



Acuerdo de la Comisión Permanente de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de 17 de diciembre de 2008

Informe 5/08, de 17 de diciembre de 2008. Alcance de la sujeción del Institut Balear de l'Habitatge (IBAVI) a la Ley de Contratos del Sector Público

Antecedentes

1. La Secretaria General de la Consejería de Vivienda y Obras Públicas ha formulado la siguiente consulta a esta Junta Consultiva:

“De conformidad con el artículo 15.2 del Reglamento de Organización y Funcionamiento de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa, aprobado por Acuerdo del Consejo de Gobierno de 10 de octubre de 1997, se solicita dictamen relativo al alcance de sujeción de la empresa pública Institut Balear de l'Habitatge (IBAVI) a la LCSP.”

2. La Secretaria General de la Consejería de Vivienda y Obras Públicas está legitimada para solicitar informes a la Junta Consultiva de Contratación, de conformidad con el artículo 12.1 del Decreto 20/1997, de 7 de febrero, de creación de esta Junta Consultiva, y el artículo 15.1 de su Reglamento de Organización y Funcionamiento, aprobado por Acuerdo del Consejo de Gobierno, de 10 de octubre de 1997. Al escrito se adjunta un informe jurídico emitido por los Servicios Jurídicos del Institut Balear de l'Habitatge, de acuerdo con el artículo 16.3 del Reglamento. Por tanto, se reúnen los requisitos previos de admisión para poder emitir el informe solicitado.

Consideraciones jurídicas

1. El escrito de consulta plantea la cuestión relativa al alcance de la sujeción del Institut Balear de l'Habitatge (IBAVI) a la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público (en lo sucesivo LCSP).



La consulta viene motivada por la aprobación de la nueva ley reguladora de la contratación pública, la LCSP, que se publicó en el *Boletín Oficial del Estado* el 31 de octubre de 2007, y que incorpora al derecho nacional el contenido de 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 servicios.

2. El ámbito subjetivo de la nueva LCSP se regula en el artículo 3, y prevé tres categorías distintas de entes y, en consecuencia, tres niveles de sujeción a las normas reguladoras de la contratación administrativa. Estas categorías son:
 - Administraciones públicas (art. 3.2), que son en todo caso poder adjudicador y se someten íntegramente a la LCSP, con independencia del importe del contrato.
 - Entes del sector público que, sin tener el carácter de Administración pública, están sujetos a la Directiva 2004/18/CE (poderes adjudicadores no Administración pública, art. 3.3 letras *b* y *c*), que se someten parcialmente a la Ley. Así, los poderes adjudicadores están sujetos a la Directiva 2004/18/CE y, en consecuencia, los contratos sujetos a regulación armonizada suscritos por estos entes se someten a la LCSP, mientras que los contratos inferiores a los umbrales comunitarios tienen que ser regulados por unas instrucciones internas.
 - Entes del sector público que no son Administración pública ni están sometidos a la Directiva (art. 3.1). Esta categoría de entes es residual e incluye a todos los entes que no tienen la consideración de poder adjudicador ni, por tanto, de Administración pública. Así pues, se trata de los entes, los organismos o las entidades creados para satisfacer necesidades que tengan carácter mercantil o industrial. Los entes del sector público que integran esta categoría no están sometidos a la Directiva 2004/18/CE ni a las reglas de la LCSP, pero la LCSP introduce algunas previsiones con la finalidad de garantizar la objetividad y la eficiencia en el uso de los fondos públicos.
3. Para determinar el alcance del ámbito subjetivo de aplicación de la LCSP y el régimen de contratación aplicable al Institut Balear de l'Habitatge (en lo sucesivo, IBAVI) es necesario examinar el concepto de poder adjudicador incluido en la Directiva 2004/18/CE y en el artículo 3.3 de la LCSP.



La Exposición de Motivos de la LCSP señala que una de las novedades de la nueva Ley es precisamente la delimitación de su ámbito de aplicación, y dispone que:

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 (...) se considera conveniente que, en todo caso, se sujeten a la legislación de contratos públicos (...). 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.

