

**ESTUDIO JURIDICO SOBRE LA CONSIDERACION
DE LA CAMARA DE COMERCIO E INDUSTRIA DE
ZARAGOZA COMO PODER ADJUDICADOR, O NO, A
EFECTOS DE LA REGULACION DE LA LEY 9/2017, DE
CONTRATOS DEL SECTOR PÚBLICO**



JOSÉ MARÍA GIMENO FELIÚ.

Catedrático de Derecho Administrativo.

Facultad de Derecho. Universidad de Zaragoza.

18 de febrero de 2018

Con fecha de 1 de febrero de 2018, la Cámaras de Comercio e Industria de Zaragoza, a través de solicitud de D. Manuel Teruel Izquierdo ha requerido a don José María GIMENO FELIU, Catedrático de Derecho Administrativo de la Facultad de Derecho de la Universidad de Zaragoza, la realización de un **Estudio Jurídico** sobre consideración, o no, como poder adjudicador, de la Cámara de Comercio e Industria de Zaragoza, desde la perspectiva de la aplicación de la legislación de contratos públicos.

La cuestión planteada exige, con carácter previo, un análisis del Derecho comunitario de contratación pública y de la jurisprudencia del TJUE en la materia para poder posteriormente analizar si concurren los requisitos en la Cámara de Comercio y de Industria de Zaragoza para poder tener esa consideración de poder adjudicador y tener que aplicar, en consecuencia, las previsiones de la Ley de Contratos de Sector Público de 2017.

Cumpliendo tal requerimiento, y examinada tanto la normativa vigente como la jurisprudencia interpretativa, así como la documentación facilitada, se entrega este **INFORME jurídico**.

FUNDAMENTOS JURÍDICOS:

PRIMERO.- El concepto de poder adjudicador en el derecho europeo de la contratación pública y su interpretación por el TJUE.

Un aspecto decisivo en toda legislación de contratos públicos es su ámbito subjetivo de aplicación, apareciendo como elemento clave en la normativa comunitaria el concepto de poder adjudicador¹.

A tal efecto, la Directiva 2014/24/UE, de contratación pública incluye la definición de «**Poderes adjudicadores**»: el Estado, las autoridades regionales o locales, los organismos de Derecho público o las asociaciones formadas por uno o

¹ Sobre el ámbito subjetivo de las Directivas comunitarias sobre contratación pública pueden consultarse M.M. RAZQUIN LIZARRAGA, *Contratos públicos y Derecho Comunitario*, Aranzadi, Pamplona, 1996, pp.223-225; y J.A. MORENO MOLINA, *Contratos públicos: Derecho comunitario y Derecho español*, Mac Graw Hill, Madrid, 1996, pp. 148 y ss. También, más recientemente, el libro de B. NOGUERA DE LA MUELA, *El ámbito subjetivo de aplicación de la nueva Ley de Contratos de las Administraciones Públicas*, Atelier, Barcelona, 2001.

varios de dichos poderes o uno o varios de dichos organismos de Derecho público. Y define organismos de derecho público como “cualquier organismo que reúna todas las características siguientes:

- a) que se haya creado específicamente para satisfacer necesidades de interés general que no tengan carácter industrial o mercantil;
- b) que esté dotado de personalidad jurídica propia, y
- c) que esté financiado mayoritariamente por el Estado, las autoridades regionales o locales, u otros organismos de Derecho público, o cuya gestión esté sujeta a la supervisión de dichas autoridades u organismos, o que tenga un órgano de administración, de dirección o de supervisión, en el que más de la mitad de los miembros sean nombrados por el Estado, las autoridades regionales o locales, u otros organismos de Derecho público”.

Esta definición es clara y pretende conseguir la homogeneidad en la aplicación normativa de esta disposición comunitaria europea. Y la interpretación debe ser la que resulta de la jurisprudencia del TJUE, que ha optado por criterios subjetivo-funcionales cuando se cumplen tres requisitos: la reciente STJUE de 5 de octubre de 2017, *LitSpecMet* y *Vilniaus*, as. C-567/15, recuerda que una entidad adquiere la condición de Poder Adjudicador cuando se cumplen tres condiciones acumulativas, a saber, a) que dicha entidad haya sido creada específicamente para satisfacer necesidades de interés general que no tengan carácter industrial o mercantil; b) que esté dotada de personalidad jurídica; y c) que su actividad esté mayoritariamente financiada por los poderes públicos o que su gestión esté controlada por parte de éstos últimos, o que más de la mitad de los miembros de su órgano de administración, de dirección o de vigilancia sean nombrados por los poderes públicos. Estas tres condiciones son acumulativas, siendo, en cambio, alternativos los requisitos a los que se refiere la condición expresada en la letra c). Y esta interpretación funcional se ha tenido en cuenta y aplicado por el Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón en su Acuerdo 104/2015².

² Según jurisprudencia reiterada, el concepto de «organismo de Derecho público», concepto

Analizaremos sucintamente lo dictaminado por el TJUE al respecto³.

1) En primer lugar, debe atenderse a la naturaleza de la actividad: **satisfacer necesidades de interés general que no tengan exclusivo carácter mercantil, en cuyo caso, por tratarse de gestión económica, quedará justificado su sometimiento al régimen jurídico-privado.** Esta previsión y su concreción suscita importantes problemas interpretativos en la doctrina, que han llevado a que incluso cierto sector entienda que se puede presumir la existencia de actividad mercantil cuando el ente adjudicador reviste la forma de sociedad mercantil⁴. Al efecto, la STJUE de 15 de

de Derecho comunitario que debe recibir una interpretación autónoma y uniforme en toda la Comunidad, se define desde un punto de vista funcional con arreglo exclusivamente a los tres requisitos acumulativos que enuncia el artículo 1, letra b), párrafo segundo, de las Directivas 93/36 y 93/37 (véanse, en este sentido, las sentencias Mannesmann Anlagenbau Austria y otros, de 15 de enero de 1998, apartados 20 y 21; de 12 de diciembre de 2002, Universale-Bau y otros, apartados 51 a 53; de 15 de mayo de 2003, Comisión/España, apartados 52 y 53, de 16 de octubre de 2003, Comisión/España, y de 13 de enero de 2007, apartado 27). Puede consultarse J. A. RAZQUIN, “El impacto de la jurisprudencia comunitaria europea sobre contratos públicos (2003-2004) en el ordenamiento jurídico interno”, Revista Jurídica de Navarra núm. 37, 2004, pp. 205-238.

³ Conviene, en todo caso, recordar la importancia de la jurisprudencia del TJUE es advertida en el considerando 10 de la Directiva de contratación pública de 2014: “El concepto de «poderes adjudicadores», y en particular el de «organismos de Derecho público», han sido examinados de forma reiterada en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Para dejar claro que el ámbito de aplicación *ratione personae* de la presente Directiva no debe sufrir modificaciones, procede mantener la definición en la que se basaba el Tribunal e incorporar determinadas aclaraciones que se encuentran en dicha jurisprudencia como clave para comprender la propia definición sin intención de alterar la interpretación del concepto tal como ha sido elaborada por la jurisprudencia. A tal efecto, ha de precisarse que un organismo que opera en condiciones normales de mercado, tiene ánimo de lucro y soporta las pérdidas derivadas del ejercicio de su actividad no debe ser considerado un «organismo de Derecho público», ya que puede considerarse que las necesidades de interés general para satisfacer las cuales ha sido creado, o que se le ha encargado satisfacer, tienen carácter industrial o mercantil.”

