

EAPC - Aprofundim en matèria de contractació del sector públic



Àmbit subjectiu de la Llei 9/2017, de 8 de novembre, de contractes del sector públic

09-04-2018

Tot i els desitjos d'una gran part de la doctrina que aquesta nova llei, per fi, unifiqués l'àmbit subjectiu d'aplicació fixant un únic concepte de poder adjudicador i deixant d'establir nivells diferents de subjecció a la llei i, d'aquesta manera, aconseguir facilitar i clarificar l'àmbit d'aplicació de la norma, la Llei de contractes del sector públic (LCSP) continua mantenint la classificació tripartida del text refós de la Llei de contractes del sector públic (TRLCSF) i segueix distingint entre sector públic, poder adjudicador i Administració pública, per tant continuem on érem.

No obstant el títol de la llei, de contractes del sector públic, si analitzem a fons el seu àmbit d'aplicació trobem que no només abasta entitats que veritablement estan dins del sector públic sinó també entitats privades, com són les mútues col·laboradores amb la Seguretat Social o també, en determinats supòsits, els partits polítics, les organitzacions sindicals i empresarials i les respectives fundacions i associacions. Així doncs, l'àmbit subjectiu de la LCSP es prolonga en funció de la utilització o no de fons públics en els contractes, més que no pas per la pertinença estricta de l'entitat contractant al sector públic (vegeu també l'article 23 pel que fa al supòsit dels contractes subvencionats).

La LCSP continua, doncs, donant als contractes que celebren les administracions públiques una subjecció plena a la llei i a partir d'aquí va afluixant la intensitat de subjecció, primer per als poders adjudicadors que no tenen la condició d'Administració pública i en segon lloc encara amb menys intensitat per a les entitats del sector públic que no són considerades poder adjudicador.

1. Sector públic

Als efectes de la Llei de contractes del sector públic, es considera que formen part del sector públic bàsicament les mateixes entitats que en el TRLCSF, amb algunes precisions i molt poques novetats, principalment el que fa és adaptar la tipologia de les entitats incloses en l'àmbit subjectiu de la llei a la que estableix la Llei 40/2015, d'1 d'octubre, de règim jurídic del sector públic.

Són sector públic:

- a) L'Administració general de l'Estat, les administracions de les comunitats autònomes, les ciutats autònomes de Ceuta i Melilla i les entitats que integren l'Administració local.
- b) Les entitats gestores i els serveis comuns de la Seguretat Social.
- c) Els organismes autònoms, les universitats públiques i les autoritats administratives independents.
- d) Els consorcis dotats de personalitat jurídica pròpia.
- e) Les fundacions públiques. Als efectes d'aquesta llei, s'entén per *fundacions públiques* les que reuneixin algun dels requisits següents:
 - Que es constitueixin de manera inicial, amb una aportació majoritària, directa o indirecta, d'una o diverses entitats integrades en el sector públic, o bé reben aquesta aportació amb posterioritat a la seva constitució.
 - Que el patrimoni de la fundació estigui integrat en més d'un 50 % per béns o drets aportats o cedits per subjectes integrants del sector públic amb caràcter permanent.
 - Que la majoria de drets de vot en el seu patronat correspongui a representants del sector públic.

La nova llei ja no parla de fundacions, sinó de fundacions públiques, i les defineix de la mateixa manera que ho fa la Llei 40/2015, i afegeix també com un dels requisits per ser considerades una fundació pública que la majoria de drets de vot en el seu patronat correspongui a representants del sector públic. Ha de quedar clar que no és necessari que es reuneixin aquests tres requisits, únicament complint-ne un ja tenen la consideració de fundació pública.

- f) Les mútues col·laboradores amb la Seguretat Social.
- g) Les entitats públiques empresarials a què es refereix la Llei 40/2015, d'1 d'octubre, de règim jurídic del sector públic, i qualsevol entitat de dret públic amb personalitat jurídica pròpia vinculada a un subjecte que pertanyi al sector públic o que en depengui.
- h) Les societats mercantils en el capital social de les quals la participació, directa o indirecta, d'entitats de les esmentades a les lletres *a, b, c, d, e, g i h* del present apartat sigui superior al 50 %, o en els casos en què, sense superar aquest percentatge, es trobi respecte de les referides entitats en el supòsit que estableix l'article 5 del text refós de la Llei del mercat de valors, aprovat pel Reial decret legislatiu 4/2015, de 23 d'octubre.

