

Informe 7/2018, de 22 de junio, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Extremadura.

Asunto: Aplicación de la LCSP 9/17 a los contratos de adquisición, desarrollo, producción o coproducción de programas destinados a servicios de comunicación audiovisual o servicios de comunicación radiofónica.

I. ANTECEDENTES

Con fecha 10 de abril de 2018, registrada el 11 del mismo, el Director General de la Corporación Extremeña de Medio Audiovisuales, plantea a la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Extremadura una consulta en relación con la sujeción o no a la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público (*en adelante LCSP 9/17*), de los contratos que tengan por el objeto adquisición, desarrollo, producción o coproducción de programas destinados a servicios de comunicación audiovisual o servicios de comunicación radiofónica, a la vista de lo estipulado en el artículo 19.2 de la citada Ley, que dispone que no se consideran sujetos a regulación armonizada, entre otros, los contratos indicados. Por lo que requiere un pronunciamiento sobre si este tipo de objetos contractuales han de considerarse excluidos del ámbito de aplicación de dicha norma jurídica.

El Pleno de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa, en sesión celebrada el 22 de junio de 2018, acuerda informar lo siguiente:

II. CONSIDERACIONES JURÍDICAS

1º.- Competencia de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Extremadura y legitimación para solicitarle informe.

De conformidad con el artículo 3.2 del Decreto 16/2016, de 1 de marzo, por el que se regula la organización y funcionamiento de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa, así como del Registro Oficial de Licitadores y del Registro de Contratos de la Comunidad Autónoma de Extremadura, a esta Junta Consultiva de Contratación le corresponde informar sobre las cuestiones que se sometan a su consideración en materia de contratación administrativa.

El artículo 17 del mencionado Decreto 16/2016, recoge los órganos competentes para formular la solicitud de informe, y en concreto en el apartado f) se citan a los Presidentes, Directores o Gerentes de los Entes Públicos u Organismos Autónomos dependientes de la Junta de Extremadura. La solicitud de informe a esta Junta Consultiva viene firmada por el Director General de la Corporación Extremeña de Medios Audiovisuales. Esta Entidad se regula en la Ley 3/2008, de 16 de junio, que vino a sustituir a la Ley 4/2000, de 16 de noviembre, de Creación de la Empresa Pública “Corporación Extremeña de Medios Audiovisuales, en cuyo artículo 4, dentro de la Sección 1ª Naturaleza y Régimen Jurídico, dispone:

“1. La Empresa Pública “Corporación Extremeña de Medios Audiovisuales” es una entidad de Derecho Público, a través de la cual se ejercen las funciones atribuidas a la Comunidad Autónoma de Extremadura en el ámbito de la gestión de los servicios públicos de radiodifusión y televisión.

2. La Empresa Pública “Corporación Extremeña de Medios Audiovisuales” goza de personalidad jurídica propia, de plena capacidad jurídica y de obrar para el cumplimiento de sus fines, y de patrimonio propio.

3. La Empresa Pública “Corporación Extremeña de Medios Audiovisuales” queda

formalmente adscrita a la Administración de la Comunidad Autónoma de Extremadura mediante el departamento competente en materia de comunicación audiovisual...”

Asimismo, el Reglamento de Organización y Funcionamiento de la Empresa Pública “Corporación Extremeña de Medios Audiovisuales”, se aprobó por Decreto 164/2004, de 9 de noviembre, en su artículo 1, relativo a la naturaleza, establece:

“1. La Empresa Pública “Corporación Extremeña de Medios Audiovisuales” es una Entidad de Derecho Público de naturaleza institucional, dotada de personalidad jurídica, patrimonio propio y plena capacidad, creada para la gestión pública de los servicios de radiodifusión y televisión de competencia de la Comunidad Autónoma de Extremadura, servicios que asume, estando sometida al control parlamentario, jurídico y económico previstos en su Ley reguladora.

