

COMISIÓN CONSULTIVA DE CONTRATACIÓN PÚBLICA DE ANDALUCÍA

INFORME 9/2016, DE 28 DE JULIO

I - ANTECEDENTES

El Director Gerente de la Agencia de Gestión Agraria y Pesquera de Andalucía solicita informe a esta Comisión Consultiva de Contratación Pública en los siguientes términos:

“En relación con la celebración de contratos entre la Consejería de Agricultura, Pesca y Desarrollo Rural y las empresas organizadoras de Ferias o Certámenes Nacionales o Internacionales, en los que dicha Consejería decide participar mediante la contratación de un espacio para el montaje de un stand, se solicita informe a la Comisión Consultiva de Contratación, sobre las diversas cuestiones que se plantean.

La primera cuestión que se plantea es el carácter administrativo o privado de estos contratos para determinar el régimen jurídico aplicable y la jurisdicción competente, ya que concurren en las condiciones de contratación elementos de contratos diferentes, ya que no sólo se contrata una superficie determinada para el montaje de un stand, sino toda una organización o conjunto de medios materiales, humanos y servicios (limpieza, vigilancia, aparcamiento, seguridad, publicidad, seguros, etc.) puestos al servicio del expositor con ocasión de la celebración de la Feria, a la que se accede tras la presentación de una solicitud de inscripción y el sometimiento a unas Condiciones generales de contratación que, además de establecer las normas generales sobre la organización, accesos y horarios de la Feria, regulan lo relativo a responsabilidades, anulaciones, forma de pago, tarifas de servicios, etc.

Por otra parte y dado que, en todo caso, la preparación y adjudicación de estos contratos deberá ajustarse a las previsiones del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (en adelante TRLCSP), Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, de conformidad con lo establecido en los artículos 19 y 20 del citado texto legal, se suscitan las siguientes cuestiones en orden a dicha aplicación:

1ª Procedimiento y forma de adjudicación de estos contratos, teniendo en cuenta la imposibilidad de promover la concurrencia al ser una única empresa la organizadora de la Feria.

2ª Necesidad de aprobación de Pliegos de condiciones administrativas y prescripciones técnicas particulares, existiendo unas Condiciones generales de contratación establecidas por las empresas a las que la Consejería de Agricultura, Pesca y Desarrollo Rural se adhiere con la firma de la solicitud de admisión.

3ª Necesidad de exigir a la empresa organizadora de la Feria que acredite su capacidad de obrar, no estar incurso en las prohibiciones para contratar con la Administración señaladas en el artículo 60 del TRLCSP, así como que acredite su solvencia económica, financiera y técnica o profesional.

4ª Posibilidad de que el Órgano de Contratación dispense a la empresa organizadora de su obligación de prestar garantía definitiva.

5ª Posibilidad de realizar en un solo acto la aprobación por el órgano de contratación del expediente de contratación, de los Pliegos de cláusulas administrativas particulares y de prescripciones técnicas, en su caso, y del gasto que origina la contratación, junto con la adjudicación del contrato a la empresa organizadora de la Feria.

6ª Necesidad de formalización del contrato en documento administrativo.

Se acompaña al escrito de consulta las “Condiciones generales de contratación”, establecidas por la empresa organizadora de una determinada feria o certamen, como ejemplo de los contratos que la Consejería de Agricultura, Pesca y Desarrollo Rural suele formalizar para su participación en aquéllas”.

II- INFORME

La Agencia de Gestión Agraria y Pesquera de Andalucía (en adelante la Agencia) solicita informe sobre el carácter administrativo o privado de las contrataciones que pueda realizar con empresas organizadoras de Ferias o Certámenes Nacionales o Internacionales, cuyo objeto es la contratación de un espacio para el montaje de un stand, adicionándose un conjunto de medios materiales, humanos y servicios (limpieza, vigilancia, aparcamiento, seguridad, publicidad, seguros, etc.) puestos a su servicio con ocasión de la celebración de los citados eventos.