Com a novetat, la LCSP afegeix que també formen part del sector públic les societats mercantils que, si bé no compleixen el requisit de superar el 50 % esmentat, formen part d'un grup de societats integrat per entitats del sector públic dels apartats *a, b, c, d, e, g i h* de l'article 3.1 de la llei. A aquest efecte, cal atènyer-se a la definició de grup de societats establert a l'article 42 del Codi de comerç.

- i) La LCSP afegeix dins del sector públic els fons sense personalitat jurídica, regulats a l'article 137 i següents de la Llei 40/2017, d'1 d'octubre, de règim jurídic del sector públic.
- j) Qualsevol entitat amb personalitat jurídica pròpia, que hagi estat creada específicament per satisfer necessitats d'interès general que no tingui caràcter industrial o mercantil, sempre que un o diversos subjectes pertanyents al sector públic en financin majoritàriament l'activitat, en controlin la gestió, o nomenin més de la meitat dels membres del seu òrgan d'administració, direcció o vigilància.
- k) Les associacions constituïdes per les entitats esmentades en les lletres anteriors.
- l) A l'efecte d'aquesta llei, s'entén que també formen part del sector públic les diputacions forals i les juntes generals dels territoris històrics del País Basc pel que fa a la seva activitat de contractació (aquesta disposició no figurava al TRLCSP).

2. Administració pública

Segons l'article 3.2 de la LCSP, dins del sector públic i als efectes de la Llei tenen la consideració d'Administració pública les entitats següents:

- a) L'Administració general de l'Estat, les administracions de les comunitats autònomes, Ceuta i Melilla, i les entitats que integren l'Administració local.
- b) Les entitats gestores i serveis comuns de la Seguretat Social.
- c) Els organismes autònoms.
- d) Les universitats públiques.
- e) Les autoritats administratives independents.
- f) Les diputacions forals i les juntes generals dels territoris històrics del País Basc.
- g) Els consorcis i altres entitats de dret públic que:
 - Tenen personalitat jurídica pròpia i han estat creades específicament per satisfer necessitats d'interès general que no tenen caràcter industrial o mercantil, sempre que un o diversos subjectes que són poders adjudicadors, bé financen majoritàriament la seva activitat, bé controlen la seva gestió, o bé nomenen més de la mitat dels membres del seu òrgan d'administració, direcció o vigilància.
 - Estan vinculats a una o diverses administracions públiques o en depenen.
 - No es financen majoritàriament amb ingressos de mercat (s'entén que es financen majoritàriament amb ingressos de mercat quan tinguin la consideració de productor de mercat de conformitat amb el Sistema Europeu de Comptes).

Respecte de les entitats de dret públic cal tenir en compte que amb l'entrada en vigor de la Llei 40/2015, d'1 d'octubre, de règim jurídic del sector públic, es canvien els elements per qualificar un organisme públic estatal com a entitat pública empresarial i s'exigeix que es financi majoritàriament amb ingressos de mercat (vegeu a aquests efectes l'[informe de l'àmbit subjectiu de la LCSP de la Direcció General de Contractació Pública](#) emès a aquest respecte).

3. Poders adjudicadors

Segons l'article 3.3 de la LCSP, tenen la consideració de poders adjudicadors als efectes de la nova llei de contractes del sector públic:

- a) Les administracions públiques.
- b) Les fundacions públiques (s'afegeix expressament aquesta categoria per evitar generar dubtes sobre si són o no són poder adjudicador).
- c) Les mútues col·laboradores amb la Seguretat Social (s'afegeix expressament aquesta categoria per evitar generar dubtes sobre si són o no són poder adjudicador).
- d) Totes les altres entitats amb personalitat jurídica pròpia que han estat creades específicament per satisfer necessitats d'interès general, que no tinguin caràcter industrial o mercantil, sempre que un o diversos subjectes que s'hagin de considerar poder adjudicador, bé financin majoritàriament la seva activitat, bé controlin la seva gestió, o bé nomenin més de la mitat dels membres del seu òrgan d'administració, direcció o vigilància.
- e) Les associacions constituïdes per les entitats anomenades als apartats anteriors.

4. Partit polític, organitzacions sindicals i empresarials i corporacions de dret públic

En els apartats 4 i 5 de l'article 3, per tant separats de l'apartat 3 que enumera els poders adjudicadors, la llei es refereix als partits polítics, organitzacions sindicals i empresarials i a les corporacions de dret públic, de manera que aquesta regulació separada ens pot portar a entendre que per a la llei aquestes entitats no són considerades veritables poders adjudicadors.