2. La Empresa Pública “Corporación Extremeña de Medios Audiovisuales” se rige por las disposiciones de la Ley 4/2000, de 16 de noviembre, sus disposiciones complementarias y normas de Derecho Público que les resulten aplicables y al presente Reglamento, rigiéndose en sus relaciones jurídicas externas, en las adquisiciones patrimoniales y en la contratación, sin excepción, por las normas del Derecho Privado.

3. La Empresa Pública “Corporación Extremeña de Medios Audiovisuales” se equipara a las Entidades previstas en el artículo 7.b) de la Ley 3/1985, de 19 de abril, General de la Hacienda Pública de la Comunidad Autónoma de Extremadura, siéndole de aplicación el régimen específico de las mismas en todo lo no previsto expresamente en su normativa propia y sea compatible con su naturaleza y fines...”

El artículo 3.2 b) de la Ley 5/2007, de 19 de abril, General de Hacienda Pública de Extremadura, establece como integrantes del sector público autonómico empresarial a las entidades públicas empresariales.

En base a los preceptos expuestos, el solicitante ostenta legitimación para formular solicitud de informe a esta Junta Consultiva,; dado que la solicitud ha sido formulada

por el Director General de un Ente Público dependiente de la Junta de Extremadura, conforme a lo dispuesto en el citado artículo 17.1 f) del Decreto 16/2016.

No obstante, en la solicitud se indica que la gestión mercantil se efectúa a través de la Sociedad Pública de Radiodifusión y Televisión Extremeña, S.A.U..

El artículo 3.2 c) de la Ley 5/2007, de 19 de abril, General de Hacienda Pública de Extremadura, permite clasificar a la Sociedad Pública de Radiodifusión y Televisión Extremeña, S.A.U., como integrante del sector público autonómico empresarial dada su naturaleza de sociedad mercantil autonómica.

Así pues, tanto una entidad como otra serían Entes Públicos dependientes de la Junta de Extremadura, por tanto, habilitadas, a través de su Director General, para la solicitud de informe a esta Junta Consultiva.

2º.- Consideración de la Sociedad Pública de Radiodifusión y Televisión Extremeña, S.A.U. y de la Corporación Extremeña de Medio Audiovisuales, en la nueva LCSP 9/17.

El artículo 3 de la LCSP 9/17, establece el ámbito subjetivo de la aplicación de la norma incluyendo en el mismo a las citadas entidades (apartado 1. g) y h)). Estableciendo en el apartado 3 d) del citado artículo su carácter de poder adjudicador no Administración Pública.

El Preámbulo IV de la LCSP 9/17 establece que *“En el Libro III se recoge la regulación de los contratos de poderes adjudicadores no Administración Pública, en donde la principal novedad es la supresión de las instrucciones de contratación, así como del resto de entes del sector público que no tengan el carácter de poderes adjudicadores, estableciéndose claramente la regulación que les resulta aplicable. En efecto, como se ha dicho antes, se suprimen para los contratos no sujetos a regulación armonizada las instrucciones en el caso de los poderes adjudicadores no Administraciones Públicas, debiendo adjudicar estos contratos por los mismos*

procedimientos establecidos para dichas Administraciones Públicas, si bien se les permite utilizar de forma indistinta cualesquiera de ellos, a excepción del negociado sin publicidad, que solo se podrá hacer uso de él, en los mismos supuestos que las citadas Administraciones...”

El Libro Tercero de la LCSP 9/17 establece el régimen “*De los contratos de otros entes del sector público*”, dedica el Título I a los “*Contratos de los poderes adjudicadores que no tengan la condición de Administraciones Públicas*” y la Disposición transitoria quinta de la Ley establece que dichos entes deberán adaptar sus instrucciones internas de contratación a lo establecido en los artículos 318 y 321 en el plazo máximo de cuatro meses desde la entrada en vigor de la presente Ley y que hasta entonces, seguirán contratando de conformidad con sus instrucciones vigentes, siempre que no contradigan lo establecido en los citados artículos.

