

Sc. Comisión Consultiva
GK/.

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.

ANTECEDENTES

De conformidad con las competencias atribuidas por el artículo 2.2 f) del Decreto 93/2005, de 29 de marzo, por el que se regulan la organización y funciones de la Comisión Consulta de Contratación Administrativa, la Comisión Permanente en sesión celebrada el 21 de abril de 2008, ha acordado aprobar las siguientes Instrucciones:

1.- Las Empresas de la Junta de Andalucía configuradas como entidades de derecho público y reguladas en el artículo 6.1.b) de la Ley 5/1983, de 19 de julio, General de la Hacienda Pública de la Comunidad Autónoma de Andalucía (LGHP), se incluyen en el ámbito de aplicación del artículo 1 del aún vigente Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio). Esta inclusión determina el ajuste de la actividad contractual de estas empresas a la citada Ley en su totalidad, siempre que se dieran determinados requisitos.

A partir de la Ley 9/2007, de 22 de octubre, de la Administración de la Junta de Andalucía (LAJA), las entidades contempladas en el artículo 6.1 b) de la LGHP pasan a configurarse, en los términos establecidos en la disposición transitoria única de la Ley 9/2007, de 22 de octubre, de la Administración de la Junta de Andalucía (LAJA), como Agencias Públicas Empresariales. El artículo 68 las define así: "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".

En este mismo sentido, el artículo 53 de la Ley 6/1997, de 14 de abril, de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado, (LOFAGE), alude a las entidades públicas empresariales como "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 otra parte el artículo 43 de la citada Ley 6/1997, ha sido modificada por la Disposición final primera de la ley 28/2006, de 18 de julio, de Agencias estatales para la mejora de los servicios públicos, añadiendo una nueva categoría en la



clasificación de los organismos públicos, al incluir entre los mismos a las Agencias Estatales.

Tras la publicación de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público, se hace necesario determinar las normas de contratación aplicables a las entidades de derecho público del artículo 6.1.b) de la LGHP.

2.- La cuestión se concreta en dilucidar si determinadas empresas de la Junta de Andalucía se consideran o no Administración Pública de acuerdo con lo previsto en el artículo 3.2 e) de la LCSP.

La consideración como Administración Pública tiene una especial trascendencia puesto que el régimen jurídico aplicable aparece diferenciado para cada categoría a lo largo de la Ley de Contratos del Sector Público. De la consideración de que los contratos que se celebren tengan el carácter de administrativos o privados dependiendo de que sea o no una Administración Pública el organismo contratante, derivan importantes diferencias en las normas aplicables y muy especialmente por lo que respecta a las contenidas en el Libro IV de la ley, sobre los efectos, cumplimiento y extinción de los contratos administrativos, y a las prerrogativas que en tales supuestos conlleva.

3.- Una de las principales novedades que destaca la exposición de motivos de la LCSP, en su apartado IV, es la delimitación de su ámbito de aplicación, «delimitación que se realiza en términos muy amplios» a fin de ajustarlo «al de las directivas comunitarias, así como para no dejar entidades del sector público exentas de regulación».

La ampliación y redefinición del ámbito subjetivo de la nueva LCSP «ya no se basa», como señala el Consejo de Estado en su dictamen sobre el anteproyecto de ley (dictamen 514/2006, de 25 de mayo), «en un proceso de sucesiva ampliación de los sujetos contratantes partiendo de su asimilación mayor o menor a la Administración Pública *stricto sensu*, sino que parte desde el comienzo de una delimitación de tipo funcional o según la actividad y no según la forma de personificación jurídica».

Según la exposición de motivos, a tales efectos, «el artículo 3.1 enumera en sus letras a) a g) las entidades que se considera conveniente que, en todo caso, se sujeten a la legislación de contratos públicos». Esta lista está «inspirada en la definición del 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 a las universidades públicas y a los denominados “reguladores independientes”». «Para asegurar el cierre del sistema, la letra h) de este apartado» reproduce literalmente como cláusula residual «la definición de “organismo público” de la Directiva 2004/18/CE, en cuanto poder adjudicador sujeto a la misma».



«Dentro de las entidades del sector público, la Ley distingue tres categorías de sujetos que presentan un diferente nivel de sometimiento a sus prescripciones:»

1.º «Administraciones Públicas».