La Agencia se configura como una agencia de régimen especial y de acuerdo con el artículo 24 del Decreto 99/2011, de 19 de abril, por el que se aprueban los Estatutos de la Agencia de Gestión Agraria y Pesquera de Andalucía modificado por el Decreto 538/2012, de 28 de diciembre, “la contratación de la Agencia se ajustará a la normativa de contratos de las Administraciones públicas, teniendo la Agencia, a efectos contractuales, la consideración de Administración Pública, de acuerdo con lo previsto en el artículo 3.2 de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 3.2, en relación con los actos y negocios sujetos al ordenamiento jurídico-privado”.

Según se prevé en sus Estatutos, tiene como finalidad la ejecución de las políticas orientadas a alcanzar los objetivos básicos previstos en el artículo 10.3.13º del Estatuto de Autonomía para Andalucía, que le sea asignada por la Consejería a la que se encuentra adscrita, así como la gestión de programas y acciones de fomento; de vigilancia e inspección; de prestación y gestión de servicios públicos; y de asistencia técnica, en materias agraria y pesquera.

Asimismo, entre las funciones y competencias en materia de promoción y comunicación asignadas a la Agencia se encuentran la ejecución de trabajos de promoción, comunicación y divulgación de contenidos informativos o de sensibilización relacionados con el ámbito agrario y pesquero y de desarrollo rural y la ejecución de actividades de fomento de la calidad de los productos agroalimentarios andaluces y de la participación de eventos promocionales.

El Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público aprobado por el Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre (en adelante TRLCSP) establece que los contratos del sector público pueden tener carácter administrativo o carácter privado, disponiendo en su artículo 19.1 que

“tendrán carácter administrativo los contratos siguientes, siempre que se celebren por una Administración Pública:

a) Los contratos de obra, concesión de obra pública, gestión de servicios públicos, suministro, y servicios, así como los contratos de colaboración entre el sector público y el sector privado. No obstante, los contratos de servicios comprendidos en la categoría 6 del Anexo II y los que tengan por objeto la creación e interpretación artística y literaria y los de espectáculos comprendidos en la categoría 26 del mismo Anexo no tendrán carácter administrativo.

b) Los contratos de objeto distinto a los anteriormente expresados, pero que tengan naturaleza administrativa especial por estar vinculados al giro o tráfico específico de la Administración contratante o por satisfacer de forma directa o inmediata una finalidad pública de la específica competencia de aquella, siempre que no tengan expresamente atribuido el carácter de contratos privados conforme al párrafo segundo del artículo 20.1, o por declararlo así una Ley”.

Por su parte, el párrafo segundo del artículo 20.1 del TRLCSP dispone que “igualmente, son contratos privados los celebrados por una Administración Pública que tengan por objeto servicios comprendidos en la categoría 6 del Anexo II, la creación e interpretación artística y literaria o espectáculos comprendidos en la categoría 26 del mismo Anexo, y la suscripción a revistas, publicaciones periódicas y bases de datos, así como cualesquiera otros contratos distintos de los contemplados en el apartado 1 del artículo anterior”.

Además, puesto que según consta en la consulta lo que se quiere contratar es un espacio para el montaje de un stand, el TRLCSP en su artículo 4 enumera los negocios y contratos excluidos de su ámbito de aplicación entre los que se encuentran en su apartado p) “los contratos de compraventa, donación, permuta, arrendamiento y demás negocios jurídicos análogos sobre bienes inmuebles, valores negociables y propiedades incorpóreas, a no ser que recaigan sobre programas de ordenador y deban ser calificados como contratos de suministro o servicios, que tendrán siempre el carácter de privados y se registrarán por la legislación patrimonial (...)”.