El concepto de poder adjudicador se define en el artículo 1.9 de la Directiva 2004/18/CE de la siguiente manera:

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 éstos 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 debe interpretarse de conformidad con la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (en lo sucesivo, TJCE), según la cual el concepto de «organismo de derecho público» es un concepto de derecho comunitario que debe interpretarse en sentido amplio y que debe recibir



una interpretación autónoma y uniforme en toda la Comunidad Europea, y que se define desde un punto de vista funcional de acuerdo exclusivamente con tres requisitos acumulativos. Así se establece en las sentencias *Mannesmann Anlagenbau Austria* y otros, de 15 de enero de 1998, *Universale-Bau* y otros, de 12 de diciembre de 2002, *Comisión/España*, de 15 de mayo de 2003, *Comisión/España*, de 16 de octubre de 2003, y *Comisión/España*, de 13 de enero de 2005.

Los tres requisitos a que hace referencia la jurisprudencia comunitaria son:

a) La naturaleza de la actividad. Debe atenderse a la naturaleza de la actividad del organismo: satisfacer necesidades de interés general que no tengan exclusivo carácter mercantil.

En este sentido, la sentencia del TJCE de 15 de enero de 1998 (asunto C-44/96 *Mannesmann*) indica que si existe una función de interés general, se produce una *vis* atractiva del primer elemento, al margen de que la actividad tenga vertientes mercantiles o industriales, y debe entenderse que este ente se somete a las reglas de contratación pública.

La sentencia del TJCE de 10 de noviembre de 1998 (asunto C-360/96, *BFI Holding BV, ARA*) indica que estamos en presencia de un poder adjudicador cuando la función es de interés general, aunque la actividad se preste en régimen de competencia.

Esta misma doctrina se recoge en las sentencias del TJCE de 17 de diciembre de 1998 (asunto *Irish Forestry Board*), de 27 de febrero de 2003 (asunto *Adolf Truley*) y de 22 de mayo de 2003 (asunto *Korhonen*).

La jurisprudencia distingue, pues, entre necesidades de interés general que tienen carácter industrial o mercantil y necesidades que no tienen este carácter. Este criterio no se ve afectado por el hecho de que empresas privadas satisfagan o puedan satisfacer las mismas necesidades que la entidad, ya que la inexistencia de competencia no es un requisito necesario para definir un organismo de derecho público. Así, la sentencia de 10 de noviembre de 1998 (asunto C-360/96, *BFI Holding BV, ARA*) ya estableció que el hecho de que empresas privadas satisfagan, o puedan satisfacer, las mismas necesidades que un organismo público en régimen de competencia, sólo es un indicio del posible carácter mercantil de estas actividades, pero no puede ser determinante para que tengan que considerarse necesariamente como mercantiles, ya que aunque exista oferta de estas actividades en libre mercado, pueden existir razones de interés



general que motiven que los poderes públicos decidan satisfacerlas por sí mismos, o respecto de las cuales quieran conservar una influencia determinante, de tal forma que los entes u organismos públicos que las lleven a cabo las desarrollen siguiendo criterios no necesariamente económicos, con el fin de alcanzar los objetivos de una determinada política pública.

Cabe destacar la sentencia del TJCE de 13 de octubre de 2003, de condena al Reino de España en el asunto *SIEPSA*, que estableció que en ausencia de riesgo empresarial, una empresa pública o cualquier otro ente controlado por el poder público se comporta como un poder adjudicador y debe someterse a las reglas y a los principios de la contratación pública.

En consecuencia, la jurisprudencia comunitaria permite deducir que para determinar el cumplimiento de este requisito es indiferente que, además de satisfacer necesidades de interés general, la entidad lleve a cabo otras actividades que no satisfagan necesidades de interés general, e incluso que las actividades que satisfacen el interés general constituyan sólo una parte poco importante de su actividad.

b) La personalidad jurídica. Para considerar que un ente es un poder adjudicador debe tener personalidad jurídica propia, si bien para el derecho comunitario la forma jurídica adoptada —pública o privada— es indiferente, ya que debe hacerse una interpretación funcional.

