

INFORME 1/2025 DE 29 DE ENERO, DE LA JUNTA CONSULTIVA DE CONTRATACIÓN PÚBLICA DE CANARIAS SOBRE EL ÁMBITO DE APLICACIÓN SUBJETIVO DE LA LCSP, ASÍ COMO LA DETERMINACIÓN DE LA CONDICIÓN O NO DE PODER ADJUDICADOR DE LA ENTIDAD MERCADOS CENTRALES DE ABASTECIMIENTO DE TENERIFE, S.A. (MERCATENERIFE).

1. Por la Presidencia del Excmo. Cabildo Insular de Tenerife, se formula consulta a esta Junta Consultiva de Contratación Pública, en los siguientes términos:

“La Intervención General del Cabildo Insular de Tenerife se encuentra realizando las actuaciones contenidas en el Plan Anual de Control Financiero 2023 de la Corporación, entre las cuales se encuentra la relativa a la “Auditoría de cumplimiento dirigida a comprobar que aquellas entidades que componen el sector público insular que se han catalogado a sí mismas como entidades del sector público que no reúnen el carácter de poder adjudicador se ajustan a los requisitos establecidos en la LCSP para recibir dicha consideración, así como de la aprobación y adecuación a derecho de las instrucciones internas de contratación de las mismas”.

En este sentido, la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014 (LCSP) distingue 3 categorías de entidades que se encuentran sujetas, de mayor a menor medida a las prescripciones de la Ley, diferenciándose en los siguientes grupos:

- 1.- Poderes adjudicadores que tienen el carácter de Administración Pública.*
- 2.- Poderes adjudicadores que no tienen el carácter de Administración Pública.*
- 3.- Entidades del sector público que no tienen el carácter de poderes adjudicadores.*

Asimismo, el artículo 321 de la LCSP establece que las entidades del sector público que no reúnan el carácter de poder adjudicador deberán aprobar unas instrucciones en las que regulen los procedimientos de contratación de forma que quede garantizada la efectividad de los principios de publicidad, concurrencia, transparencia, confidencialidad, igualdad y no discriminación, las cuales deben ser informadas por el órgano al que le corresponde su asesoramiento jurídico.

Es por lo anterior que se requirió a las entidades del Sector Público Insular de la Corporación información respecto de la clasificación como “poder adjudicador”.

En concreto y para la entidad Mercados Centrales de Abastecimiento de Tenerife, S.A. (MERCATENERIFE) la misma responde que tiene la condición de poder adjudicador no Administración Pública indicando que así ha sido determinado por Sentencia, la cual de manera resumida se traslada en el siguiente escrito:

Para la entidad Mercados Centrales de Abastecimiento de Tenerife, S.A. (MERCATENERIFE), contra la que se interpone recurso nº 138-2019-SERV- MERCATENERIFE TF con resolución nº 048/2017, de 11 de abril del Tribunal Administrativo de Contratos Público de la Comunidad Autónoma de Canarias. En la misma se dictamina que:

“[...//...]”

3º) El concepto de «necesidades de interés general» debe ser interpretado en un sentido amplio para



que se cumpla la finalidad de las Directivas, que no es otro que el de asegurar que las compras públicas se guíen exclusivamente por criterios económicos no discriminatorios y eliminar las trabas a las libertades comunitarias (Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (STJ) de 27/2/2003, asunto C-373/00 y STJ de 22/5/2003, asunto C-18/01). Este requisito puede darse por implícito en el mismo concepto de Administración Pública (artículo 103.1 de la Constitución), así como en las sociedades mercantiles en las que éstas participan mayoritariamente de modo permanente, pues no se comprendería que dicha participación persiguiera un interés distinto del interés general. Por otro lado, la jurisprudencia europea ya ha expresado que una actividad como la que constituye el objeto social de MERCATENERIFE puede considerarse de interés general porque procura mejorar el intercambio de bienes y servicios entre empresas, que ven así facilitada la realización de sus negocios, contribuyendo a la generación de riqueza (STJ de 22/5/2003, asunto C18/01 y STJ de 10/5/2001, asunto C-223/99).

[...//...]

Asimismo, en una actividad en la que no existe competencia resulta difícil justificar su carácter industrial o mercantil (como ha señalado la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón en su Informe 7/2015, de 12 de mayo, respecto a la Feria de Zaragoza).

Pero aunque así fuera, la vis atractiva de la nota de interés general, que resulta indiscutible, determina que MERCATENERIFE es poder adjudicador no Administración Pública y debe respetar las reglas que establece el TRLCSP para la adjudicación de los contratos por las entidades que ostentan dicha condición. En este sentido, a MERCATENERIFE le es de aplicación lo dispuesto en el artículo 190 TRLCSP para los contratos de importes armonizados (y no las previsiones del artículo 192 TRLCSP para entidades que no tienen el carácter de poder adjudicador).

