, el objeto de la citada Instrucción era dilucidar el régimen de contratación aplicable a las entidades de derecho público del artículo 6.1 b) de la LGHP, y sólo respecto de las agencias públicas empresariales adelantaba un criterio en los términos expuesto en el punto séptimo.

2.- El artículo 3.2.e) in fine de la LCSP, precepto básico, dispone que *“En todo caso, no tendrán la consideración de Administraciones Públicas las entidades públicas empresariales estatales y los organismos asimilados dependientes de las Comunidades Autónomas y entidades locales.”*

Los términos en que se expresa el precepto parecen indicar que a pesar de que la entidad de derecho público vinculada o dependiente de una Administración Pública cumpla algunos de los requisitos enunciados en los números 1 y 2 de la letra e) del artículo 3.2., si es una entidad asimilada a las entidades públicas empresariales estatales, no tendrá la consideración de Administración Pública a efectos de la LCSP.

Ello nos obliga a acudir a la Ley 9/2007, de 22 de octubre, de la Administración de la Junta de Andalucía (LAJA), y al concepto de agencia pública empresarial de sus artículos 68 y 69. Las agencias públicas empresariales de la LAJA se caracterizan principalmente por las siguientes notas:

- Son entidades públicas a las que se les atribuye la realización de actividades prestacionales, la gestión de servicios o la producción de bienes de interés público susceptibles de contraprestación (artículo 68.1.).
- Se adscriben a una Consejería o agencia administrativa (artículo 68.2.).
- Se rigen con carácter general, por el Derecho privado, en los términos del artículo 69.1.

Las entidades públicas empresariales del Estado, con arreglo al régimen previsto en la Ley 6/1997, de 14 de abril, de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado (LOFAGE), se caracterizan principalmente por las siguientes notas:

- Son organismos públicos a los que se encomienda la realización de actividades prestacionales, la gestión de servicios o la producción de bienes de interés público susceptibles de contraprestación (artículo 53.1.).
- Dependen de un Ministerio u Organismo autónomo (artículo 43.3).
- Se rigen, en los términos previstos por el artículo 53.2, por el Derecho privado.



En consecuencia, hay que considerar que se trata de entidades asimiladas a las entidades públicas empresariales estatales, y que no tendrán la consideración de Administración Pública a efectos de la LCSP.

La disposición transitoria única de la LAJA referente a la adaptación de los organismos autónomos y otras entidades a las previsiones de la Ley, especifica que por decreto del Consejo de Gobierno se llevará a cabo la adecuación de las entidades de derecho público previstas en el artículo 6.1.b) de la LGHP al régimen de las agencias públicas empresariales previstas en la Ley.

De lo expuesto se deduce que sólo cabrá, transitoriamente, mantener la consideración de Administración Pública de las entidades de derecho público del artículo 6.1.b) de la LGHP que cumplan algunos de los requisitos de los números 1 y 2 del artículo 3.2.e) de la LCSP aún no adaptadas a la LAJA. De manera que las que adopten en la transformación la forma de agencia pública empresarial, no podrán tener la consideración de Administración Pública, al considerarse asimiladas a las entidades públicas empresariales del Estado.

La Ley 2/2006, de 16 de mayo, crea la Agencia Andaluza de Cooperación Internacional para el Desarrollo como entidad de derecho público de las previstas en el artículo 6.1.b) de la LGHP.

El Decreto 1/2008, de 8 de enero, por el que se aprueban sus estatutos, establece en su disposición adicional primera que: *“A partir de la entrada en vigor de la Ley 9/2007, de 22 de octubre, de la Administración de la Junta de Andalucía, la Agencia Andaluza de Cooperación Internacional para el Desarrollo tendrá la consideración de agencia pública empresarial de las previstas en el artículo 54.2.b) de dicha Ley, por lo que las referencias a la categoría de «entidad de derecho público» realizadas en los Estatutos que se aprueban por el presente Decreto deberán entenderse hechas a la de «agencia pública empresarial».”*

3.- No obstante lo anterior se hace necesario analizar si desde el punto de vista funcional reúne las características para ser considerada agencia pública empresarial en los términos que se han expuesto, en particular teniendo en cuenta que puede ser susceptible de contraprestación la actividad que realice de acuerdo con el artículo 68 de la LAJA.

De acuerdo con la Ley 2/2006, de 16 de mayo, por la que se crea la Agencia Andaluza de Cooperación Internacional para el Desarrollo, tiene como objetivo optimizar, en términos de eficacia y economía, la gestión de los recursos públicos que la Administración de la Junta de Andalucía destina a la cooperación internacional para el desarrollo, teniendo entre sus funciones, las de asesoramiento, gestión de líneas de ayudas, fomento de la actividad y participación de los diferentes agentes andaluces, promover la formación especializada, fomentar la educación para el desarrollo y la sensibilización sobre los valores de la cooperación, etc.



Para el cumplimiento de estas funciones ejerce primordialmente la facultad de conceder subvenciones y ayudas y financiar programas, proyectos y actuaciones.

Tal actividad de fomento o promoción no se encuentra incluida dentro del concepto de las agencias públicas empresariales contenido en el artículo 68 de la LAJA, referido a actividades prestacionales, gestión de servicios o producción de bienes de interés público susceptibles de contraprestación.

Las circunstancias que concurren en la Agencia Andaluza de Cooperación Internacional para el Desarrollo que, si bien caracterizada como agencia pública empresarial por la disposición adicional primera del Decreto 1/2008, de 8 de enero, por el que se aprueban sus estatutos, realiza actividades que se corresponden más con las propias de la Administración Pública en el sentido antes indicado en cuanto que la actividad que efectivamente realiza es la de fomento, llevan a interpretar que en este caso ha de entenderse que el régimen aplicable a efectos de la LCSP no es el previsto para los poderes adjudicadores que no son Administración Pública, sino el de los poderes adjudicadores en los que concurriendo las circunstancias previstas en el artículo 3.2.e) han de considerarse a efectos de la LCSP como Administración Pública.

Por ello, puesto que su actividad es esencialmente de fomento, y concurriendo las circunstancias que se especifican en el artículo 3.2.e) de la LCSP, en cuanto que se trata de una entidad de derecho público dependiente de la Administración de la Junta de Andalucía, no consistiendo su actividad principal en la producción en régimen de mercado de bienes y servicios destinados al consumo individual o colectivo, ni efectuando operaciones de redistribución de la renta y de la riqueza nacional, en todo caso sin ánimo de lucro, y no financiándose mayoritariamente con ingresos, cualquiera que sea su naturaleza, obtenidos como contrapartida a la entrega de bienes o a la prestación de servicios, ha de concluirse que a efectos de la LCSP ha de considerarse que es Administración Pública.

III.- CONCLUSIÓN

A la Agencia Andaluza de Cooperación Internacional para el Desarrollo le serán de aplicación las normas establecidas para la Administración Pública en la Ley de Contratos del Sector Público, al concurrir las circunstancias previstas en su artículo 3.2.e).”

Es todo cuanto se ha de informar.