Así pues, las empresas mercantiles no pueden entenderse excluidas del ámbito de aplicación, sino que primero debe determinarse si su actividad puede incluirse en los parámetros funcionales explicados con el fin de considerarla poder adjudicador.

En este sentido se manifestaron las sentencias del TJCE de 15 en noviembre de 1998 (asunto *BFI Holding BV, ARA*), que se remitía también a la sentencia del TJCE de 20 de septiembre de 1988 (asunto *Beentjes*), y la sentencia del TJCE de 15 de mayo de 2003 (asunto *Comisión/España*).

c) El control del ente por parte de la Administración pública. Se exige que el control del ente sea de la Administración pública, ya sea por vía financiera o por cualquier otro medio. Por tanto, hay que atender a la “influencia dominante” del poder público sobre el organismo adjudicador.



El supuesto de financiación mayoritaria se completa con los casos en que la gestión de la entidad se halla sometida a un control por parte de la Administración pública, o en que los órganos de administración, de dirección o de vigilancia de la entidad se componen por miembros más de la mitad de los cuales sean nombrados por las administraciones públicas y otras entidades de derecho público.

Debe entenderse que también concurre este tercer requisito cuando hay un control final en la toma de decisiones por parte del poder público. Así lo ha afirmado la sentencia del TJCE de 1 de febrero de 2001 (asunto C-237/99 *Sociedades anónimas de viviendas de alquiler moderado*), 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 de urbanización y de sociedades anónimas de viviendas de alquiler moderado. Esta sentencia considera que, si bien las sociedades anónimas de viviendas de alquiler moderado son sociedades mercantiles, los precios de coste se determinan mediante una decisión administrativa, lo que permite al Tribunal concluir que la actividad que ejercen no tiene carácter mercantil.

Tal y como ha confirmado reiteradamente el TJCE a partir de la sentencia *Mannesmann* y se indica también en la sentencia *Sociedades anónimas de viviendas de alquiler moderado*, los tres requisitos relativos a la naturaleza de la actividad, la personalidad jurídica y el control del ente por parte de una Administración pública, tienen carácter acumulativo, y, por tanto, deben cumplirse los tres de forma conjunta, mientras que las tres posibles circunstancias que constituyen el requisito del control (financiación pública mayoritaria, o control público de la gestión, o dirección pública, destinadas a constatar la existencia de una estrecha dependencia de poderes públicos), se enumeran como alternativas y, en consecuencia, no deben producirse necesariamente de forma acumulada, sino que es suficiente con que se produzca alguna de las tres.

4. La entidad Institut Balear de l'Habitatge (IBAVI) fue creado por el Decreto 113/1986, de 30 de diciembre, el cual ha sido objeto de numerosas modificaciones, y, finalmente, fue derogado por el Decreto 17/2000, de 11 de febrero.

El artículo 1 del Decreto 17/2000 dispone que:

El Institut Balear de l'Habitatge (IBAVI) es una entidad de derecho público, con personalidad jurídica propia, que ha de ajustar su actividad al ordenamiento jurídico privado, sin perjuicio de la observancia de lo previsto en la Ley 3/1989, de 29 de marzo,



y en la demás legislación complementaria, que se constituyó por el Decreto 113/1986, de 30 de diciembre, como empresa pública autonómica definida en el artículo 6 de la Ley 1/1986, de 5 de febrero, de Finanzas de la Comunidad Autónoma de las Illes Balears.

La finalidad del IBAVI es ejecutar promociones públicas de vivienda, gestionar el patrimonio de viviendas transferido en su día a la Comunidad Autónoma de las Illes Balears, y llevar a cabo cuantas acciones complementarias se deriven de su finalidad, pudiéndose encargar de la promoción y rehabilitación de cualquier otro tipo de edificio o viviendas.