2.º «Entes del sector público que, no teniendo carácter de Administración Pública, están sujetos a la Directiva 2004/18/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 31 de marzo de 2004, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, de suministro y de servicio;»

3.º «Entes del sector público que no son Administraciones Públicas ni están sometidos a esta Directiva».

Para definir las Administraciones Públicas en el artículo 3.2 también ha acudido el legislador a la Ley 47/2003, de 26 de noviembre, General Presupuestaria (LGP). Así se reconoce en la memoria justificativa del anteproyecto de Ley de Contratos del Sector Público, que el Consejo de Estado transcribe parcialmente en su dictamen por su claridad, según la cual en dicha definición se ha tomado «como referencia la caracterización del “sector público administrativo” contenida en el artículo 3.1 de la LGP». En la letra e) del artículo 3.2 de la LCSP se incluye incluso el criterio fijado en el artículo 3.1.b) de la LGP para determinar qué entidades públicas han de considerarse integradas en el sector público administrativo o en el sector público empresarial.

Así conforme al artículo 3 de la LGP, y a los efectos de esta Ley, el sector público estatal se divide en los siguientes:

“1. El sector público administrativo, integrado por:

a) Los sujetos mencionados en los párrafos a) [Administración General del Estado], b) [organismos autónomos] y d) [entidades gestoras, servicios comunes y mutuas de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales] del apartado 1 y en el apartado 3 del artículo anterior [órganos con dotación diferenciada en los Presupuestos Generales del Estado que, careciendo de personalidad jurídica, no están integrados en la Administración General del Estado...].

b) Las entidades mencionadas en los párrafos g) [entidades estatales de derecho público distintas de los organismos autónomos y de las entidades públicas empresariales] y h) [consorcios dotados de personalidad jurídica propia a los que se refieren los artículos 6.5 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, y 87 de la Ley 7/1985, de 2 de abril...], que cumplan alguna de las dos características siguientes:

1ª 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.

2ª Que no se financien mayoritariamente con ingresos comerciales, entendiéndose como tales a los efectos de esta Ley, los ingresos, cualquiera que



sea su naturaleza, obtenidos como contrapartida de las entregas de bienes o prestaciones de servicios.”

Por su parte el artículo 3 de la LCSP, establece:

“2. Dentro del sector público, y a los efectos de esta Ley, tendrán la consideración de Administraciones Públicas los siguientes entes, organismos y entidades:

a) Los mencionados en las letras a) [Administración General del Estado, Administraciones de las Comunidades Autónomas y Entidades que integran la Administración Local] y b) [entidades gestoras y servicios comunes de la Seguridad Social] del apartado anterior.

b) Los Organismos autónomos.

c) Las Universidades Públicas.

d) Las entidades de derecho público que, con independencia funcional o con una especial autonomía reconocida por la Ley, tengan atribuidas funciones de regulación o control de carácter externo sobre un determinado sector o actividad, y

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:

1ª 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

2ª 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.”

Este criterio no es aplicable, sin embargo, a las entidades públicas empresariales de la Administración del Estado, que el artículo 3.2 de la LGP clasifica en su sector público empresarial. Correlativamente, el artículo 3.2 de la LCSP introduce la excepción respecto de la aplicación de aquel criterio a las entidades públicas empresariales.

El artículo 3 de la LGP, dispone:

*A los efectos de esta Ley, el sector público estatal se divide en los siguientes:
[...]*

2. El sector público empresarial, integrado por:

a) Las entidades públicas empresariales.

b) Las sociedades mercantiles estatales.

c) Las entidades mencionadas en los párrafos g) [entidades estatales de derecho público distintas de los organismos autónomos y de las entidades públicas empresariales] y h) [consorcios...] del apartado 1 del artículo anterior no incluidas en el sector público administrativo.

Por su parte el artículo 3 de la LCSP, establece:



2. Dentro del sector público, y a los efectos de esta Ley, tendrán la consideración de Administraciones Públicas los siguientes entes, organismos y entidades:

[...]

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.

El resultado es que se produce lo que el Consejo de Estado califica de «flexibilización» de la regulación para algunos entes del sector público que no son Administraciones Públicas y creados para satisfacer necesidades de interés general no industriales ni mercantiles... muy destacadamente, las entidades públicas empresariales» que según la legislación aún vigente «aplican íntegramente la regulación prevista para los contratos administrativos»; con la LCSP, «caso de que celebrasen contratos no sujetos a regulación armonizada, no deberían aplicar tan rígidamente dicho régimen».

