

Informe 45/95, de 21 de diciembre de 1995. "Cuestiones relativas a la aplicación al Instituto Cervantes de la Ley 13/1995, de 18 de mayo, de Contratos de las Administraciones Públicas".

8.11. Otros informes. Ambito subjetivo.

ANTECEDENTES

1. Por el Director del Instituto Cervantes, Entidad de Derecho público adscrita al Ministerio de Asuntos Exteriores, creada por Ley 7/1991, de 21 de marzo, se dirige escrito a esta Junta Consultiva de Contratación Administrativa solicitando informe en relación con la consulta elaborada por la Dirección de Administración del propio Instituto con el fin de aclarar -se dice- determinadas cuestiones relativas a la aplicación al Instituto de la Ley 13/1995, de 18 de mayo, de Contratos de las Administraciones Públicas.
2. Al escrito anterior se acompaña, como se indica en el mismo, la consulta elaborada por la Dirección de Administración del Instituto Cervantes en los siguientes términos:

"El Instituto Cervantes es una entidad de Derecho público adscrita al Ministerio de Asuntos Exteriores, creada por Ley 7/1991, de 21 de marzo, cuyos fines son promover universalmente la enseñanza, el estudio y el uso del español, así como contribuir a la difusión de la cultura en el exterior.

Para el cumplimiento de sus fines, el Instituto Cervantes cuenta con una red de Centros en el exterior que, en su mayor parte, le fueron adscritos por acuerdo del Consejo de Ministros de 17 de julio de 1991, en cumplimiento de la Disposición Adicional Tercera de su Ley de creación y que dependían con anterioridad de diversos Ministerios.

De acuerdo con el artículo 2º de la citada Ley, el Instituto Cervantes debe ajustar sus actividades al ordenamiento jurídico privado, rigiéndose por su Ley de creación y disposiciones que la desarrollen, por la Ley General Presupuestaria y por las demás disposiciones del ordenamiento jurídico que le resulten aplicables. En esta fecha, se encuentra pendiente de aprobación el Reglamento de desarrollo de la Ley de creación.

En lo que se refiere a la celebración de contratos y con el fin de garantizar el respeto a los principios establecidos en la Disposición Transitoria Segunda del Reglamento General de Contratación del Estado, el Instituto aprobó las Normas de Procedimiento en materia de contratación que se adjuntan como Anexo del presente escrito.

Estas Normas de Procedimiento se vienen aplicando a todos los contratos que celebra el Instituto (excepto a los contratos laborales), con independencia de que el lugar de celebración y ejecución del contrato sea España o el extranjero, y de que la legislación aplicable al contrato sea o no la española.

Todos los contratos que viene celebrando el Instituto tienen carácter privado, de acuerdo con el artículo 2º de la Ley de creación, antes citado, independientemente de cuál sea su objeto.

La entrada en vigor de la Ley 13/1995, de 18 de mayo, de Contratos de las Administraciones Públicas, plantea la cuestión de su aplicación al Instituto Cervantes. El apartado 3º del artículo 1º de la Ley establece la obligación de que las entidades de Derecho público que reúnan determinados requisitos (entre las que se encuentra el Instituto Cervantes), ajusten su actividad contractual a la propia Ley.

Sin embargo, la Disposición Transitoria sexta de la Ley, en su párrafo 2º, establece que "en tanto se produzca la incorporación a la legislación española del contenido de la Directiva 93/38/CEE, las entidades de derecho público a que se refiere el apartado 3 del artículo 1 continuarán rigiéndose en su actividad contractual por las normas que, en la fecha de entrada en vigor de la presente Ley, les resulten aplicables, sujetándose en su desarrollo a los principios de publicidad y libre concurrencia propios de la contratación administrativa".

Esta Institución viene entendiendo que, de acuerdo con la citada Disposición Transitoria sexta, continúan siendo aplicables las Normas de Procedimiento en materia de contratación internas, que respetan los principios de publicidad y libre concurrencia propias de la contratación administrativa, en tanto se produzca la incorporación al Derecho español de la Directiva 93/38/CEE. Mientras tanto se ha iniciado la revisión de dichas Normas internas para ajustarlas al contenido de la nueva Ley de Contratos de las Administraciones Públicas.

Con el fin de poder confirmar esta interpretación acerca de la entrada en vigor de la Ley, así como de aclarar otras cuestiones relativas al propio alcance de la aplicación de la misma, se solicita informe de esa Junta Consultiva sobre los siguientes extremos:

1.- Si el Instituto Cervantes debe continuar rigiéndose en su actividad contractual por sus Normas de Procedimiento internas, en tanto se produzca la incorporación a la legislación española del contenido de la Directiva 93/38/CEE.