Según la interpretación de la Abogacía del Estado y de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado del artículo 318 y del Preámbulo de la LCSP 9/17 resulta con claridad que lo que se reconoce a los poderes adjudicadores que no tengan la condición de Administración Pública, para los contratos que celebren con un valor estimado superior al de los contratos menores e inferior al de los contratos sujetos a regulación armonizada, es la opción de elegir entre “los mismos” procedimientos de contratación aplicables a las Administraciones Públicas (a excepción del procedimiento negociado sin publicidad, que sólo será aplicable en los supuestos previstos en el artículo 168 de la LCSP 9/17). Ello implica una remisión in totum a la regulación aplicable a cada uno de dichos procedimientos, algunos de los cuales (procedimiento abierto, restringido, diálogo competitivo, asociación para la innovación), serán, en principio, intercambiables o susceptibles de aplicación indistinta a elección del órgano de contratación, mientras que otros (el procedimiento negociado, el procedimiento abierto simplificado del artículo 159, y el procedimiento abierto más simplificado del apartado 6 del citado artículo 159), habrán de entenderse aplicables siempre y cuando lo permita el valor estimado del contrato en cuestión (que ha de ser igual o inferior a 2.000.000 de euros en el caso de contratos de obras, y a 100.000 euros en el caso de contratos de suministro y de servicio, en

el procedimiento abierto simplificado del artículo 159.1, e inferior a 80.000 euros, en el caso de obras, y a 35.000 euros, en suministros y servicios, para el procedimiento abierto más simplificado del artículo 159.6 de la LCSP 9/17), así como su caracterización y objeto.

De los artículos 317 y 318 de la LCSP 9/17 se desprende la voluntad del legislador de aproximar al máximo la contratación de los poderes adjudicadores que no sean Administraciones Públicas al régimen de contratación propio de éstas, lo que se manifiesta en:

1.- La aplicación en bloque de las normas de la LCSP 9/17 (secciones 1ª y 2ª del Capítulo I del Título I del Libro II) a la adjudicación de sus contratos armonizados, con desaparición de las excepciones y matizaciones que recoge el artículo 190 del todavía vigente TRLCSP;

2.- La supresión de las Instrucciones Internas de contratación para los contratos de estas entidades de valor estimado inferior a los umbrales que definen los contratos sujetos a regulación armonizada, "estableciéndose claramente la regulación que les resulta aplicable" en el artículo 318.b de la LCSP 9/17, lo que se concreta en que "deben adjudicar estos contratos por los mismos procedimientos establecidos para dichas Administraciones Públicas, si bien se les permite utilizar de forma indistinta cualesquiera de ellos, a excepción del negociado sin publicidad, que sólo podrá hacerse uso de él, en los mismos supuestos que las citadas Administraciones".

3.- La admisión expresa de la posibilidad de adjudicar los contratos de obras, concesiones de obras y servicios de valor estimado inferior a 40.000 euros y los de servicios y suministros de valor estimado inferior a 15.000 euros, como contratos menores.

No parece que sea el designio del legislador que contratos de los poderes adjudicadores de un valor estimado muy próximo al de los contratos sujetos a regulación armonizada terminen, a la postre, adjudicándose por un procedimiento (el

del artículo 159.6 de la LCSP 9/17) legalmente concebido para ser tramitado con extrema agilidad por razón, precisamente, del reducido valor estimado de los contratos que pueden acogerse a él, ni que se termine generalizando la aplicación de reglas especiales (eximir a los licitadores de la acreditación de la solvencia económica y financiera, técnica o profesional, no exigencia de garantía definitiva...), que sólo se han previsto y admitido el legislador en atención a la escasa cuantía del contrato”.

Por ello, en relación a los contratos menores (que es un procedimiento simplificado de contratación), a la vista del tenor del artículo 318 LCSP 9/17, los PANAPS deben estar a las mismas exigencia generales. Conforme a lo que hemos venido explicando, puede afirmarse que los contratos a los que se refiere el artículo 318.a) de la LCSP 9/17 son conceptualmente coincidentes con los contratos menores, no se advierte razón legal que excluya la aplicación a estos contratos del artículo 318.a) de los requisitos que, con carácter general, establece para los contratos menores el artículo 118 de la LCSP 9/17.