⁴ El supuesto de hecho se refiere a si la Imprenta estatal austriaca, con forma societaria, debe someterse o no a las normas de licitación pública en los casos de realizar otras funciones no oficiales. La trascendencia de esta jurisprudencia (de la que da cuenta M. FUERTES “Personificaciones públicas y contratos administrativos. La última jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea”, *REALA* núm. 279, 1999, pp. 25 a 34) es que, como es habitual, impone una interpretación que debe ser uniforme para todos los Estados miembros sin que exista, por ello, margen alguno de discrecionalidad. Al respecto me remito al clásico trabajo de R. ALONSO GARCIA, “La ejecución normativa del Derecho comunitario europeo en el ordenamiento español”, *RAP* núm. 121, 1990, págs. 215-216. *Ibidem*, *Derecho Comunitario*, Ceura Madrid, 1994, pp. 286-294.

enero de 1998 (Asunto C-44/96. Mannesmann) indica que si hay una función de interés general -indudable cuando el ámbito de la actividad se designa habitualmente bajo la expresión de “obligaciones de servicio público-, al margen de que la actividad tenga vertientes mercantiles o industriales, se produce una vis atractiva del primer elemento, debiendo entenderse a ese ente sometido a la reglas de contratación pública. En consecuencia, los entes instrumentales que presten un servicio público o tengan que cumplir con obligaciones de servicio público se encuentran sometidos al régimen de la legislación de contratos públicos. La STJUE de 10 de noviembre de 1998 (Asunto C-360/96. ARA) insiste en esta idea, entendiendo que estamos en presencia de un poder adjudicador cuando la función es de interés general, aunque, y este dato es de gran relevancia, la actividad se preste en régimen de competencia. Es decir, prima el dato teleológico de la actividad que desarrolla ese ente adjudicador⁵. En esta jurisprudencia se distingue, en definitiva, entre necesidades de interés general que tengan carácter industrial o mercantil y las necesidades que no tengan dicho carácter.

Criterio que no se ve afectado por el hecho de que empresas privadas satisfagan o puedan satisfacer las mismas necesidades que éste, ya que la inexistencia de competencia no es un requisito necesario para definir a un organismo de Derecho público.

Por otra parte, debe recordarse lo que el Tribunal de Justicia afirmó en el apartado 25 de la sentencia *Mannesmann Anlagenbau Austria* y otros, antes citada, que es indiferente que, además de cumplir la función de satisfacer necesidades de interés general, una entidad pueda desempeñar otras actividades. El hecho de que la satisfacción de necesidades de interés general sólo constituya una parte relativamente poco importante de las actividades realmente emprendidas por tal

⁵ Esta misma doctrina se recoge en las STJUE de 17 de diciembre de 1998 (Asuntos *Irish Forestry Board*) en las que se afirma que la sociedad anónima creada para la gestión de los recursos forestales tiene la consideración de poder adjudicador. Comentan esta doctrina M.M. RAZQUIN, “La jurisprudencia del TJUE sobre contratación pública”, *Justicia Administrativa* núm. 6, 2000, pp. 15 y ss. Y J.A. MORENO MOLINA “La reciente jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas en materia de contratos públicos”, *RAP* núm. 151, 2000, pp. 321-328.

entidad tampoco es pertinente, puesto que ésta sigue encargándose de las necesidades que está específicamente obligada a satisfacer. Criterio en el que se insiste en la Sentencia TJUE de 10 de mayo de 2001, Agora y Excelsior:

“37 El análisis de dicha enumeración demuestra que por regla general se trata de necesidades que, por una parte, no se satisfacen mediante la oferta de bienes o servicios en el mercado, y que, por otra parte, por razones de interés general, el Estado decide satisfacerlas por sí mismo o respecto a las cuales quiere conservar una influencia determinante (véase, en este sentido, la sentencia BFI Holding, antes citada, apartados 50 y 51).”⁶

Dado que la condición de organismo de Derecho público no depende de la importancia relativa en la actividad del organismo de que se trate, de la satisfacción de necesidades de interés general que no tengan carácter industrial o mercantil, con más razón aún es indiferente que una persona jurídica distinta, que forme parte del mismo grupo empresarial que dicho organismo, ejerza actividades mercantiles.

En esta misma línea ha venido a insistir la STJUE de 22 de mayo de 2003, Korhonen y otros, al afirmar que:

“Una sociedad anónima que ha sido creada por un ente territorial al que pertenece y que éste administra satisface una necesidad de interés general, en el sentido del artículo 1, letra b), párrafo segundo, de la Directiva 92/50/CEE del Consejo, de 18 de junio de 1992, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de servicios, cuando contrata servicios con objeto de fomentar el desarrollo de actividades industriales o comerciales en el territorio del referido ente. A fin de evaluar si dicha necesidad carece de carácter industrial o mercantil, corresponde al órgano jurisdiccional nacional apreciar las circunstancias que rodearon la creación de la sociedad y las condiciones en que ejerce su actividad, incluidas, en particular, la falta de ánimo de lucro como objetivo principal, la no asunción de los riesgos derivados de dicha actividad así como la eventual financiación pública de la actividad de que se trate. Es más, afirma el TJCE que la circunstancia de que los edificios que se

⁶ Criterio que se sostiene igualmente en el apartado 50 de la sentencia del TJUE de 27 de febrero de 2003, Adolf Truley

vayan a construir se arrienden solamente a una empresa no desvirtúa la condición de organismo de Derecho público del arrendador, siempre que se haya acreditado que éste satisface una necesidad de interés general que no tenga carácter industrial o mercantil”.

La STJUE de 13 de diciembre de 2007 (Bayerischer) ha confirmado el alcance de este requisito.

De la jurisprudencia citada se deduce que resulta indiferente para determinar el cumplimiento de este requisito que, además de satisfacer necesidades de interés general, la entidad desempeñe otras actividades que no las satisfacen e incluso que las actividades para satisfacción del interés general sólo constituyan “una parte relativamente poco importante” de su actividad global (Mannesmann Anlagenbau, parágrafo 25; BFI Holding, p. 55 y 56; Universale-Bau, párrafos 54-56; Adolf Truley, parágrafo 56; Korhonen, párrafos 57 y 58). En este aspecto es relevante la STJUE de 13 de octubre de 2003, de condena al Reino de España en relación a la contratación de la sociedad estatal de SEIPSA:

“constituyen necesidades de interés general que no tienen carácter industrial o mercantil, en el sentido del artículo 1, letra b), de las Directivas comunitarias relativas a la coordinación de los procedimientos de adjudicación de contratos públicos, aquellas necesidades que, por una parte, no se satisfacen mediante la oferta de bienes o servicios en el mercado y que, por otra, por razones de interés general, el Estado decide satisfacer por sí mismo o respecto de las cuales quiere conservar una influencia determinante (véanse, en particular, las sentencias Adolf Truley, antes citada, apartado 50, y de 22 de mayo de 2003, Korhonen y otros, C-18/01, Rec. p. I-0000, apartado 47).