Respecto a estos últimos contratos, la anterior normativa, el Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas aprobado por el Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio, los calificaba de contratos privados pero no los excluía del ámbito de aplicación de la Ley, disponiendo el artículo 9 sobre su régimen jurídico que “los contratos privados de las Administraciones Públicas se registrarán en cuanto a su preparación y adjudicación, en defecto de normas administrativas específicas, por la presente Ley y sus disposiciones de desarrollo y en cuanto a sus efectos y extinción, por las normas de Derecho privado. A los contratos de compraventa, donación, permuta, arrendamiento y demás negocios jurídicos análogos sobre bienes inmuebles, propiedades incorpóreas y valores negociables se les aplicarán, en primer lugar, en cuanto a su preparación y adjudicación, las normas de la legislación patrimonial de las correspondientes Administraciones Públicas”. Así pues, encontramos la diferencia entre las dos regulaciones respecto a este tipo de contratos, con respecto a su exclusión o no de la aplicación de la legislación contractual.

De acuerdo con los citados artículos, en cuanto pudiera considerarse un contrato administrativo, sólo podría incluirse en la categoría de contrato administrativo especial. De otro modo, sólo podrá calificarse como contrato privado.

Sobre la diferencia entre contratos privados y administrativos especiales, la Abogacía del Estado en el Dictamen 4/05 señalaba que “este criterio de distinción entre contratos privados y administrativos que recoge el artículo 5 de la LCAP coincide con el que ha venido manifestando la jurisprudencia y la doctrina más autorizada, que han fundamentado la delimitación del contrato administrativo frente al contrato privado en el criterio de la vinculación del contrato a un servicio público, entendida esta última no en un sentido estricto que la circunscribiría a una determinada forma de la actividad administrativa (diferenciada de la actividad de policía y de la de fomento), sino en su acepción más amplia, como equivalente a cualquier actividad que, por considerarse de realización necesaria para la satisfacción de un interés público, esté atribuida a la Administración como competencia propia ejercitable mediante funciones que le son peculiares”.

Y el Tribunal Supremo en la Sentencia 1071/2012, de 21 de febrero de 2012, indicaba que “sostiene la parte recurrente, con acierto, que si bien como dice la Sentencia de 31 de octubre de 1995, durante la vigencia de la Ley de contratos de 1965 se ensanchó el ámbito conceptual de los contratos administrativos en razón a la

finalidad de interés público perseguida, también lo es que con posterioridad se recondujo la situación justamente en el sentido de no calificar como administrativo cualquier contrato que la Administración celebrara en el que se persiguiera una finalidad de interés público, porque entonces, como la Administración por definición ha de perseguir siempre fines de interés público (art. 103 de la Constitución), se habría acabado la categoría de los contratos de derecho privado de la Administración. Y recuerda que esta fue precisamente la "ratio" de la redacción de los arts. 5.2.b), 5.3, y 9 del TRLCAP de 2000. El art. 5.2.b) se refiere, como ya hemos indicado, a los contratos administrativos de naturaleza especial, categoría desconocida hasta entonces, y el art. 8.2 de dicha norma establece que en el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares de estos contratos se hará constar "su carácter de contratos administrativos especiales" y la "competencia del orden jurisdiccional contencioso administrativo para conocer de las cuestiones que puedan suscitarse en relación con los mismos", nada de lo cual se hizo en el caso presente.

Profundizando, aún más, en la naturaleza jurídica de la inicial relación contractual que subyace en este caso, es cierto que en base a dicha extensión del concepto de contrato administrativo, una reiterada jurisprudencia de esta Sala, de la que son exponente las sentencias de 11 de mayo de 1982, 30 de octubre de 1986, 9 de octubre de 1987, 11 de julio de 1988, 23 de mayo y 7 de noviembre de 1988, 28 de junio, 17 y 24 de octubre de 1989, 30 de octubre de 1990 y 14 de abril de 1999 forman un cuerpo de doctrina que diferencia los contratos privados y los administrativos, destacando que la relación jurídica concreta ofrece la naturaleza administrativa cuando se determina por la actividad de una Administración necesaria para satisfacer el interés general, extendiendo al ámbito de la jurisdicción contencioso-administrativa a todos aquellos acuerdos en los que, con independencia de lo que hubieran manifestado las partes, se patentice la finalidad de carácter público en su más amplio sentido, junto con la facultad de la Administración de imponer unilateralmente sus decisiones con carácter provisional.