El artículo 2 dispone que el objeto social del IBAVI es la promoción pública y la rehabilitación de viviendas, y para conseguir esta finalidad, el IBAVI desarrolla las actividades siguientes, sin carácter limitador:

- Gestionar el patrimonio público de viviendas adscrito al IBAVI para la Comunidad Autónoma de las Illes Balears.*
- Desarrollar y gestionar los planes de vivienda que concierte con la Administración autonómica o local, o cualquier promotor público o privado sin ánimo de lucro.*
- Estudio y redacción de planos y proyectos urbanísticos necesarios para la obtención de suelo público o privado, que permita desarrollar las promociones de viviendas.*
- Redacción y contratación de proyectos de construcción y rehabilitación de viviendas.*
- Comprar, permutar o adquirir, a título gratuito u oneroso terrenos y solares, para ejecutar las promociones públicas de viviendas y equipamiento complementario.*
- Vender, arrendar, permutar las viviendas, solares y terrenos de su propiedad, constituir y cancelar hipotecas, establecer cargas y gravámenes, y las operaciones jurídicas necesarias para la administración de sus bienes.*
- Participar en negocios, sociedades y empresas públicas o privadas que tengan por objeto la promoción de viviendas o la promoción de suelo edificable.*
- Cualquier otro relativo a la promoción de suelo edificable o a la construcción y rehabilitación de viviendas.*
- Tramitación y otorgamiento de subvenciones o ayudas que legalmente o reglamentariamente tenga que asumir el IBAVI, de acuerdo con sus disponibilidades presupuestarias.*
- Ejercitar o renunciar, como función propia, la relativa a los derechos de tanteo y de retracto establecidos a favor de la Comunidad Autónoma de las Illes Balears sobre las viviendas sujetas a cualquier tipo de protección, en los supuestos legalmente previstos. El ejercicio de los mencionados derechos es de carácter discrecional y facultativo.*

En cuanto al régimen de contratación, el primer párrafo del artículo 3 establece que:



El régimen de contratación del IBAVI se someterá a las normas del derecho mercantil, civil o laboral y a la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas en aquello que le sea de aplicación.

En cuanto a la financiación y a los órganos de administración, dirección o vigilancia, cabe decir que sus recursos económicos proceden, entre otras fuentes, de las aportaciones que se establezcan en el presupuesto de la Administración autonómica o local, y que el Consejo de Administración está presidido por el Consejero de Vivienda y Obras Públicas e integrado por personal de la Consejería y por representantes de otras consejerías.

5. El artículo 3.2 de la LCSP dispone que las entidades públicas empresariales, tanto las entidades públicas empresariales estatales como los organismos asimilados que dependen de las comunidades autónomas y entidades locales no tienen la consideración de Administración pública a efectos de la LCSP.

Estas entidades se definen en el artículo 53 de la Ley 6/1997, de 14 de abril, de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado, 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». En consecuencia, los organismos autonómicos asimilados a las entidades públicas empresariales estatales no tienen la consideración de Administración pública a efectos de la LCSP.

6. Para determinar si un organismo autonómico asimilado a las entidades públicas empresariales es un poder adjudicador o no, debe analizarse cada caso para ver si reúne las características o los requisitos que definen a los poderes adjudicadores desde una perspectiva comunitaria. Por tanto, hay que atender a la naturaleza de la actividad que lleva a cabo el IBAVI, a su personalidad jurídica y al control de la Administración autonómica sobre el ente.

En cuanto a la naturaleza de la actividad, teniendo en cuenta la finalidad y las actividades que lleva a cabo el IBAVI, no puede afirmarse que se haya creado con una finalidad de carácter mercantil o industrial, sino que, aunque interviene en el mercado de bienes y servicios, persigue una finalidad de marcado interés público y, por tanto, cumple el primero de los requisitos definidos por la jurisprudencia comunitaria.

En cuanto a la personalidad jurídica, el artículo 1 del Decreto 17/2000 dispone que el IBAVI es una entidad de derecho público con personalidad jurídica



propia. En cuanto al tercer requisito, se exige que el control del ente sea de la Administración pública, ya sea por vía financiera o por cualquier otro medio, lo que se cumple en el caso del IBAVI.