81. Asimismo, se desprende de la jurisprudencia que la existencia o la ausencia de una necesidad de interés general que no tenga carácter industrial o mercantil ha de apreciarse teniendo en cuenta todos los elementos jurídicos y fácticos pertinentes, tales como las circunstancias que hayan rodeado la

creación del organismo de que se trate y las condiciones en que ejerce su actividad, incluidas, en particular, la falta de competencia en el mercado, la falta de ánimo de lucro como objetivo principal, la no asunción de los riesgos derivados de dicha actividad, así como la eventual financiación pública de la actividad de que se trate (en este sentido, sentencias Adolf Truley, apartado 66, y Korhonen y otros, apartados 48 y 59, antes citadas).

82. En efecto, como declaró el Tribunal de Justicia en el apartado 51 de la sentencia Korhonen y otros, antes citada, si el organismo opera en condiciones normales de mercado, tiene ánimo de lucro y soporta las pérdidas derivadas del ejercicio de su actividad, es poco probable que las necesidades que pretende satisfacer no tengan carácter industrial o mercantil.

83. Por tanto, habida cuenta de los criterios elaborados por la jurisprudencia, procede examinar la cuestión de si las necesidades de interés general que SIEPSA pretende satisfacer tienen o no carácter industrial o mercantil.

84. Ha quedado acreditado que SIEPSA se creó específicamente para asumir, exclusivamente, la ejecución de programas y actuaciones previstos en el Plan de Amortización y Creación de Centros Penitenciarios, a efectos de la aplicación de la política penitenciaria del Estado español. Con este fin, realiza, según se desprende de sus Estatutos, todas las actividades que resulten necesarias a efectos de la construcción, gestión y liquidación del patrimonio penitenciario de dicho Estado.

85. Por tanto, las necesidades de interés general que SIEPSA se encarga de satisfacer están intrínsecamente vinculadas al orden público, al constituir una condición necesaria para ejercer el poder represivo del Estado.

86. Este vínculo intrínseco se manifiesta, en particular, por la influencia determinante que ejerce el Estado sobre la realización de la misión encomendada a SIEPSA. Ha quedado demostrado, en efecto, que ésta ejecuta un Plan de Amortización y Creación de Centros Penitenciarios aprobado por el Consejo de Ministros y que realiza sus actividades conforme a las directrices

emanadas de la Administración Pública.

87. Además, puesto que la aplicación de las penas es una prerrogativa del Estado, no existe un mercado para los bienes y servicios que ofrece SIEPSA en materia de planificación y creación de centros penitenciarios. Como alegó acertadamente la Comisión, actividades como la amortización y la creación de centros penitenciarios, que figuran entre los principales objetivos de SIEPSA, no están sujetas a la competencia en el mercado. Por consiguiente, dicha sociedad no puede ser considerada como un organismo que ofrezca bienes y servicios en el mercado libre, en competencia con otros operadores económicos.

88. En cuanto a la alegación del Gobierno español basada en el hecho de que SIEPSA realiza sus actividades con ánimo lucrativo, basta señalar que, aun suponiendo que las actividades de SIEPSA generen beneficios, queda descartada la posibilidad de considerar que la búsqueda de tales beneficios constituya en sí el primer objetivo de esta sociedad.

89. En efecto, de los Estatutos de dicha sociedad se desprende claramente que actividades como la adquisición de inmuebles para la instalación de nuevos centros, la promoción y la ejecución de obras de urbanización y construcción o incluso la enajenación de las instalaciones desafectadas no son sino medios que SIEPSA aplica para alcanzar su principal objetivo, que consiste en contribuir a la realización de la política penitenciaria del Estado.

90. Esta conclusión viene corroborada por el hecho de que, como señaló la Comisión sin ser contradicha por el Gobierno español, SIEPSA registró pérdidas financieras considerables durante los ejercicios 1997 y 1998.

91. A este respecto, es preciso añadir que, con independencia de si existe un mecanismo oficial de compensación de posibles pérdidas de SIEPSA, parece poco probable que ésta haya de soportar los riesgos económicos derivados de su actividad. En efecto, habida cuenta de que la realización de la misión de esta sociedad constituye un elemento fundamental de la política

penitenciaria del Estado español, resulta verosímil que, como único accionista, dicho Estado tome todas las medidas necesarias al objeto de evitar una posible quiebra de SIEPSA.

92. En estas circunstancias, existe la posibilidad de que, en un procedimiento de adjudicación de un contrato público, SIEPSA se guíe por consideraciones distintas a las meramente económicas. Pues bien, precisamente para evitar tal posibilidad, se impone la aplicación de las Directivas comunitarias sobre contratos públicos (en este sentido, en particular, sentencias *Adolf Truley*, apartado 42, y *Korhonen* y otros, apartados 51 y 52, antes citadas).

93. Teniendo en cuenta el conjunto de factores jurídicos y fácticos que regulan la actividad de SIEPSA, como los señalados en los apartados 84 a 92 de la presente sentencia, procede concluir que las necesidades de interés general para cuya satisfacción se creó específicamente dicha sociedad no tienen carácter industrial o mercantil.

94. De ello resulta que una entidad como SIEPSA debe ser calificada de organismo de Derecho público en el sentido del artículo 1, letra b), párrafo segundo, de la Directiva 93/37 y, por tanto, de entidad adjudicadora conforme al párrafo primero de dicha disposición.

95. En consecuencia, la Directiva 93/37 es aplicable a los procedimientos de adjudicación de contratos públicos de obras convocados por dicha sociedad.

96. A la luz de todas las consideraciones anteriores, procede declarar que el Reino de España ha incumplido las obligaciones que le incumben en virtud de la Directiva 93/37, al no someterse al conjunto de las disposiciones de dicha Directiva con ocasión de la licitación relativa a la ejecución de las obras del Centro Educativo Penitenciario Experimental de Segovia, convocada por la Sociedad Estatal de Infraestructuras y Equipamientos Penitenciarios, S.A., sociedad que responde a la definición de entidad adjudicadora del artículo 1, letra b), de la Directiva 93/37“.

Esta Sentencia aporta un dato claramente relevante: en ausencia de riesgo empresarial una empresa pública o cualquier otro ente controlado por el poder público se comporta como poder adjudicador y estará sometido a las reglas y principios de la contratación pública. Es decir, no concurre el requisito de ser actividad económica o industrial.