En consecuencia, MERCATENERIFE tiene la condición de poder adjudicador no Administración Pública (artículo 3.3 b) TRLCSP) y, por ello, sus contratos pueden ser objeto de control mediante recurso especial ante este Tribunal Administrativo.

[...//...]”

A lo anterior cabe añadir la sentencia con Resolución: Sentencia 000094/2018, por la que se impugnó la anterior y a cuyo tenor viene a reiterarse en la consideración de la entidad Mercados Centrales de Abastecimiento de Tenerife, S.A. (MERCATENERIFE) como poder adjudicador no administración pública.

Sin embargo, esta Intervención General del Cabildo Insular de Tenerife, señala que debe aludirse a lo señalado anteriormente por el TJUE, la cual se pronuncia en distintos términos a los señalados en las sentencias anteriores. El señalado Tribunal afirma reiteradamente en diversas Sentencias (STJUE de 15 de enero de 1998, asunto C-44/96, de 1 de febrero de 2001, asunto C-237/99 y de 22 de mayo de 2003, asunto C-18/01) los requisitos necesarios que las entidades deben reunir para ser consideradas como poder adjudicador (y a sensu contrario como no poder adjudicador).

Criterios que tienen carácter acumulativo y que deben cumplirse conjuntamente:



1.- *Que se haya creado específicamente para satisfacer necesidades de interés general que no tengan carácter industrial o mercantil; a tal efecto, un organismo que opera en condiciones comerciales normales, tiene por objeto obtener un beneficio y soporta las pérdidas asociadas al ejercicio de su actividad, no tiene la finalidad de satisfacer necesidades de interés general que no tengan carácter industrial o mercantil. Es decir, que sin riesgo empresarial en la gestión se cumplirá siempre este requisito (interpretación fijada por la STJUE de 16 de octubre de 2003, en relación a la empresa pública española SIEPSA (...))*

2.- *Que esté dotado de personalidad jurídica propia. Resultando, indiferente, el que sea pública o privada, como ha determinado el TJUE (así se expresa de forma clara en la STJUE de 15 de mayo de 2003, en la que se condena al Reino de España).*

3.- *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 dichos 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.*

Para la Unión Europea tener carácter mercantil supone que la entidad asuma sus propias pérdidas (no recibir transferencias para cubrir pérdidas de la entidad matriz o del resto de entidades que la integran) o reparta beneficios, con lo que asume el riesgo inherente a su actividad.

Ante esta controversia, esta Intervención General entiende que la entidad Mercados Centrales de Abastecimiento de Tenerife, S.A. (MERCATENERIFE), no es poder adjudicador.

Es por todo lo anterior y dado que existen las sentencias anteriormente mencionadas respecto a la clasificación de la entidad Mercados Centrales de Abastecimiento de Tenerife, S.A. (MERCATENERIFE) como poder adjudicador, y que, como se acaba de indicar, esta Intervención tiene un criterio totalmente contrario al manifestado por la entidad, que se formula consulta para determinar cuál es la clasificación de esta entidad: entidad del Sector Público poder adjudicador o no poder adjudicador, así como la aplicación de la LCSP y su fundamento.

Entendiendo esta Intervención General del Cabildo Insular de Tenerife que el criterio empleado para clasificar a MERCATENERIFE será el que deba aplicarse al resto de entidades de su sector público, salvo que se indique lo contrario.”

2. En virtud del Decreto 107/2024, de 31 de julio, por el que se aprueba el Reglamento Orgánico de la Consejería de Hacienda y Relaciones con la Unión Europea, la Junta Consultiva de Contratación Pública de Canarias es el órgano colegiado consultivo en materia de contratación pública de las entidades que integran el sector público autonómico, así como de las entidades locales incluidas en su ámbito territorial.

En este sentido, el art. 53.1 del referido Decreto establece que corresponde a la Junta Consultiva informar sobre todas las cuestiones relacionadas con la contratación pública que le sometan a su consideración los órganos de contratación de la Administración de la Comunidad Autónoma, sus Organismos Autónomos y demás Entes sujetos al Derecho público, así como las solicitadas por la representación de los operadores económicos y por las entidades locales territoriales de la Comunidad



Autónoma de Canarias.

Visto el escrito remitido, la consulta formulada por el Excmo. Cabildo Insular se concreta en lo siguiente: *“determinar cuál es la clasificación de esta entidad (MERCATENERIFE, S.A.): entidad del Sector Público poder adjudicador o no poder adjudicador, así como la aplicación de la LCSP y su fundamento.*

Entendiendo esta Intervención General del Cabildo Insular de Tenerife que el criterio empleado para clasificar a MERCATENERIFE será el que deba aplicarse al resto de entidades de su sector público, salvo que se indique lo contrario.”

El Excmo. Cabildo Insular se refiere a un supuesto de un concreto expediente administrativo, que ha sido, además, objeto de pronunciamiento por el Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de la Comunidad Autónoma de Canarias, en Resolución nº 048/2017, de 11 de abril, y por la Sala de lo Contencioso del Tribunal Superior de Justicia de Canarias, en sentencia nº94/2018.