Una vez analizadas la finalidad y las actividades que lleva a cabo el IBAVI, y de conformidad con la interpretación de la jurisprudencia comunitaria del concepto de poder adjudicador, puede concluirse que se trata de un organismo asimilado a las entidades públicas empresariales que tiene la condición de poder adjudicador a efectos de la LCSP, dado que se trata de un ente creado para satisfacer necesidades de interés general que no tienen carácter mercantil y que reúne los requisitos establecidos en el artículo 3.3 *b* de la LCSP.

7. El régimen en materia de contratación del IBAVI es el de los poderes adjudicadores, y, por tanto, los contratos sujetos a regulación armonizada celebrados por el IBAVI se someten a la LCSP, mientras que los contratos inferiores a los umbrales comunitarios tienen que ser regulados por unas instrucciones internas.

Así pues, los contratos sujetos a regulación armonizada se someten, en cuanto a su preparación, al artículo 121.1 (que remite a los artículos 96.2 *b*, y 101 a 104) de la LCSP, y, en cuanto a la adjudicación, a las normas establecidas para la adjudicación de los contratos de las Administraciones Públicas con las excepciones que recoge el artículo 174.

En este sentido, el artículo 174 dispone que:

1. La adjudicación de los contratos sujetos a regulación armonizada se regirá por las normas establecidas en el Capítulo anterior con las siguientes adaptaciones:

a) No serán de aplicación las normas establecidas en el segundo párrafo del apartado 2 del artículo 134 sobre intervención del comité de expertos para la valoración de criterios subjetivos, en los apartados 1 y 2 del artículo 136 sobre criterios para apreciar el carácter anormal o desproporcionado de las ofertas, en el artículo 140 sobre formalización de los contratos, en el artículo 144 sobre examen de las proposiciones y propuesta de adjudicación, y en el artículo 156 sobre los supuestos en que es posible acudir a un procedimiento negociado para adjudicar contratos de gestión de servicios públicos.

b) No será preciso publicar las licitaciones y adjudicaciones en los diarios oficiales nacionales a que se refieren el párrafo primero del apartado 1 del artículo 126 y el párrafo primero del apartado 2 del artículo 138, entendiéndose que se satisface el principio de publicidad mediante la publicación efectuada en el «Diario Oficial de la Unión Europea» y la inserción de la correspondiente información en la plataforma de contratación a que se refiere el artículo 309 o en el sistema equivalente gestionado por la



Administración Pública de la que dependa la entidad contratante, sin perjuicio de la utilización de medios adicionales con carácter voluntario.

2. Si, por razones de urgencia, resultara impracticable el cumplimiento de los plazos mínimos establecidos, será de aplicación lo previsto en el artículo 96.2.b) sobre reducción de plazos.

Los contratos no sujetos a regulación armonizada se someten, en cuanto a su preparación, al artículo 121.2, y, en cuanto a su adjudicación, al artículo 175, que dispone que los poderes adjudicadores deben aprobar unas instrucciones que regulen los procedimientos de contratación y que garanticen que la adjudicación de los contratos se somete, en todo caso, a los principios de publicidad, de concurrencia, de transparencia, de confidencialidad, de igualdad y de no discriminación, y que el contrato se adjudica a quien presente la oferta económicamente más ventajosa.

Además, aunque el artículo 175 no lo prevé explícitamente, cabe entender que de acuerdo con el artículo 43 también son de aplicación las previsiones de la LCSP relativas a capacidad y solvencia, prohibiciones de contratar, objeto y precio del contrato.

Los contratos celebrados por el IBAVI son contratos privados en todo caso y se someten a la jurisdicción civil, de conformidad con los artículos 20 y 21 de la LCSP.

En cuanto a los contratos de carácter patrimonial, el artículo 4 p de la LCSP dispone que están excluidos de esta Ley:

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 contratos privados y se registrarán por la legislación patrimonial.

Conclusiones

El Institut Balear de l'Habitatge (IBAVI) es un ente que debe considerarse como poder adjudicador a efectos de la LCSP, ya que se creó para satisfacer necesidades de interés general que no tienen carácter mercantil y reúne los requisitos establecidos en el artículo 3.3 b de la LCSP.