2) En segundo lugar, es cierto que el ente, para considerarse poder adjudicador **debe tener propia personalidad jurídica**, si bien para el derecho comunitario la forma jurídica adoptada -pública o privada- no es por sí criterio decisivo, pues debe realizarse una interpretación funcional de la que resulta que la forma jurídica, pública o privada, es indiferente a estos efectos. Al respecto es especialmente relevante la doctrina que mantiene la citada STJUE de 10 de noviembre de 1998: *“es preciso recordar que para dar plenos efectos al principio de libre circulación, el concepto de entidad adjudicadora debe recibir una interpretación funcional (en este sentido, véase la sentencia del Tribunal de Justicia de 20 de septiembre de 1988, Beentjes)*⁷. Esta necesidad se opone a que se establezcan diferencias en función de la forma jurídica de las disposiciones por las que se crea el organismo y se especifican las necesidades que éste debe satisfacer”. Así pues, las empresas mercantiles no pueden entenderse excluidas del ámbito de aplicación. Debe primero determinarse si puede ser incluida su actividad en los parámetros funcionales explicados a fin de ser considerada poder adjudicador. Así se expresa de forma clara en la STJUE de 15 de mayo de 2003, en la que se condena al Reino de España:

“El Tribunal de Justicia ya ha precisado, en relación con el artículo 1, letra b), párrafo segundo, de la Directiva 93/37, que, para ser calificada de organismo de Derecho público en el sentido de esta disposición, una entidad debe cumplir los tres requisitos acumulativos que enuncia la citada

⁷ Posición que se mantiene en posteriores Sentencias, en las que, siendo empresas públicas, se entra a valorar si se encuentran sometidas a las Directivas de contratación pública: de 17 de diciembre de 1998, 1 de febrero de 2001, de 10 de mayo de 2001, de 27 de febrero de 2003, de 15 de mayo de 2003, de 22 de mayo de 2003.

disposición, según los cuales debe ser un organismo creado para satisfacer específicamente necesidades de interés general que no tengan carácter industrial o mercantil, dotado de personalidad jurídica, y cuya actividad dependa estrechamente del Estado, de los entes territoriales o de otros organismos de Derecho público (sentencia de 15 de enero de 1998, Mannesmann Anlagenbau Austria y otros, C-44/96, Rec. p. I-73, apartados 20 y 21).

53. Además, el Tribunal de Justicia ha declarado reiteradamente que, teniendo en cuenta el doble objetivo de apertura a la competencia y de transparencia que persiguen las directivas de coordinación de los procedimientos de adjudicación de contratos públicos, el concepto de «organismo de Derecho público» debe recibir una interpretación funcional (véanse, en particular, las sentencias de 1 de febrero de 2001, Comisión/Francia, C-237/99, Rec. p. I-939, apartados 41 a 43, y de 12 de diciembre de 2002, Universale-Bau y otros, C-470/99, Rec. p. I-0000, apartados 51 a 53). El Tribunal de Justicia también ha precisado que, a la vista de este doble objetivo, el concepto de «organismo de Derecho público» debe interpretarse en sentido amplio (sentencia de 27 de febrero de 2003, Adolf Truley, C-373/00, Rec. p. I-0000, apartado 43).

54. En esta perspectiva, para resolver la cuestión de la calificación eventual como organismos de Derecho público de distintas entidades de Derecho privado, el Tribunal de Justicia se ha limitado únicamente, según jurisprudencia reiterada, a comprobar si estas entidades cumplían los tres requisitos acumulativos enunciados en el artículo 1, letra b), párrafo segundo, de las Directivas 92/50, 93/36 y 93/37, considerando que la forma de constitución de la entidad era indiferente a este respecto (en este sentido, véanse en especial las sentencias Mannesmann Anlagenbau Austria y otros, antes citada, apartados 6 y 29; de 10 de noviembre de 1998, BFI Holding, C-360/96, Rec. p. I-6821, apartados 61 y 62, y Comisión/Francia, antes citada, apartados 50 y 60).

55. De los principios así elaborados por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia se desprende que **el estatuto de Derecho privado de una entidad no constituye un criterio que pueda excluir su calificación** como entidad adjudicadora en el sentido del artículo 1, letra b), de las Directivas 92/50, 93/36 y 93/37 y, por tanto, del artículo 1, apartado 1, de la Directiva 89/665.”(negrita nuestra)”.

3) El último requisito que **se exige es que el control -por vía financiera o cualquier otro medio- sea de la Administración pública. Debe estarse, por tanto, al dato de la “influencia dominante” del poder público sobre el organismo adjudicador.** Supuesto que plantea poca problemática en lo relativo a la financiación y que se completa con los supuestos en los que la gestión se halle sometida a un control por parte de estas últimas, o cuyos órganos de administración, de dirección o de vigilancia estén compuestos por miembros más de la mitad de los cuales sean nombrados por las Administraciones públicas y otras entidades de derecho público. En relación al primer extremo (participación en el accionariado) la STJUE de 3 de octubre de 2000 ha aclarado cuándo existe financiación mayoritariamente pública:

“La expresión “financiada por [una o varias entidades adjudicadoras]”, que figura en el artículo 1, letra b), párrafo segundo, tercer guión, de las Directivas 92/50/CEE del Consejo, de 18 de junio de 1992, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de servicios, 93/36/CEE del Consejo, de 14 de junio de 1993, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de contratos públicos de suministro, y 93/37/CEE del Consejo, de 14 de junio de 1993, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, debe interpretarse en el sentido de que en ella se incluyen las becas o subvenciones concedidas por una o varias entidades adjudicadoras para fomentar la labor investigadora, así como las becas para estudiantes que las autoridades locales competentes en materia de educación abonan a las universidades para cubrir los gastos académicos de determinados estudiantes. En cambio, no

constituyen financiación pública, a efectos de dichas Directivas, las sumas abonadas por una o varias entidades adjudicadoras, bien en el marco de un contrato de prestación de servicios que comprenda trabajos de investigación, bien como contrapartida por la prestación de otros servicios, tales como asesoramiento u organización de conferencias.

2)El término “mayoritariamente”, que figura en el artículo 1, letra b), párrafo segundo, tercer guión, de cada una de las Directivas 92/50, 93/36 y 93/37, debe interpretarse en el sentido de que significa “más de la mitad”.

3)Para valorar correctamente el porcentaje de financiación pública de un organismo determinado, es preciso tener en cuenta todos los ingresos que dicho organismo obtenga, incluidos los que resulten de una actividad mercantil.

4)La calificación de “entidad adjudicadora” de un organismo como la Universidad de Cambridge debe efectuarse sobre una base anual y el período que debe considerarse más adecuado para calcular el modo de financiación de dicho organismo es el ejercicio presupuestario en el que se inicia el procedimiento de adjudicación de un contrato determinado, debiendo entenderse que dicho cálculo ha de efectuarse tomando como base las cifras disponibles al inicio del ejercicio presupuestario, aunque tengan el carácter de provisiones. Un organismo que en la fecha en que se inicia un procedimiento de adjudicación de un contrato constituye una “entidad adjudicadora”, en el sentido de las Directivas 92/50, 93/36 y 93/37, seguirá estando sometido a las exigencias de dichas Directivas, en lo que atañe a tal contrato, hasta la terminación del procedimiento de que se trate”.

Finalmente, debe entenderse que igualmente concurre este tercer criterio o requisito cuando existe un control final en la toma de decisión por parte del poder público. Así lo ha afirmado la reciente STJUE de 1 de febrero de 2001, 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

urbanización (en lo sucesivo, “SPCU”) y de sociedades anónimas de viviendas de alquiler moderado (en lo sucesivo, “SA VAM”).

Sobre este punto, la STJUE de 27 de febrero de 2003 (Adolf Truley), afirma que:

“Un mero control a posteriori no se ajusta al requisito de control de la gestión que establece el artículo 1, letra b), párrafo segundo, tercer guión, de la Directiva 93/36. En cambio, se ajusta a tal requisito una situación en la que, por una parte, los poderes públicos controlan no sólo las cuentas anuales del organismo de que se trate, sino también su gestión corriente desde el punto de vista de los principios de imagen fiel, legalidad, eficiencia, rentabilidad y racionalidad y, por otra, estos mismos poderes públicos están autorizados a visitar los locales e instalaciones de dicho organismo y a informar de los resultados de tales controles a un ente público territorial que, a través de otra sociedad, posee el capital del organismo en cuestión”.