Els partits polítics, les organitzacions sindicals i les organitzacions empresarials i associacions professionals, a més de les fundacions i associacions vinculades a qualsevol d'aquests, quan compleixin els requisits per ser poder adjudicador de l'article 3.3.d, i només per als contractes subjectes a regulació harmonitzada, han d'actuar d'acord amb els principis de publicitat, concurrència, transparència, igualtat i no discriminació, sens perjudici del respecte a l'autonomia de la voluntat i de la confidencialitat quan escaigui. Els subjectes obligats han d'aprovar unes instruccions internes en matèria de contractació.

El preàmbul de la LCSP proclama com una de les seves novetats que l'àmbit d'aplicació d'aquesta llei s'ha estès amb la idea d'aplicar aquesta regulació contractual a entitats que fins ara no estaven subjectes, fent referència expressa als partits polítics, organitzacions sindicals i empresarials, així com les fundacions i associacions vinculades si compleixen determinades circumstàncies, com ara que el seu finançament sigui majoritàriament públic i els contractes siguin harmonitzats.

El projecte de llei de contractes del sector públic, originàriament, per als contractes que celebressin aquestes entitats i que estiguessin subjectes a regulació harmonitzada quan aquestes complien els requisits de l'apartat 3.d de l'article 3 per poder ser adjudicador, els aplicava la regulació establerta en el títol I del llibre tercer de la llei, ara bé en el text que es va acabar aprovant es va canviar la redacció del punt 4 de l'article 3 de manera que el règim jurídic aplicable a aquests contractes celebrats per partits polítics, organitzacions sindicals, empresarials i associacions professionals no és el mateix règim que s'aplica als poders adjudicadors que no són Administració pública (títol I, llibre tercer de la LCSP), sinó que és un règim jurídic més atenuat, ja que estableix que únicament han d'actuar conformement als principis de publicitat, concurrència, transparència, igualtat i no discriminació.

En relació amb els partits polítics, ja la Llei orgànica 33/2015, de 30 de març, de control de l'activitat economicofinancera dels partits polítics, va afegir a la Llei orgànica 8/2007, de 4 de juliol, de finançament dels partits polítics, la disposició addicional 13, que estableix que els procediments de contractació dels partits polítics s'han d'inspirar en els principis de publicitat concurrència, transparència, confidencialitat, igualtat i no discriminació, per tant aquestes entitats ja des del 2015 han de contractar seguint els principis de la llei.

Si a tot això afegim que l'article 11.5 de la LCSP exclou de l'àmbit d'aplicació de la llei els contractes que tinguin per objecte serveis relacionats amb campanyes polítiques quan siguin adjudicats per un partit polític, ens trobem que el nivell de subjecció a la normativa contractual dels partits polítics és molt minsa.

També queden subjectes a la LCSP les corporacions de dret públic que compleixin els requisits per ser poder adjudicador d'acord amb l'article 3.3.d, que són: que hagin estat creades específicament per satisfer necessitats d'interès general que no tinguin caràcter industrial o mercantil, sempre que un o diversos subjectes que han de ser considerats poder adjudicador

d'acord amb aquest apartat, bé financiïn majoritàriament la seva activitat, bé controlin la seva gestió, o bé nomenin més de la meitat dels membres del seu òrgan d'administració, direcció o vigilància.

Si entenem per *corporacions de dret públic* els col·legis professionals, les cambres de comerç, les comunitats de regants, etc., pensem que serà difícil en moltes ocasions que aquestes entitats compleixin algun dels requisits establerts per la llei per ser considerades poder adjudicador.

En conclusió, un cop analitzat l'article 3 de la LCSP continuem pensant que el que esdevindria una important novetat per a la regulació en matèria de contractació pública seria la superació d'aquesta distinció entre Administració pública, poder adjudicador i entitats del sector públic, i adoptar un únic concepte de poder adjudicador establint una única categoria de contracte administratiu amb un règim jurídic únic per a tots els poders adjudicadors, resultant de les directives de contractació. Malauradament aquesta simplificació no s'ha portat a terme i continuarem amb aquesta trialitat de nivells de subjecció a la norma, amb les dificultats que això comporta per a moltes entitats per saber en quin nivell de subjecció es troben.

Aquests successius cercles d'aplicació de la llei, sumat a la hiperregulació detallada que aquesta fa del procediment de contractació no ajudaran a resoldre els problemes que la contractació pública presenta històricament.



Èlia Vilaseca Arqués

Responsable del programa temporal de seguiment de l'Estratègia catalana de millora de la compra pública