Sin embargo, como recuerda igualmente la parte recurrente, la Sentencia de este Tribunal de fecha 31 de octubre de 1995, reitera la doctrina de las Sentencias anteriores de 15 de junio de 1976, 28 de noviembre 1981 y 8 de marzo de 1986, conforme a los cuales la calificación del contrato como administrativo en razón al interés público perseguido depende de que el fin público perseguido se incluya expresamente como causa del contrato (lo cual se había producido de forma patente en los casos por ellas resueltos).

Esta causalización en el contrato de la finalidad pública perseguida por la Administración está presente en la jurisprudencia, como son los supuestos analizados en las siguientes sentencias de 6 de octubre de 2004, en que se reconoce que la cuestión planteada no queda circunscrita a la celebración de un convenio de carácter privado y finalidad lucrativa, como ocurre cuando se afectan bienes de carácter patrimonial para espectáculos taurinos (STS de 30 de octubre de 2001), instalaciones deportivas (STS de 4 de mayo de 1999), construcción de viviendas (12 de marzo y 11 de junio de 1996, 6 de octubre de 1999 y 27 de junio de

2003) o compraventa de un bien patrimonial de la Diputación de Sevilla (5 de marzo de 1997), o en polígono promovido por una Diputación para impulsar el desarrollo de una zona, (STS de 27 de junio de 2003) .

La doctrina jurisprudencial, anteriormente referida, coincide con la sentada por la Sala Primera de este Tribunal Supremo, según la cual en cualquier contrato hay que distinguir la causa y los motivos. En los contratos onerosos, y la compraventa de una concesión minera es un contrato oneroso, dice el art. 1274 del Código Civil, que se entiende por causa "la prestación o promesa de una cosa o servicio por la otra parte" y concretamente, en la compraventa "la causa es para el vendedor o transmitente la percepción del precio y para el comprador la adquisición de la cosa que es precisamente lo que impulsa al primero a vender y al segundo a adquirir" (Sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 29 de julio de 1995 y en el mismo sentido, la Sentencia de dicha Sala de 13 de marzo de 1997, entre otras).

También cita la parte recurrente las sentencias de la Sala Primera de 21 de marzo de 2003, que se refiere a las Sentencias anteriores de 24 de noviembre de 1993, 1 de abril de 1998, y 30 de noviembre de 2000 y recuerda que para que los motivos puedan tenerse en cuenta es imprescindible que se trate de "motivos causalizados", esto es, asumidos por ambas partes "como causa concreta del contrato". Añade, en este sentido, la cita de la Sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 21 de julio de 2003, en relación con un caso en el que se había interpuesto un recurso de casación manteniendo que la Sala de instancia había aplicado la "teoría subjetiva de la causa" y el Tribunal

Supremo rechaza el recurso con argumentos definitivos, empezando por recordar que: "al margen de las diversas posiciones mantenidas en el terreno de la doctrina científica sobre la causa del contrato, la jurisprudencia ha señalado a la vista de la precisa definición legal contenida en el art. 1274 del Código Civil, que en nuestro ordenamiento positivo dicho elemento se halla constituido en los contratos sinalagmáticos por el dato objetivo del intercambio de prestaciones (Sentencias del Tribunal Supremo de 8 de julio de 1974 y 8 de julio de 1983, entre otras) fin inmediato al que la atribución se dirige, salvo los supuestos excepcionales en que el designio concreto ha sido incorporado al negocio como determinante de la declaración de voluntad".

Asimismo, el Consejo Consultivo de la Comunidad Autónoma de Madrid en el Dictamen 181/14, de 30 de abril de 2014, indicaba que "dejando al margen los contratos administrativos típicos, sobre los que no se plantea problema alguno sobre su naturaleza, la distinción entre contratos administrativos especiales y contratos privados no es en absoluto pacífica ni resulta sencilla (dictámenes 370/09, de 17 de junio; 447/09, de 16 de septiembre; 479/09, de 7 de octubre y 339/11, de 22 de junio, entre otros), si bien reiterada jurisprudencia parece decantarse como elemento delimitador de unos y otros el teleológico o finalista, de forma tal que la vinculación del contrato a un fin público de la específica competencia de la Administración puede determinar la consideración de aquél como administrativo en lugar de privado".