En relación a este último requisito conviene reseñar la STJUE de 14 de diciembre de 2007 (*Bayerischer*), que aclara qué debe entenderse por “actividad mayoritariamente financiada por el Estado, los entes territoriales y otros organismos de derecho público” a los efectos de interpretar y aplicar adecuadamente el concepto de *organismo de derecho público* como *poder adjudicador* en el derecho comunitario de los contratos públicos. En el caso, la calificación resultaba controvertida en relación con diferentes organismos o establecimientos (*Anstalten*) alemanes de radiodifusión, en su mayoría dependientes de los países federados (*Landesrundfunkanstalten*). En la Sentencia se afirma que “el canon que garantiza la financiación mayoritaria de la actividad de los organismos de que se trata tiene su origen en el Convenio Estatal sobre la radiodifusión, es decir, en un acto del Estado. Está previsto y se impone por ley y no resulta de una transacción contractual celebrada entre estos organismos y los consumidores⁸. El hecho generador de la obligación de pago del canon es la simple

⁸ Ya sobre esta nota de la financiación, *University of Cambridge*, párrafos 21, 24 y 25.

posesión de un aparato receptor y no es la contrapartida del disfrute efectivo de los servicios prestados por los organismos en cuestión” (parágrafo 41), de manera que “la fijación del importe del canon tampoco es el fruto de una relación contractual entre los organismos de radiodifusión de que se trata en el asunto principal y los consumidores”, ya que se establece mediante una decisión formal de los Parlamentos y los Gobiernos de los Länder, adoptada sobre la base de un informe elaborado por la KEF en función de las necesidades financieras declaradas por los propios organismos además de que el cobro del recurso por la GEZ se lleva a cabo “mediante resolución de liquidación, es decir, mediante un acto en ejercicio de funciones públicas.

El Tribunal remata sus consideraciones en los importantes párrafos 47 a 50, afirmando que:

“Por último, procede señalar que, a la luz del enfoque funcional antes mencionado, como acertadamente indica la Comisión de las Comunidades Europeas, no puede haber una diferente apreciación según que los medios financieros circulen a través del presupuesto público, cuando el Estado percibe en primer lugar el canon y luego pone a disposición de los organismos públicos de radiodifusión los ingresos procedentes de dicho canon, o que el Estado conceda a dichos organismos el derecho de percibir el canon por sí mismos.

Por consiguiente, es preciso concluir que una financiación como la analizada en el asunto principal, que tiene su origen en un acto del Estado, está garantizada por el Estado y asegurada mediante una modalidad de imposición y recaudación incluida dentro de las prerrogativas de poder público, cumple el requisito de “financiación por el Estado”, a efectos de la aplicación de las normas comunitarias en materia de adjudicación de contratos públicos.

Esta forma de financiación indirecta basta para que se cumpla el requisito relativo a la “financiación por el Estado” previsto en la normativa comunitaria, sin que sea necesario que el propio Estado establezca o designe un organismo público o privado encargado del cobro del canon.

En consecuencia, procede responder a la primera cuestión planteada

que el artículo 1, letra b), párrafo segundo, tercer guión, primera alternativa, de la Directiva 92/50 debe interpretarse en el sentido de que existe una financiación mayoritaria por el Estado cuando las actividades de organismos públicos de radiodifusión como los examinados en el asunto principal están mayoritariamente financiadas mediante un canon a cargo de los poseedores de un aparato receptor, impuesto, calculado y percibido según normas como las consideradas en el asunto principal”.

Éstos son los requisitos, y con este alcance funcional, que deben utilizarse para comprender si se está o no en presencia de un poder adjudicador sometido a las reglas contractuales públicas⁹.

En este contexto descrito debe entenderse la STJUE de 15 de mayo de 2003 (y las subsiguientes de 16 de octubre de 2003 y 13 de enero de 2005)¹⁰, por la que se

⁹ En definitiva, como recuerda BAÑO LEON “La influencia del derecho comunitario en la interpretación de la Ley de contratos de las Administraciones Públicas”, RAP 151, 2000, p.15) lo que importa al Derecho comunitario (desde criterios funcionales) es si la actividad es o no empresarial y si sobre ella tiene una influencia determinante el Estado u otro poder adjudicador. También S. GONZALEZ-VARAS, *El contrato administrativo*, Civitas, Madrid, 2003, pp. 24.

¹⁰ Sobre estas Sentencias de 2003, pueden consultarse, además de los comentarios de GARCÍA DE ENTERRÍA publicados en la REDA 119 y 120, los de PIÑAR MAÑAS, “La aplicación a entidades privadas de la normativa de contratos públicos y sobre la necesidad de prever medidas cautelares autónomas. Importante STJUE de 15 de mayo de 2003 por la que se condena a España en materia de contratos”, *Actualidad Jurídica Aranzadi* n° 585, 2003, ; MORENO MOLINA, José Antonio, “Reciente evolución del Derecho Comunitario de la Contratación pública. El asunto C-214/2000”, en GIMENO FELIÚ José María (Coord.) *Contratación de las Administraciones Públicas: análisis de la nueva normativa sobre contratación pública*, Atelier, Barcelona, 2004; NOGUERA DE LA MUELA, “El control de la contratación pública en el Derecho Comunitario y en el Ordenamiento jurídico-administrativo español. Breve apunte a propósito de las modificaciones introducidas en el TRLCAP por la Ley 62/2003, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social”, en GIMENO FELIÚ José María (Coord.) *Contratación de las Administraciones Públicas: análisis de la nueva normativa sobre contratación pública*, Atelier, Barcelona, 2004, , y también en su estudio “Consecuencias de la Sentencia del TJUE de 15 de mayo de 2003 (Comisión/España) en el Ordenamiento jurídico español: Concepto de poder adjudicador, actos separables en los contratos de las sociedades mercantiles públicas y tutela cautelar contractual. La nueva regulación introducida por la Ley 62/2003, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social”, en *Revista Andaluza de Administración Pública* n° 53, 2004, págs.17-45; RAZQUIN LIZARRAGA, José Antonio: “El impacto de la Jurisprudencia comunitaria europea sobre contratos públicos (2003-2004) en el Ordenamiento jurídico interno”, *Revista Jurídica de Navarra* n° 37 Enero/Junio 2004, págs. 205-238, CARRILLO DONAIRE, “Un nuevo paso en la jurisprudencia comunitaria sobre el

condena al Reino de España por incumplimiento en materia de contratación al afirmar que “no cabe interpretar el concepto de «organismo de Derecho público» utilizado en el artículo 1, letra b), párrafo segundo, de las Directivas 92/50, 93/36 y 93/37 en el sentido de que los Estados miembros pueden excluir de antemano a las sociedades mercantiles bajo control público del ámbito de aplicación personal de estas Directivas y, en consecuencia, del de la Directiva 89/665.” En consecuencia, una empresa pública u organismo del sector público podrá no aplicar la normativa de contratación pública sólo cuando no concurren los citados tres requisitos para tener la consideración de poder adjudicador.