En este punto, refiere expresamente el segundo párrafo del art. 53.1 del Decreto 107/2024, de 31 de julio, regulador de esta Junta Consultiva que: *“No podrán emitirse informes sobre cuestiones particulares de expedientes concretos y cuya emisión corresponda a otras unidades que tengan atribuido el asesoramiento legal preceptivo de la Administración o entidad solicitante.”*

Siendo esto así, esta Junta Consultiva, dado que no tiene competencias para ello, no se pronunciará respecto de la concreta cuestión formulada por el Excmo. Cabildo Insular.

3. No obstante lo anterior, de la lectura de la consulta remitida sí puede apreciarse una cuestión de interés general que puede ser objeto de análisis por esta Junta Consultiva, en relación con la calificación de determinadas entidades del sector público como poderes adjudicadores o no.

En este sentido, en la solicitud de informe el Excmo. Cabildo Insular afirma, respecto de la doctrina comunitaria sobre el objeto de la consulta, lo siguiente:

“Para la Unión Europea tener carácter mercantil supone que la entidad asuma sus propias pérdidas (no recibir transferencias para cubrir pérdidas de la entidad matriz o del resto de entidades que la integran) o reparta beneficios, con lo que asume el riesgo inherente a su actividad.”

Se refiere el Excmo. Cabildo Insular a la interpretación que debe darse al segundo de los requisitos establecidos en el apartado d) del art. 3.3 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público (LCSP), para la calificación de una entidad como poder adjudicador:

“d) Todas las demás entidades con personalidad jurídica propia distintas de las expresadas en las letras anteriores que hayan sido creadas específicamente para satisfacer necesidades de interés general que no tengan carácter industrial o mercantil, siempre que uno o varios sujetos que deban considerarse poder adjudicador de acuerdo con los criterios de este apartado 3, bien financien mayoritariamente su actividad; bien controlen su gestión; o bien nombren a más de la mitad de los miembros de su órgano de administración, dirección o vigilancia.”

En este sentido, esta Junta Consultiva se reitera en los razonamientos interpretativos expuestos al respecto en la Resolución nº048/2017, de 11 de abril, del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de la Comunidad Autónoma de Canarias, extraídos de la jurisprudencia comunitaria y que se



dan por reproducidos, por cuanto no confluyen circunstancias nuevas que hagan a esta Junta discrepar de la interpretación razonada en dicha Resolución.

Al respecto, conforme a la jurisprudencia comunitaria reiteradamente aludida en la Resolución, la exposición al mercado de una entidad del sector público, asumiendo el riesgo inherente de la actividad que desarrolla, puede ser un indicio, pero no el único, para concluir si estamos o no ante un poder adjudicador.

Entre las muchas sentencias del Tribunal de Justicia citadas en la Resolución del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos mencionada anteriormente, baste destacar la de 16 de octubre de 2003, en el asunto C-283/00, que sintetiza de forma clara los criterios interpretativos aplicables.

En dicha Sentencia, refiere (apartado 73) que dados los objetivos de las Directivas de contratación pública de apertura a la competencia y de transparencia, el concepto de poder adjudicador debe tener una interpretación *“tanto funcional como amplia”*. Es decir, ha de estarse a preservar el efecto útil del derecho europeo

Asimismo, respecto de los entes o entidades a analizar (apartado 77) no cabe hacer calificaciones de carácter general atendiendo a su forma jurídica o a su inclusión o no en determinadas categorías, sino que *“...procede comprobar, en cada caso, la situación jurídica y fáctica del mismo con el fin de analizar si satisface o no una necesidad de interés general”*. Además, (apartado 81) *“...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.”*

Finalmente, (apartado 91) resulta indiferente si existen o no mecanismos oficiales de compensación de posibles pérdidas, si resulta verosímil que, dadas las necesidades de interés general que se satisfacen con la entidad, la entidad o entidades que la tutelan tomarán todas las medidas posibles para evitar una posible quiebra de la misma.

En definitiva, el análisis debe ser funcional que no meramente formal o nominal; la interpretación debe ser siempre amplia, puesto que es una finalidad de las directivas comunitarias que queden bajo su ámbito de aplicación todas aquellas prestaciones de bienes y servicios en que la Administración se reserva una influencia determinante; y, finalmente, dicho análisis ha de considerar todas las circunstancias que concurren en el desarrollo de la actividad encomendada a la entidad objeto de estudio.

CONCLUSIÓN

La Junta Consultiva de Contratación Pública de Canarias carece de competencias para pronunciarse sobre la concreta consulta que realiza el Cabildo Insular de Tenerife.



La interpretación que debe hacerse del concepto de poder adjudicador establecido en el art. 3.3 LCSP debe ser funcional y amplia, atendiendo a las circunstancias concretas de la entidad analizada y a todos los elementos jurídicos y fácticos concurrentes en la misma.