Y así lo argumenta el referido Informe 2/2018, de la Abogacía del Estado que recuerda que “El artículo 318.a) no emplea, nominatim, el término "contratos menores", y tampoco contiene una remisión expresa a los artículos 118 y 131.3, que son los que contienen la regulación general de dichos contratos menores. Sin embargo, se aprecia fundamento jurídico para concluir que la concreta mención del artículo 318.a) a los contratos de valor estimado inferior a 40.000, en el caso de contratos de obras, concesiones de obras y concesiones de servicios, y a 15.000 euros, en caso de contratos de servicios y de suministros (importes plenamente coincidentes con los previstos para los contratos menores en el artículo 118.1 de la LCSP), unida a la previsión de que los mismos "podrán adjudicarse directamente a cualquier empresario con capacidad de obrar y que cuente con la habilitación profesional necesaria para realizar la prestación objeto del contrato" (expresión idéntica a la empleada por el legislador en el artículo 131.3 de la LCSP para aludir a los contratos menores), no es una mera casualidad o coincidencia, sino una decisión deliberada del legislador, que está configurando un supuesto conceptualmente

coincidente con los contratos menores”. Y, por ello, concluye que: “El artículo 118 de la LCSP contiene, en aras de la seguridad jurídica, las reglas aplicables a la tramitación del expediente de contratación en los contratos menores, e incorpora ciertas cautelas tendentes a evitar su uso abusivo y fraudulento, previsiones, todas ellas, que parece lógico considerar aplicables a los contratos menores que celebren los poderes adjudicadores que no tengan la condición de Administraciones Públicas, habida cuenta de que el objetivo de la Ley es, como declara su Preámbulo, "diseñar un sistema de contratación pública más eficiente, transparente e íntegro", "persiguiéndose en todo momento la eficiencia en el gasto público y el respeto a los principios de igualdad de trato, no discriminación, transparencia, proporcionalidad e integridad”.

No obstante, esta consideración no es consustancial para delimitar la aplicación o no de la LCSP 9/17 a los contratos de adquisición, desarrollo, producción o coproducción de servicios audiovisuales o radiofónicos. Para ello, debe analizarse este tipo de contratos.

3º.- Aplicación de la LCSP 9/17, a los contratos que tengan por el objeto adquisición, desarrollo, producción o coproducción de programas destinados a servicios de comunicación audiovisual o servicios de comunicación radiofónica efectuados por poder adjudicador no administración pública.

Para analizar el supuesto que ha sido planteado respecto a la sujeción de los tipos de objetos contractuales indicados a los preceptos de la LCSP 9/17, dada la interpretación doctrinal que se hacía del Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (en adelante TRLCSP), hay que considerar la regulación actual tanto en la normativa nacional como en la Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014.

En primer lugar, como se cita en el escrito de solicitud, el artículo 19.2 a) de la LCSP

9/17 dispone:

“2. No obstante lo señalado en el apartado anterior, no se consideran sujetos a regulación armonizada, cualquiera que sea su valor estimado, los contratos siguientes:

a) Los que tengan por objeto la adquisición, el desarrollo, la producción o la coproducción de programas destinados a servicios de comunicación audiovisual o servicios de comunicación radiofónica, que sean adjudicados por proveedores del servicio de comunicación audiovisual o radiofónica, o los relativos al tiempo de radiodifusión o al suministro de programas que sean adjudicados a proveedores del servicio de comunicación audiovisual o radiofónica. A efectos de la presente letra, por «servicio de comunicación audiovisual» y «proveedor del servicio de comunicación» se entenderá, respectivamente, lo mismo que en el artículo 1, apartado 1, letras a) y d), de la Directiva 2010/13/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 10 de marzo de 2010, sobre la coordinación de determinadas disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros relativas a la prestación de servicios de comunicación audiovisual. Por «programa» se entenderá lo mismo que en el artículo 1, apartado 1, letra b), de dicha Directiva, si bien se incluirán también los programas radiofónicos y los contenidos de los programas radiofónicos. Además, a efectos de la presente disposición, «contenidos del programa» tendrá el mismo significado que «programa».”