Esa misma flexibilización se extiende a los organismos asimilados a las entidades públicas empresariales dependientes de las Comunidades Autónomas, de acuerdo con el último párrafo del artículo 3.2 de la LCSP, según el cual dichos organismos no tienen la consideración de Administraciones Públicas a efectos de dicha ley.

De lo expuesto resulta que mientras que para el Estado existe una correspondencia entre la LGP y LCSP, en cuanto a la estructura de su sector público, no sucede lo mismo respecto a nuestra Comunidad puesto que se carece de una norma que contemple tal estructura.

4.- En definitiva, la duda surge de la redacción del texto del artículo 3.2. e) de la LCSP, que después de disponer que, a los efectos de la Ley, tendrán la consideración de 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:

1ª 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

2ª 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.”

establece una excepción, al disponer 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.”

Por ello la cuestión se centra en determinar si las entidades a que se refiere el artículo 6.1 b) de la LGHP están incluidas en la norma general o en su excepción.

La inclusión de las entidades en la norma general exige el cumplimiento de alguna de las dos características contempladas en el citado artículo 3.2 e) de la LCSP.

5.- La LAJA ha regulado las entidades instrumentales de la Administración de la Junta de Andalucía, definiendo las distintas entidades vinculadas o dependientes de la Administración de la Junta de Andalucía. En lo que se refiere a las entidades de derecho público, interesa destacar que la ley las clasifica en tres tipos o categorías de agencias públicas y regula su régimen jurídico:

- Agencias administrativas
- Agencias públicas empresariales
- Agencias de régimen especial

A partir de la LAJA, por tanto, las entidades de derecho público que se han ido creando, lo han hecho ya como agencias públicas de las previstas en dicha ley. No obstante, las entidades públicas existentes a su entrada en vigor, creadas al amparo de la normativa anteriormente vigente, se mantienen en régimen transitorio, al amparo de la disposición transitoria única de la LAJA. Coexisten, pues, entidades de derecho público sujetas a distintos regímenes jurídicos:

- Por una parte, las entidades de derecho público creadas al amparo de los artículos 4 y 6.1.b) de la LGHP (organismos autónomos y empresas con naturaleza de entidad de derecho público, respectivamente), que deberán adaptarse a las previsiones de la LAJA en un plazo de 3 años.
- Por la otra, las entidades creadas ya como agencias públicas en leyes posteriores a la LAJA.

6.- Respecto de las entidades de derecho público creadas al amparo del artículo 6.1.b) de la LGHP y subsistentes transitoriamente como tales al amparo de la disposición transitoria única de la LAJA, entidades que actualmente representan la mayoría de las existentes, hay que tener en cuenta que aunque la LGHP las calificaba de empresas, no las definía objetivamente en atención a las actividades que podían realizar. De hecho, esta categoría de entes de derecho público que actúan con sujeción al derecho privado se caracteriza por ser una categoría heterogénea y de difícil delimitación, en cuanto era la ley la que elaboraba el estatuto concreto de cada una de las entidades en el momento de su creación.

Por esa razón, estas entidades públicas no son asimilables en bloque y de manera automática a las entidades públicas empresariales de la Administración del



Estado a efectos de su encuadramiento en el ámbito subjetivo de la LCSP. Consecuentemente, estaríamos ante el supuesto de las entidades de derecho público incluidas en la letra e) del artículo 3.2, que tendrán la consideración de Administración Pública a efectos de la LCSP, si cumplen alguna de las dos características previstas en el precepto citado.

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.

8.- A mayor abundamiento hay que indicar que las entidades del artículo 6.1.b) de la LGHP no pueden considerarse asimiladas por razón de su actividad a las entidades públicas empresariales incluidas en el inventario de entes del sector público estatal y que coexisten con las entidades estatales de derecho público incluidas en el artículo 2.1 g) de la LGP.

9.- Del análisis de los objetivos y funciones contenidos en los estatutos así como de la financiación de las entidades incluidas en el artículo 6.1 b) de la LGHP, resulta que todas ellas cumplen alguna de las características del artículo 3.2 e) de la LCSP:

“1ª 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

2ª 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.”

