

Informe 33/96, de 5 de junio de 1996. "Normativa aplicable a los contratos que adjudica el Ente Público "Aeropuertos Españoles y Navegación Aérea" (AENA)".

8.11. Otros informes. Ambito subjetivo.

ANTECEDENTES

Por el Presidente del Ente público "Aeropuertos Españoles y Navegación Aérea" (AENA), se dirige a esta Junta Consultiva de Contratación Administrativa el siguiente escrito:

"El artículo 10 de la Ley 13/1995, de 18 de mayo, de Contratos de las Administraciones Públicas (en adelante LCAP), establece en su apartado primero que la Junta Consultiva de Contratación Administrativa es el órgano consultivo específico de la Administración General del Estado, de sus organismos autónomos y demás entidades públicas estatales, en materia de contratación administrativa.

Por otro lado, el artículo 17 del Real Decreto 30/91, de 18 de enero, sobre el régimen orgánico y funcional de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa, aborda la cuestión relativa a la legitimación para solicitar informes a la Junta, indicando que ésta emitirá dichos informes a petición de los Subsecretarios y Directores Generales de los Organismos Autónomos y Entes Públicos, Interventor General de la Administración del Estado y Presidentes de las organizaciones empresariales representativas de los distintos sectores afectados por la contratación administrativa.

De acuerdo con lo anterior, la Presidencia del Ente Público Aeropuertos Españoles y Navegación Aérea (en adelante Aena), en ejercicio de las facultades prevista en el artículo 24 del Real Decreto 905/1991 de 14 de junio, por el que se aprueba el Estatuto de este Ente Público, solicita ante ese Órgano Consultivo informe sobre los extremos que, a continuación, se concretan en este escrito:

"La entrada en vigor de la LCAP y, muy particularmente, las previsiones contenidas en la Disposición Transitoria Sexta de dicha Ley, unido todo ello a la necesidad de mantener los principios de transparencia y publicidad que deben presidir la actuación de Aena en cuanto a su actividad de contratación, ha llevado a esta Presidencia, a plantearse la vigencia del régimen jurídico aplicable a la actividad de contratación del Ente.

Adicionalmente, las Directivas Comunitarias existentes que regulan sectores dentro de los que actúa Aena, que imponen requisitos no previstos con el mismo tratamiento en la LCAP, (por ejemplo, publicidad de los contratos de suministros y servicios que no superen la cantidad de 400.000.- Ecus), abundan en el planteamiento anteriormente indicado.

De otro lado, el Anexo VIII de la directiva 93/38/CEE sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de contratos en los sectores del agua, de la energía, de los transportes y de las telecomunicaciones, cita como entidad contratante del sector de las instalaciones de aeropuertos -en el supuesto de España- a los Aeropuertos gestionados por Aeropuertos Nacionales que operan con arreglo al Real Decreto 278/1982, de 15 de octubre; previsión que en una correcta interpretación, a nuestro juicio, debe quedar referida al Ente Público Aeropuertos Españoles y Navegación Aérea.

Finalmente, el Ente Público de continua mención, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 82.2 de la Ley 4/1990, de 29 de junio -de Presupuestos Generales del Estado para 1990-, se rige por el ordenamiento jurídico privado en todo lo relativo a sus relaciones patrimoniales y contratación.

Sobre la base del marco legislativo que ha quedado citado, interesa a este Ente Público que la Junta Consultiva de Contratación Administrativa, mediante el oportuno informe, se pronuncie sobre la aplicabilidad a Aena del segundo párrafo de la Disposición Transitoria Sexta de la LCAP; todo ello en el sentido de que, en tanto no se produzca la incorporación a la legislación española del contenido de la Directiva 93/38/CEE, el Ente Público debe continuar rigiéndose -conforme establece el artículo 82.2 de la Ley 4/1990- por el ordenamiento jurídico privado en todo lo concerniente a la contratación.

Por todo lo expuesto, esta Presidencia solicita de esa Junta Consultiva se emita informe acerca de los extremos que han quedado adecuadamente concretados en el cuerpo de la presente consulta, teniendo en cuenta para ello las circunstancias que igualmente han quedado descritas, así como cualesquiera otras que esa Junta estime oportuno examinar".

CONSIDERACIONES JURÍDICAS.

1. La cuestión que se suscita en el presente expediente - la aplicabilidad a AENA del segundo apartado de la disposición transitoria sexta de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas - debe ser examinada y resulta sobre la base de lo dispuesto en las Directivas comunitarias sobre la materia y en la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, en relación con dichas Directivas.