En la citada Directiva 2014/24/UE, en el considerando vigésimo tercero, se recoge:

“(23) En la adjudicación de contratos públicos para determinados servicios de medios audiovisuales y radiofónicos por proveedores de medios de comunicación deben poder tenerse en cuenta aquellas consideraciones de relevancia cultural y social debido a las cuales no resulta adecuada la aplicación de las normas de adjudicación de contratos. Por ello, conviene establecer una excepción para los contratos públicos de servicios, adjudicados por los propios proveedores de servicios de medios de comunicación, destinados a la compra, el desarrollo, la producción o la coproducción de programas listos para su uso y de otros servicios

preparatorios, como los relativos a los guiones o a las actuaciones artísticas necesarios para la realización del programa. Debe precisarse que dicha excepción se ha de aplicar tanto a los servicios de medios de difusión como a los servicios de comunicación a la carta (servicios no lineales). Sin embargo, esta exclusión no debe aplicarse al suministro del material técnico necesario para la producción, coproducción y radiodifusión de esos programas.”

Y el artículo 10 de la misma Directiva, al regular las exclusiones específicas relativas a los contratos de servicios, dispone:

“La presente Directiva no se aplicará a aquellos contratos públicos de servicios para:

...

b) la adquisición, el desarrollo, la producción o la coproducción de programas destinados a servicios de comunicación audiovisual o servicios de comunicación radiofónica, que sean adjudicados por proveedores del servicio de comunicación audiovisual o radiofónica, ni a los contratos relativos al tiempo de radiodifusión o al suministro de programas que sean adjudicados a proveedores del servicio de comunicación audiovisual o radiofónica. A efectos de la presente letra, por «servicio de comunicación audiovisual» y «proveedor del servicio de comunicación» se entenderá, respectivamente, lo mismo que en el artículo 1, apartado 1, letras a) y d), de la Directiva 2010/13/UE del Parlamento Europeo y del Consejo. Por «programa» se entenderá lo mismo que en el art. 1, apartado 1, letra b), de dicha Directiva, si bien se incluirán también los programas radiofónicos y los contenidos de los programas radiofónicos. Además, a efectos de la presente disposición, «contenidos del programa» tendrá el mismo significado que «programa»; ...”

En el mismo sentido se establecía esta exclusión en el artículo 16.b de la Directiva 2004/18/CE, de 31 de marzo sobre Coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, que fue derogada por la Directiva 2014/24/UE. Tal exclusión se fundamenta en el considerando undécimo de dicha Directiva ya derogada, en los siguientes términos:

“(11) Considerando que la adjudicación de los contratos de determinados servicios audiovisuales en el sector de la radiodifusión se rige por consideraciones que no aconsejan aplicar a esos contratos normas de adjudicación.”

Y aclarado aún más el motivo de exclusión en el vigésimo quinto considerando de la referida Directiva 2004/18:

“(25) En la adjudicación de contratos públicos para determinados servicios audiovisuales en el ámbito de la radiodifusión deben poder tenerse en cuenta consideraciones de importancia cultural y social, debido a las cuales no resulta adecuada la aplicación de las normas de adjudicación de contratos. Por esto, conviene establecer una excepción para los contratos públicos de servicios destinados a la compra, el desarrollo, la producción o la coproducción de programas listos para su uso y de otros servicios preparatorios, como los relativos a los guiones o a las actuaciones artísticas necesarios para la realización del programa, así como los contratos que se refieren al tiempo de radiodifusión. Sin embargo, esta exclusión no debe aplicarse al suministro del material técnico necesario para la producción, coproducción y radiodifusión de esos programas. Se debe entender por radiodifusión la transmisión o difusión por cualquier red electrónica.”