Por lo que se refiere a la primera de las características todas las entidades han sido creadas para cumplir con los objetivos básicos que en defensa del interés general contempla el artículo 10.3 del Estatuto de Autonomía, y que en el articulado desarrolla de acuerdo con las competencias asumidas.

Así, en el marco del artículo 55 del Estatuto de Autonomía, referido a la salud, sanidad y farmacia, se enmarcan los objetivos que persiguen la Empresa Pública de Emergencias Sanitarias así como los Hospitales, que se concretan en sus propios estatutos en llevar a cabo la gestión de los servicios de emergencias sanitarias que se le encomienden y la gestión de los Hospitales, coordinando sus servicios y recursos con los de los restantes centros sanitarios pertenecientes al Sistema Sanitario Público de Andalucía.

Las competencias en materia de investigación, desarrollo e innovación tecnológica asumidas de acuerdo con el artículo 54 constituyen los objetivos de la Agencia de Innovación y Desarrollo de Andalucía, y que según sus estatutos consiste en la promoción y desarrollo de la actividad económica en Andalucía

La Agencia Andaluza de la Energía cumple con los objetivos que se contemplan en el artículo 49, y que se materializan en optimizar, en términos económicos y ambientales, el abastecimiento energético de la Comunidad Autónoma de Andalucía de acuerdo con sus estatutos.

Para garantizar las infraestructuras y servicios educativos de acuerdo con el artículo 52 se crea un Ente Público Andaluz a tal efecto, cuyos estatutos desarrollan tal objetivo.

La Empresa Pública de Suelo de Andalucía cumple con los objetivos que en esta materia desarrolla el artículo 56, y que se concretan, entre otras, según sus estatutos en llevar a cabo en el territorio andaluz las tareas técnicas y económicas requeridas para el desarrollo de la gestión urbanística y patrimonial; en la promoción de edificaciones en ejecución de actuaciones urbanísticas de la empresa o en la realización, como promotor público, de actuaciones protegidas en materia de vivienda.

Las competencias en materia de puertos y ferrocarriles asumidas en el artículo 64 se llevan a cabo a través de sendos entes, que cumplen con tales objetivos mediante la gestión de los servicios portuarios y de las áreas de transporte de mercancías de nuestra Comunidad Autónoma, y como instrumento para el



desarrollo de las políticas del Consejo de Gobierno en materia de ferrocarriles y transportes ferroviarios.

La Empresa Pública de Gestión de Programas Culturales desarrolla competencias incluidas en el artículo 68, y que según sus estatutos se concretan en la organización y gestión de programas relativos a las materias sectoriales propias de la Consejería de Cultura en el ámbito cultural.

Y además resulta que la mayoría de estas entidades se financian por la vía presupuestaria, incluyéndose anualmente en las leyes del presupuesto, por lo que aunque pudieran tener algún ingreso derivado del ejercicio de su actividad susceptible de contraprestación no es esta su forma de financiación mayoritaria, cumpliendo por tanto con la segunda de las características exigidas en el artículo 3.2. e) de la LCSP.

De conformidad con lo expuesto se aprueban las siguientes

INSTRUCCIONES

1.- Las entidades que se relacionan a continuación, incluidas en el artículo 6.1 b) de la LGHP, 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:

Empresa Pública de Emergencias Sanitarias.
Empresa Pública Hospital Alto Guadalquivir.
Empresa Pública Hospital de la Costa del Sol.
Empresa Pública Hospital Poniente de Almería.
Empresa Pública Hospital Bajo Guadalquivir.
Agencia de Innovación y Desarrollo de Andalucía.
Agencia Andaluza de la Energía.
Ente Público Andaluz de Infraestructuras y Servicios Educativos.
Empresa Pública de Suelo de Andalucía.
Ferrocarriles de la Junta de Andalucía.
Agencia Pública de Puertos de Andalucía.
Empresa Pública de Gestión de Programas Culturales.

2.- En la futura creación de agencias públicas empresariales o en la conversión en este tipo de agencias de las actuales entidades de derecho público del artículo 6.1.b) de la LGHP habrá de valorarse detenidamente la posible consideración de aquéllas como organismos asimilados a las entidades estatales empresariales y las consecuencias derivadas a efectos de la Ley de Contratos del Sector Público.