Como conclusión a lo expuesto, puede afirmarse que en los distintos y variados supuestos de descentralización funcional mediante la creación de entes instrumentales la naturaleza de poder adjudicador dependerá, al margen de su personificación jurídica o privada (indiferente a estos efectos), de las notas de control público y de la satisfacción de una actividad de interés general (aunque ésta sea de carácter industrial o comercial), sin que tenga por que existir necesariamente monopolio. Sólo cuando el ente contratante realmente se comporte como un auténtico agente económico (desprovisto de funciones administrativas), en condiciones de igualdad y sin prerrogativas propias de un poder público, será legítima -incluso necesaria- la decisión de adoptar técnicas jurídicas propias del Derecho privado, caracterizadas principalmente por su flexibilidad, lo que justificaría la inaplicación de las reglas de la contratación pública.

Segundo.- La regulación del ámbito subjetivo en la Ley 9/2017, de Contratos del Sector Público y las Corporaciones de derecho Público

El artículo 3 de la ICSP reproduce el esquema del RDLeg 2011 de contratos del

concepto de poder adjudicador: la sentencia del TJUE de 16 de octubre de 2003, sobre procedimiento de adjudicación de los contratos de obras públicas con ocasión de una licitación a cargo de la Sociedad Estatal de Infraestructuras y Equipamientos Penitenciarios”, *Revista Andaluza de Administración Pública* núm. 51, 2003, pp. 127-151 y BERNAL BLAY, “Acerca de la transposición de las directivas comunitarias sobre contratación pública. Comentario a la STJUE de 13 de enero de 2005, as. C-84/03 (*Comisión Vs. Reino de España*) y el Real Decreto Ley 5/2005, de 11 de marzo”, *RAP* 168, 2005, pp. 167-185.

sector público, con la novedad de que el apartado 5 hace una referencia expresa a que las Corporaciones de Derecho público, que no forman parte del concepto de sector público de la LCSP aplicarán las previsiones de esta Ley si tienen la condición de poder adjudicador¹¹. Lo que obliga a aplicar, caso por caso, atendiendo a los adtos económicos y concretas características jurídicas del régimen jurídico el test de las tres preguntas referidas: personalidad jurídica, interés general y control público. Advirtiéndose que el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en Sentencia de 12 de septiembre de 2013, Colegio de Médicos de Westfaliz-Lippe, entendió que este Colegio Profesional no tenía la condición de poder adjudicador, por no cumplir el criterio de financiación mayoritaria por parte de los poderes públicos cuando dicho organismo está mayoritariamente financiado por las cuotas abonadas por sus colegiados, ni tampoco el criterio relativo al control de la gestión por parte de los poderes públicos ya que no puede considerarse como tal el hecho de que el importe de las citadas cuotas deba ser aprobado por una autoridad de supervisión¹².

Así, lo excepcional será que una Corporación de Derecho Público, tenga la consideración de poder adjudicador.

En el caso de la Cámara de Comercio e Industria de Zaragoza debe analizarse si concurren los tres requisitos citados, lo que obliga a analizar su régimen jurídico y su sistema de financiación, en tanto el dato de la personalidad jurídica es indiscutible. Y adelantamos que, con la información facilitada, la Cámara de Comercio e Industria de Zaragoza no tiene la condición de poder adjudicador a efectos de la LCSP. Y ello por varios motivos:

a) Los Entes corporativos tienen originariamente el significado que les da la

¹¹ Sobre el ámbito subjetivo en la Ley 9/2017, de Contratos del Sector Público me remito al trabajo de B. NOGUERA DE LA MUELA, “El ámbito subjetivo de aplicación de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de contratos del sector público. Compra conjunta y centrales de COMPRA”, en libro col. dirigido por J.M. Gimeno *Estudio Sistemático de la Ley de Contratos del Sector Público*, Aranzadi, Cizur Menor, 2018, pp. 233-276.

¹² J.M. TRAYTER JIMÉNEZ, “Presente y futuro de los Colegios Profesionales”, en *El impacto de la Directiva de Servicios en las Administraciones Públicas: aspectos generales*, Atelier, 2012, pp. 175 y ss.; A. SALOM PARETS, *Los Colegios Profesionales*, Atelier; 2007 YL. CALVO SÁNCHEZ *A vueltas con la reforma de los servicios y colegios profesionales*, Civitas Thomson, Reuters, Cizur Menor, 2015.

voluntad de sus miembros de agruparse para la defensa de sus intereses peculiares (de los abogados, de los médicos, de los comerciantes...), su sostenimiento económico corre a cargo de aquéllos y se gobiernan bajo la técnica de la autoadministración. Por contra, los Entes institucionales aparecen por voluntad del Ente público que los crea, para el cumplimiento de la finalidad pública que les es asignada, su sostenimiento económico depende de la dotación financiera que se les atribuye y su administración responde al principio organizativo burocrático, como Entes instrumentales al servicio de la voluntad de su fundador. El **Ordenamiento atribuye a los Entes asociativos o sectoriales de base privada personalidad jurídica de Derecho público, lo que hace que se hable de ellos como «Corporaciones de Derecho público», pero tan sólo en el sentido de que no se trata meramente de asociaciones privadas, sino que se les da ese reconocimiento público, que supone su existencia exclusiva. Al conferirles personalidad jurídico-pública, encomienda a esas Corporaciones el desempeño de ciertas facultades y funciones públicas relacionadas con sus miembros o con el sector de actividad en que éstos se mueven. Son estos datos, especialmente el desempeño de funciones administrativas, los que se esgrimen por parte de la doctrina para considerar la existencia de una llamada «Administración corporativa»¹³.**

Resulta necesario destacar que las Corporaciones de Derecho público, a pesar de tratarse de Entidades asociativas de base privada, realizan, en efecto, algunas funciones públicas, determinadas en sus normas creadoras y sólo en los casos de ejercicio de las mismas cabrá considerar que estamos en presencia de una actuación administrativa, mientras que otras facetas de la actividad corporativa tienen un carácter claramente privado, relacionado en exclusiva con la vida de la Corporación y sus miembros.

¹³ La jurisprudencia constitucional utiliza la denominación *Administración corporativa* con referencia a las Cámaras de Comercio (así SSTC 179/1994, de 16 de junio, FJ 5; 107/1996, de 12 de junio, FJ 9, 10.A 10.B, y 201/2006, de 22 de octubre, FJ 3). Y es que, como señala la STC 107/1996, FJ 10.B, las Cámara de Comercio responden a un tipo de personificación jurídico pública en el que, “si bien cabe estimar la presencia de un cierto elemento o base asociativa (ya que sus integrantes no se encuentran sometidos a un régimen de tipo estatutario funcional, ni integrados en relaciones de jerarquía y subordinación, sino en posición de paridad).

Por este motivo, la normativa básica estatal en materia de régimen jurídico de las Administraciones públicas y sobre el procedimiento administrativo común no contempla inmediatamente la actuación de las Corporaciones, sino que, por su especificidad, les excluye del concepto de Administración y de sector público y remite a su propia regulación. Y, en esa lógica, la LCSP no recoge a las Corporaciones de Derecho Público (cuando sí lo están, por ejemplo, órganos constitucionales, y Mutuas de Accidente). **Es decir, el legislador ha decidido que las Cámaras de Comercio no están dentro del ámbito de aplicación de la Ley¹⁴.**

b) Constitucionalmente las Cámaras están consagradas en el artículo 52 de la CE: *“La Ley regulará las organizaciones profesionales que contribuyan a la defensa de los intereses económicos que les sean propios. Su estructura interna y funcionamiento deberán ser democráticos”*.