En cuanto al efecto directo de estos preceptos de la Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014, hay que citar la Resolución de 16 de marzo de 2016, de la Dirección General del Patrimonio del Estado, por la que se publica la Recomendación de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa, sobre el efecto directo de las nuevas Directivas comunitarias en materia de contratación pública. Esta Recomendación cuando se refiere al efecto directo de las directivas comunitarias una vez expirado el plazo de transposición de las mismas, cita los requisitos establecidos por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, que son: que la disposición sea lo suficientemente clara y precisa, y que la disposición establezca una obligación que no esté sujeta a ninguna excepción ni condición.

Sin perjuicio de esto, la citada Recomendación, recuerda que en todo caso, a partir del 18 de abril de 2016, deberá realizarse la interpretación del derecho nacional vigente de conformidad con las Directivas citadas.

Aunque bajo la vigencia del TRLCSP se emitieron informes por órganos consultivos, como bien se apunta en el propio escrito de solicitud, destacando el Informe 4/2012, de 31 de enero de 2013, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de las Islas Baleares, que concluye excluyendo del ámbito de aplicación del TRLCSP a los contratos para la compra, el desarrollo, la producción o la coproducción de programas destinados a la radiodifusión, para su difusión por parte de los organismos de radiodifusión, y los contratos relativos al tiempo de radiodifusión, hay que indicar que la LCSP 9/17 no difiere del régimen anterior; ya que mantiene su exclusión. Por tanto, si bien se citan en el artículo 19.2 a) de la LCSP 9/17 los contratos relativos a la producción de programas de comunicación audiovisual o radiofónica como no sujetos a regulación armonizada, la Directiva excluye estos contratos de servicios de su ámbito de aplicación.

No obstante debe tenerse en cuenta que estos contratos son susceptibles de incluir prestaciones propias de los contratos típicos sujetos a la LCSP 9/17, las cuales deberán ser objeto de contratación independiente, con arreglo a la LCSP 9/17, en los siguientes casos:

- cuando el valor estimado de las prestaciones propias de los contratos típicos sea superior al cincuenta por ciento del importe total del negocio.

- cuando esas prestaciones “típicas” no mantengan con la prestación característica del contrato patrimonial relaciones de vinculación y complementariedad que permitan considerarlas como una unidad funcional dirigida a satisfacer una necesidad o a conseguir una finalidad institucional propia del organismo o la entidad contratante.

III. CONCLUSIÓN

Por todo lo anteriormente expuesto, considerando el efecto directo de la Directiva 2014/24/UE, y el derecho nacional vigente, se considera que los contratos que tengan por objeto la adquisición, desarrollo, producción o coproducción de programas destinados a servicios de comunicación audiovisual o servicios de comunicación radiofónica quedan fuera del ámbito de aplicación de la LCSP 9/17, dado que el simple hecho de que el artículo 19.2 a) de la LCSP 9/17 considere a este tipo de contratos como no sujetos a regulación armonizada, no supone que sí estén sujetos a las disposiciones de la LCSP 9/17, ya que expresamente no se recoge así, sino su exclusión por la citada Directiva 2014/24/UE, no habiéndose producido ningún cambio sustancial en esta cuestión respecto a la regulación que existía en el TRLCSP.

Sin embargo, en el caso de que estos contratos de servicios audiovisuales incluyan prestaciones propias de los contratos típico sujetos a la LCSP 9/17, cuyo valor estimado sea superior al cincuenta por ciento del importe total del negocio, o bien prestaciones que no mantengan con la prestación característica del contrato patrimonial relaciones de vinculación y complementariedad que permitan considerarlas como una unidad funcional, estas prestaciones deberán contratarse independientemente de conformidad con los preceptos de la LCSP 9/17 y en los casos de que se traten de prestaciones no separables se aplicaría el régimen, del artículo 18.2 de la LCSP 9/17, de la prestación principal.