La cuestión a dilucidar ha sido objeto de examen por parte de la Junta Regional de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia y por la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Madrid, emitiendo pronunciamientos distintos.

La Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Madrid en el Informe 11/1997, de 24 de julio, sobre determinadas cuestiones relativas a contratos que pueda celebrar la Comunidad de Madrid con empresas organizadoras de ferias o certámenes nacionales o internacionales, concluye “que los contratos que la Comunidad de Madrid celebre con empresas organizadoras de ferias o certámenes cuyo objeto sea el arrendamiento de un espacio o local en un inmueble, aunque al mismo se anexasen servicios tales como limpieza, seguridad, publicidad, etc., deben tipificarse como contratos privados y, más concretamente, patrimoniales, de acuerdo con lo dispuesto por el artículo 5.3 de la Ley 13/1995, de 18 de mayo, de Contratos de las Administraciones Públicas”.

En otro sentido se pronuncia la Junta Regional de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia en el Informe 5/2003, de 29 de julio, sobre determinadas cuestiones relativas a contratos que pueda celebrar la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia con empresas organizadoras de ferias o certámenes nacionales o internacionales, exponiendo en una de sus conclusiones “que los contratos que la Comunidad Autónoma celebre con empresas organizadoras de ferias o certámenes cuyo objeto sea la contratación de un espacio para el montaje de un stand deben tipificarse como contratos administrativos especiales, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 5.2 b) de la LCAP por satisfacer de forma directa o inmediata una finalidad pública de la específica competencia de aquella”.

La celebración de los contratos objeto de la consulta, que conlleva la participación en eventos como ferias o certámenes, se orientan a dar cumplimiento a las funciones citadas en líneas anteriores, por cuanto de lo que se trata es dar a conocer y promocionar a través de este tipo de eventos los productos agroalimentarios andaluces. No obstante, en este caso, la contratación principal es un espacio siendo el resto de servicios citados complementarios, sin incluirse la contratación del montaje, desmontaje, diseño, etc. del stand. Entendemos que al tratarse del alquiler de un espacio sin más, y excluyendo de la aplicación del TRLCSP los contratos de arrendamientos, el contrato objeto de consulta debe calificarse como privado, siéndole de aplicación la legislación patrimonial y estando a lo que se disponga en ésta sobre los aspectos procedimentales a realizar.

Además, en este caso, puesto que se anexan una serie de servicios complementarios a la contratación del espacio, habrá que tener en cuenta, respecto de los mismos, el segundo inciso del artículo 4.1 p) del TRLCSP, que dispone que “en estos contratos no podrán incluirse prestaciones que sean propias de los contratos típicos regulados en la Sección 1ª del Capítulo II del Título Preliminar, si el valor estimado de las mismas es superior al 50 por 100 del importe total del negocio o si no mantienen con la prestación

característica del contrato patrimonial relaciones de vinculación y complementariedad en los términos previstos en el artículo 25; en estos dos supuestos, dichas prestaciones deberán ser objeto de contratación independiente con arreglo a lo establecido en esta Ley”.

III – CONCLUSIONES

Los contratos que la Consejería de Agricultura, Pesca y Desarrollo Rural celebre con empresas organizadoras de Ferias o Certámenes Nacionales o Internacionales teniendo por objeto la contratación de un espacio para el montaje de un stand tienen naturaleza privada.

A estos contratos le será de aplicación la legislación patrimonial, estando a lo que se disponga en ésta sobre los aspectos procedimentales a realizar.

En este caso, puesto que se anexan una serie de servicios complementarios a la contratación del espacio, habrá que tener en cuenta, respecto de los mismos, el segundo inciso del artículo 4.1 p) del TRLCSP.