Las Cámaras representan, promueven y defienden los intereses generales de la industria, el comercio y la navegación y prestan servicios a las empresas, sean personas físicas (autónomos) o jurídicas. Según la Ley 3/1993, de 22 de marzo, Básica de las Cámaras de Comercio (que se sitúa en el contexto del llamado “modelo continental”, vigente en la mayor parte de los países de nuestro entorno - Francia, Alemania, Italia, Luxemburgo, Holanda, Austria, Grecia, etc.-):

“Además del ejercicio de las competencias de carácter público que les atribuye la presente Ley y de las que les puedan encomendar y delegar las Administraciones Públicas, tienen como finalidad la representación, promoción y defensa de los intereses generales del comercio, la industria y la navegación y la prestación de servicios a las empresas que ejerzan las indicadas actividades, sin perjuicio de la libertad sindical y de asociación empresarial y de la actuación de otras organizaciones sociales que legalmente se constituyan” (Art. 1.2).

El Tribunal Constitucional ha confirmado que esta es la finalidad primaria de

¹⁴ Opinión que comparte M. LOPEZ BENITEZ, “Algunas consideraciones a propósito del ámbito subjetivo de la nueva Ley de Contratos del Sector Público de 2017. En particular, el caso de las Corporaciones de Derecho público” , Documentación Administrativa, núm. 4 2017.

las Cámaras. Así, la STC 107/96, afirma que *“Las funciones públicas detalladas en el artículo 2 de la Ley quedan atribuidas a unas Cámaras cuya finalidad primaria es la representación, promoción y defensa de los intereses generales del comercio, la industria y la navegación(FJ 10º:)”*.

En consecuencia, las Cámaras representan, promueven y defienden aquellos intereses que consideran que son los que, a corto, medio o largo plazo, responden a las necesidades de la economía de la demarcación y del conjunto de las empresas, sean autónomos –personas físicas- o personas jurídicas.

De especial interés a los efectos que nos ocupa es la STC 76/1983, de 5 de agosto, (asunto LOAPA) al afirmar se justifica su calificación legislativa *“como Corporaciones de Derecho Público”* por cuanto se trata de *“imponer su constitución obligatoria, atribuirles el carácter de órganos de consulta y colaboración con la Administración del Estado y las Comunidades Autónomas, someterlas a la tutela administrativa de estas últimas y reconocerles la posibilidad de que ostenten competencias administrativas por atribución legal o por delegación de las Administraciones Públicas”*. De ahí que, ***“aunque orientadas primordialmente a la consecución de fines privados, propios de los miembros que las integran, tales Corporaciones participan de la naturaleza de las Administraciones Públicas y, en este sentido,*** la constitución de sus órganos así como su actividad en los limitados aspectos en que realizan funciones administrativas han de entenderse sujetas a las bases que con respecto a dichas Corporaciones dicte el Estado en el ejercicio de las competencias que le reconoce el artículo 149.1.18 de la Constitución”.(negrita nuestra)

La Ley 4/2014, de 1 de abril, Básica de las Cámaras de Comercio, Industria, Servicios y Navegación, introdujo numerosas reformas con el fin prioritario de poner en marcha medidas eficientes de fortalecimiento e impulso del sector empresarial y el objetivo de conseguir la regeneración del tejido económico y la creación de empleo, estableciéndose en dicha norma que las comunidades autónomas deberán adaptar el contenido de su normativa. Y así se hace mediante la Ley 3/2015, de 25 de marzo, de Cámaras Oficiales de Comercio, Industria y Servicios de Aragón. El

artículo 2 de esta Ley indica que las Cámaras Oficiales de Comercio, Industria y Servicios de Aragón son corporaciones de Derecho público con personalidad jurídica propia y plena capacidad de obrar para el cumplimiento de sus fines, que se configuran como órganos consultivos y de colaboración con las Administraciones Públicas de Aragón, sin perjuicio de los intereses privados que persiguen. Añadiendo que *“en sus normas de desarrollo y en los respectivos Reglamentos de Régimen Interior. Les será de aplicación, con carácter supletorio, la legislación referente a la estructura y funcionamiento de las Administraciones Públicas en cuanto sea conforme con su naturaleza y finalidades. La contratación y el régimen patrimonial se regirán conforme al derecho privado y habilitando un procedimiento que garantice las condiciones de publicidad, transparencia y no discriminación”*. **La Ley aragonesa viene a reconocer el carácter de No poder adjudicador de las Camaras de Comercio e Industria.**

Entre las funciones que realizan las Cámaras (art. 5 de la Ley de Aragón), destacamos las siguientes:

a) la **formación** empresarial, y en especial, la colaboración con las administraciones educativas competentes en la gestión de la formación práctica en los centros de trabajo incluida en las enseñanzas de formación profesional reglada. las cámaras ofrecen permanentemente también la formación necesaria para las empresas y para los hombres de empresa, sea cual sea su experiencia previa.

b) la **información y asesoramiento** a todas las empresas, en las varias fases de su actividad y en todo tipo de necesidades. especialmente la información sobre ayudas y subvenciones y concursos públicos es una de las funciones más demandadas.

c) la **internacionalización** de las empresas y el fomento del comercio exterior, a través, esencialmente, del plan cameral de promoción de las exportaciones.

d) la **promoción y fomento** del desarrollo económico de sus demarcaciones, previendo sus necesidades futuras de equipamientos, promoviendo infraestructuras, etc.

e) la **funcion consultiva**, mediante la cual se traslada a las diferentes administraciones los intereses empresariales.

f) Otras formas de **apoyo a las empresas**: a) **creación de empresas**: las cámaras ejercen su misión de asesoramiento general y de apoyo a las empresas en sus diferentes etapas de desarrollo; b) **arbitraje comercial**: las cámaras promueven el arbitraje comercial como método ágil, eficaz y asequible para la resolución de conflictos.

De este conjunto de funciones resulta discutible entender su estricto carácter de interés general. La esencia es fomentar y apoyar la actividad empresarial privada, aunque se le delegan funciones públicas. Y esa parece ser la decisión regulatoria sobre el funcionamiento de las Cámaras de comercio en España y Aragón, que avanzan más hacia una función de cooperación que, en si misma, no puede significar el cumplimiento de actividad de interés general. Es decir, la actividad de la Cámara tiene una faceta privada indiscutible, que convive con la del ejercicio de ciertas funciones públicas.

c) En todo caso, aceptando que pudiera considerarse que existe el requisito del interés general, debe acreditarse el control directo o indirecto por el poder público. Como señala M. LOPEZ BENITEZ, no resulta factible que, con respecto a las Corporaciones de Derecho Público, pueda cumplirse el requisito de que los Poderes Adjudicadores «nombren a más de la mitad de los miembros de su órgano de administración, dirección o vigilancia», puesto que –si así fuese– se habría desnaturalizado el concepto mismo de Corporación al faltar, como decimos, uno de sus caracteres más esenciales.