2. Frente a las Directivas de obras, suministros y servicios, constituidas hoy por las Directivas 93/37/CEE, 93/36/CEE y 92/50/CEE, la Comunidad Europea adoptó la Directiva 90/531/CEE, hoy sustituida por la Directiva 93/38/CEE, aplicable a los denominados "sectores excluidos" - agua, energía, transportes y telecomunicaciones - presentando como característica diferencial que, mientras las primeras se aplican a las Administraciones Públicas y Organismos de Derecho público creados para satisfacer necesidades de interés general que no tengan carácter mercantil e industrial, la Directiva 93/38/CEE, además de aplicarse a las Administraciones Públicas y Organismos de Derecho Público, sin distinción, se aplica igualmente a las empresas públicas y privadas, siempre que, en relación con cualquiera de ellos se dé la circunstancia objetiva de actuar en alguno de los sectores anteriormente mencionados. Otra nota diferencial entre el primer grupo de Directivas y la Directiva 93/38/CEE radica en que mientras respecto a las directivas 93/37/CEE, 93/36/CEE y 92/50/CEE ha expirado el plazo de su incorporación a la legislación española y ésta efectivamente se ha producido a través de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, el plazo para la incorporación de la Directiva 93/38/CEE, según resulta de la misma y de la Directiva 90/531/CEE, ha expirado, el 1 de enero de 1996, para los contratos de obras y suministro y expirará el 1 de enero de 1997, para los contratos de servicios, sin que, respecto a ninguno de ellos se haya producido todavía la incorporación del contenido de la Directiva a la legislación española, lo que motivó que la disposición transitoria sexta de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, dedicara las correspondientes prescripciones para fijar el régimen jurídico de los contratos celebrados por Entidades sujetas a la citada Directiva 93/38/CEE.

En este momento hay que resaltar que no puede cuestionarse la sujeción de AENA a la directiva 93/38/CEE, no solo porque en el Ente concurren las características que los artículos 1, 2 y concordantes de la Directiva consideran determinantes de la sujeción a la misma, sino también y sobre todo porque el Anexo VIII de la propia Directiva enumera como entidades contratantes del sector de las instalaciones de aeropuertos, para España, los aeropuertos gestionados por "Aeropuertos Nacionales" que operan con arreglo al "Real Decreto 278/1982, de 15 de octubre de 1982", sin que exista ninguna dificultad para entender hecha la referencia actual a AENA, derivando la defectuosa, más bien anticuada, cita del Anexo VIII, de la circunstancia de que la redacción de este Anexo, como el resto de los Anexos referentes a Entidades, es transcripción literal de los de la Directiva 90/531/CEE, en la que la cita correcta, por razón de fechas, era la que se hacía a "Aeropuertos Nacionales", que hoy debe entenderse sustituida por la referencia actualizada a AENA.

3. La Ley 13/1995, de 18 de mayo, de Contratos de las Administraciones Públicas, en su disposición transitoria sexta, trata de fijar el régimen jurídico de los contratos celebrados en los sectores del agua, energía, transportes y telecomunicaciones, estableciendo en sus dos apartados una diferenciación, según la clase de organismos y entidades que actúen en los indicados sectores.

El apartado 1 de dicha disposición transitoria establece que "los órganos de contratación que celebren contratos comprendidos en el ámbito de la Directiva 93/38/CEE, relativa a los sectores de agua, energía, transportes y telecomunicaciones no estarán obligados a cumplir, respecto a estos contratos, las obligaciones de publicidad en el "Diario Oficial de las Comunidades Europeas" previstas en esta Ley hasta el 1 de enero de 1996, si se trata de contratos de obras o suministros y hasta el 1 de enero de 1997 si se trata de contratos de consultoría y asistencia y de servicios y de trabajos específicos y concretos no habituales".

En contraposición al apartado siguiente, este apartado se refiere a las Administraciones Públicas y sus Organismos autónomos y sienta el criterio de, dando por supuesto la sujeción íntegra de los mismos a la Ley, aplazar las obligaciones de publicidad en el Diario Oficial de las Comunidades Europeas hasta las fechas indicadas, una ya vencida y otra por vencer, para los contratos que celebren en los sectores referenciados, debiendo entenderse, aunque la Ley no lo diga expresamente, que los umbrales o límites cuantitativos que determinan esta obligación de publicidad serán los de la Directiva 93/38/CEE, iguales en contratos de obras pero más elevados en contratos de suministro y servicios que los de la Directiva 93/36/CEE y 92/50/CEE.

El segundo apartado de la disposición transitoria que venimos examinando establece que "en tanto se produzca la incorporación a la legislación española del contenido de la Directiva 93/38/CEE, las entidades de derecho público a que se refiere el apartado 3 del artículo 1 continuarán rigiéndose en su actividad contractual por las normas que, en la fecha de entrada en vigor de la presente Ley, les resulten aplicables, sujetándose en su desarrollo a los principios de publicidad y libre concurrencia propios de la contratación administrativa". Este apartado ha sido ya objeto de interpretación por esta Junta en su informe de 21 de diciembre de 1995 (expediente 45/95) en el que se afirmaba lo siguiente:

"Pretender ligar el contenido de este apartado a todas las entidades de derecho público a que se refiere el apartado 3 del artículo 1, basándose en una interpretación meramente literal de la expresión utilizada en el indicado apartado es solución que debe quedar descartada, no sólo porque en el propio apartado existe otra expresión "en tanto se produzca la incorporación a la legislación española del contenido de la Directiva 93/38/CEE" que desde un punto de vista literal permite colegir que la disposición transitoria sexta sólo se refiere

a entidades que deben considerarse sujetas a la citada Directiva 93/38/CEE, sino porque aplicando los criterios de interpretación sistemática la única conclusión posible es la de considerar que el total contenido de la disposición transitoria sexta se está refiriendo exclusivamente a actividades en los sectores del agua, de la energía, de los transportes y de las telecomunicaciones, el apartado primero referido a Administraciones Públicas y sus Organismos Autónomos y el segundo a los restantes Entes públicos sujetos a la Ley como comprendidos en su artículo 1, apartado 3. Desde un punto de vista finalista o teleológico, criterio de interpretación fundamental según el artículo 3.1 del Código Civil, hay que tener en cuenta que la finalidad del apartado 2 de la disposición transitoria sexta fue la de evitar que los Entes públicos operantes en los sectores indicados, no por tanto la totalidad de Entes públicos del artículo 1 apartado 3, quedasen sometidos a la Ley para en plazo necesariamente breve quedar sometidos a régimen contractual distinto y más flexible que es el que ha de recoger en su día la incorporación a la legislación española del contenido de la Directiva 93/38/CEE. Por lo demás esta finalidad del

apartado 2 de la disposición transitoria sexta quedó suficientemente reflejada en la tramitación parlamentaria del Proyecto de Ley, ya que en versiones iniciales del mismo los Entes públicos de los sectores del agua, de la energía, de los transportes y de las telecomunicaciones figuraban en su artículo 1 como excluidos de la Ley hasta que por la finalidad pretendida de no alterar su régimen jurídico contractual, hasta la incorporación a la legislación española de la Directiva 93/38/CEE, la mención de estos Entes públicos pasó a su actual ubicación en la disposición transitoria sexta".

4. Los criterios interpretativos del apartado 2 de la disposición transitoria sexta son de plena aplicación a los contratos celebrados por AENA, pues si como ha quedado indicado, no puede cuestionarse su sujeción a la Directiva 93/38/CEE, al tratarse, no de una Administración Pública, ni de un Organismo autónomo, sino de un Ente público, se produce necesariamente la consecuencia prevista en dicho apartado 2 de la disposición transitoria sexta de regirse en su actividad contractual por las normas que, en la fecha de entrada en vigor de la Ley, les resulten aplicables, es decir, conforme al artículo 82.2 de la Ley 4/1990, de 29 de junio, de Presupuestos Generales del Estado para 1990, las normas del ordenamiento jurídico privado.

Esta consecuencia tiene su límite temporal en la fecha en que se produzca la incorporación de la Directiva 93/38/CEE, en la que, con carácter definitivo, quedará fijado el régimen jurídico contractual que, lógicamente, consistirá en la aplicación de las reglas de la citada Directiva ya traspuestas a la legislación española. Por otra parte, de la disposición transitoria sexta, apartado 2, de la Ley resulta la sujeción de la actividad contractual de estos Entes a los principios de publicidad y libre concurrencia propios de la contratación administrativa, sin que pueda desconocerse tampoco el denominado "efecto directo" de las Directivas comunitarias que, reconocido doctrinal y jurisprudencialmente, obliga a aplicar la Directiva, vencidos los plazos de transposición a la legislación interna, sin que ésta se haya llevado a cabo. Sin que resulte procedente en este momento realizar un análisis detallado del posible "efecto directo" de la Directiva 93/38/CEE, sí hay que destacar que esta Junta Consultiva en ocasiones anteriores en que se ha pronunciado sobre este tema (Recomendación de 18 de abril de 1986 y Recomendación de 21 de octubre de 1994 hecha pública por Resolución de 25 del mismo mes y año de la Dirección General del Patrimonio del Estado) ha considerado el posible efecto directo de las Directivas 71/305/CEE, 77/62/CEE, 92/50/CEE, 93/36/CEE y 93/37/CEE, en el aspecto concreto de la publicidad de licitaciones en el Diario Oficial de las Comunidades Europeas, aún antes de que el contenido de dichas Directivas se hubiese incorporado a la legislación española.

CONCLUSIÓN

Por lo expuesto la Junta Consultiva de Contratación Administrativa entiende que la disposición transitoria sexta, apartado 2, de la Ley 13/95, de 18 de mayo, de Contratos de las Administraciones Públicas, resulta de aplicación al Ente público "Aeropuertos Nacionales y Navegación Aérea" (AENA) que, hasta tanto se incorpore a la legislación española la Directiva 93/38/CEE, quedará sujeto, en su actividad contractual, al ordenamiento jurídico privado, de conformidad con la Ley 4/1990, de 29 de junio, sin perjuicio del posible "efecto directo" del contenido de la citada Directiva.