Tampoco parece asumible –o, al menos, no asumible con carácter general para toda la tipología existente de Corporaciones de Derecho Público– el requisito de que su financiación corra mayoritariamente a cargo de los Poderes Adjudicadores. Desde luego, no sucede así con los dos tipos más importantes de Corporaciones de Derecho Público existentes en nuestro ordenamiento jurídico: los Colegios Profesionales y las Cámaras de Comercio, Industria, Servicios y

Navegación¹⁵. Y en el caso de estas últimas, la supresión del recurso cameral obligatorio –al que se le atribuía naturaleza tributaria– y su sustitución por las cuotas, derramas o aportaciones voluntarias que realicen sus miembros, hace que, con ello, se diluya también la posibilidad de que estos entes corporativos resulten financiados mayoritariamente por uno o varios Poderes Adjudicadores, más allá de lo que signifiquen las transferencias que las Administraciones puedan hacerles como remuneración de las funciones públicas que, en su caso, les atribuyan y que difícilmente ostentarán ese carácter de financiación mayoritaria exigido por la norma.

Pues bien, de los datos financieros aportados por la Cámara de Comercio para la redacción de este Dictamen se constata lo siguiente:

Que existe una financiación privada derivada de las cuotas y una importante partida derivada de convenios administrativos para la realización de las funciones de la Cámara, que no son en si misma subvenciones publicas sino contrapartidas por la realización de ciertas actividades como son: a) Asistencia a cursos y servicios de empleo, b) servicios a empresas comercio e industria, c) servicios a empresas creacion empresas y competitividad, d) servicios a empresas internacionalizacion, e) otros servicios a empresas (informatica y otros), f) documentación exportación certificaciones, etiquetas y listados y g) alquileres salones y aulas.

Estos conceptos no son financiación pública en sentido estricto, sino retribución por determinadas actividades que se les encomiendan y que, como cooperación horizontal, no tienen condición de contrato público. Como advertía la STJUE de 13 de diciembre de 2007, Bayerischer Rundfunk (con anterioridad, la citada STJUE Universidad Cambridge), los ingresos derivados de una relación contractual entre los organismos, donde hay una contraprestación, como sucede en el caso

¹⁵ Como advierte el referido autor, estas corporaciones se financian mayoritariamente con las cuotas o derramas que abonan sus colegiados y con los productos y rentas que obtienen de las actividades y servicios que organizan a favor de sus miembros y de la sociedad. Es verdad que las Administraciones Públicas suelen subvencionarles o retribuirles las funciones públicas que, por atribución legal o delegación, les prestan. Sin embargo, tales transferencias no sólo no suponen el montante de ingresos más relevante de sus presupuestos, sino que, en numerosas ocasiones, los Colegios actúan como simples canalizadores de los pagos debidos a sus colegiados.

sobre que se informa, NO son nunca supuestos de financiación pública.

No existe, pues, una financiación directa de la actividad de la Cámara, ni la retribución por las actividades desempeñadas conducen a la existencia de financiación indirecta (al igual que en una empresa importante que se dedica a prestar servicios a las Administraciones el importe de los contratos públicos adjudicados puede comportar su condición de poder adjudicador).

Por otra parte, la función denominada de “tutela” del artículo 43 de la Ley aragonesa de Cámaras de Comercio e Industria no comparte, en mi opinión, la existencia de una influencia dominante, ni la posibilidad de condicionar decisiones estratégicas (se refiere a un control reglado, de aprobación de cuentas, y no de oportunidad ni de dirección política). De hecho, la Ley estatal refiere esta tutela al control del cumplimiento de las obligaciones presupuestarias y de transparencia en exclusiva, y no a la gestión de los asuntos de las Cámaras.

Por lo que, creemos, **no se cumple el requisito del control efectivo sobre las decisiones del ente (puede nombrar un representante con voz pero sin voto), exigido por el derecho europeo de los contratos públicos para tener la consideración de poder adjudicador, pues no existe influencia dominante sobre las decisiones** (Sentencia de 12 de septiembre de 2013, Colegio de Médicos de Westfaliz-Lippe)¹⁶.

Cuestión distinta es que en los contratos subvencionados de umbral comunitario deban, para ciertos contratos aplicarse las previsiones del artículo 23 de la LCSP 2017. Así será, cuando de forma directa y en más de un 50 por 100 de su importe, por entidades que tengan la consideración de poderes adjudicadores, siempre que pertenezcan a alguna de las categorías siguientes:

a) Contratos de obras que tengan por objeto actividades de ingeniería civil de la sección F, división 45, grupo 45.2 de la Nomenclatura General de Actividades Económicas de las Comunidades Europeas (NACE), o la construcción de hospitales,

¹⁶ Este mismo criterio interpretativo ha sido aplicado en el Informe 21/2011, de 12 de septiembre, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón, en relación a las juntas de compensación

centros deportivos, recreativos o de ocio, edificios escolares o universitarios y edificios de uso administrativo, siempre que su valor estimado sea igual o superior a 5.548.000euros.

b) Contratos de servicios vinculados a un contrato de obras de los definidos en la letra a), cuyo valor estimado sea igual o superior a 221.000 euros.

En resumen, y debe insistirse en ello por las consecuencias jurídicas que comporta, **la Cámara de Comercio e Industria de Zaragoza queda fuera del ámbito de aplicación de la LCSP al no poder tener la consideración de poder público adjudicador** (como de forma expresa se declara, por ejemplo, con las Mutuas). **Tampoco merece, por supuesto, la consideración de sector público.**

En todo caso, por exigencia de la propia Ley Aragonesa (art. 2.2), la contratación y el régimen patrimonial se regirán conforme al derecho privado y habilitando un procedimiento que garantice las condiciones de publicidad, transparencia y no discriminación. Lo que puede hacerse mediante unas Instrucciones de contratación que incorporen cierta transparencia y que deben ser publicadas en la web corporativa.

A la vista de lo expuesto, conforme al requerimiento que se ha formulado, y sin perjuicio de cualquier otra consideración mejor fundada en Derecho, pueden formularse las siguientes:

CONCLUSIONES

PRIMERA: La Cámara de Comercio e Industria de Zaragoza, NO tienen consideración de Sector público ni de poder adjudicador (no concurren los requisitos exigidos por jurisprudencia TJUE referida en este Dictamen) por lo que no deben aplicar la Ley de Contratos de Sector Público.

No obstante, en los contratos en los que la financiación pública de los mismos sea superior al cincuenta por ciento se aplicarán las previsiones del artículo 23 de la LCSP para contratos subvencionados armonizados.

SEGUNDA: Por exigencia de la propia Ley Aragonesa de Cámaras de Comercio e Industria (art. 2.2), la contratación y el régimen patrimonial se regirán conforme al derecho privado y habilitando un procedimiento que garantice las condiciones de publicidad, transparencia y no discriminación. Lo que puede hacerse mediante Unas Instrucciones de contratación que incorporen cierta transparencia y que deben ser publicadas en la web corporativa

Esta es nuestra opinión que, como es costumbre, sometemos a cualquier otra mejor fundada en Derecho. En Zaragoza, a 15 de febrero de 2018

Fdo: José María Gimeno Feliu.

Catedrático de Derecho Administrativo. Universidad de Zaragoza