2.- Si, en el momento en el que la Ley le resulte de aplicación, todos los contratos que celebre el Instituto Cervantes (excepto los laborales) deben seguir teniendo carácter privado, de acuerdo con el artículo 2º de su Ley de creación, rigiéndose en cuanto a su preparación y adjudicación por sus normas administrativas especiales y, supletoriamente, por la Ley 13/1995 y sus disposiciones de desarrollo, y en cuanto a sus efectos y extinción, por las normas de derecho privado; o si, por el contrario, los contratos que celebre el Instituto Cervantes cuyo objeto sea la ejecución de obras, la gestión de servicios públicos y la realización de suministros, los de consultoría y asistencia o de servicios y los que celebre excepcionalmente con personas físicas para realizar trabajos específicos y concretos no habituales, tienen en todo caso carácter administrativo por aplicación del artículo 5 de la Ley 13/1995, rigiéndose por dicha Ley incluso en cuanto a sus efectos y extinción.

3.- Si a los contratos que celebre el Instituto Cervantes de acuerdo con el artículo 117 de la Ley 13/1995, les serán de aplicación las mismas reglas que a los celebrados en España en cuanto a su carácter administrativo o privado. En este sentido, revestiría especial dificultad la calificación del contrato como administrativo en los casos en la que la legislación aplicable al contrato sea la extranjera."

CONSIDERACIONES JURIDICAS

1. Las cuestiones que se suscitan en el presente expediente y que deben ser resueltas en orden sucesivo consisten en determinar si al Instituto Cervantes le resulta de aplicación la Ley 13/1995, de 18 de mayo, de Contratos de las Administraciones Públicas y, caso afirmativo, si se encontraría en el supuesto previsto en la disposición transitoria sexta, apartado 2, es decir, si la aplicación de la citada Ley 13/1995 queda aplazada hasta que se produzca la incorporación a la legislación española del contenido de la Directiva 93/38/CEE. En otro orden de cosas la consulta se centra en determinar si los contratos de obras, de gestión de servicios públicos, de suministros y de consultoría y asistencia, de servicios y de trabajos específicos y concretos no habituales que celebre el Instituto tienen la consideración, en todo caso, de contratos administrativos o, por el contrario, puedan

conceptuarse como contratos privados al amparo de lo dispuesto en el artículo 2 de la Ley 13/1995, de 18 de mayo, y en determinar el carácter administrativo o privado de los contratos que se celebren en el extranjero, de conformidad con el artículo 117 de la citada Ley 13/1995.

2. La primera cuestión suscitada -la sujeción del Instituto Cervantes a la Ley 13/1995, de 18 de mayo-, no parece que plantee problema alguno, dado que incluso en el escrito de consulta se mantiene una solución afirmativa.

En efecto, del artículo 1 de la Ley citada resulta la exclusión de su ámbito de aplicación para las Entidades públicas, vinculadas o dependientes de cualquiera de las Administraciones Públicas siempre que hayan sido creadas para satisfacer específicamente necesidades de interés general que tengan carácter industrial o mercantil, carácter que evidentemente no tienen las necesidades que satisface el Instituto Cervantes, como claramente se desprende de la lectura de los artículos 3 y 4 de la Ley 7/1991, de 22 de marzo, de creación del Instituto Cervantes, expresando el primeramente citado que constituyen sus fines, en el apartado 1.a), el promover universalmente la enseñanza, el estudio y el uso del español y fomentar cuantas medidas y acciones contribuyan a su difusión y la mejora de la calidad de estas actividades y, en el apartado 1.b), contribuir a la difusión de la cultura en el exterior en coordinación con los demás órganos competentes de la Administración del Estado.

3. La conclusión anterior que no parece cuestionarse -la de que el Instituto Cervantes está sujeto a la Ley 13/1995, de 18 de mayo- obliga a examinar si, en particular, le resulta de aplicación la disposición transitoria sexta, apartado 2, en cuanto establece que "en tanto se produzca la incorporación a la legislación española del contenido de la Directiva 93/38/CEE las entidades de derecho público a que se refiere el apartado 3 del artículo 1 continuarán rigiéndose en su actividad contractual por las normas que, en la fecha de entrada en vigor de la presente Ley les resulten aplicables, sujetándose en su desarrollo a los principios de publicidad y libre concurrencia propios de la contratación administrativa"

Pretender ligar el contenido de este apartado a todas las entidades de derecho público a que se refiere el apartado 3 del artículo 1, basándose en una interpretación meramente literal de la expresión utilizada en el indicado apartado es solución que debe quedar descartada, no sólo porque en el propio apartado existe otra expresión "en tanto se produzca la incorporación a la legislación española del contenido de la Directiva 93/38/CEE" que desde un punto de vista literal permite colegir que la disposición transitoria sexta sólo se refiere a entidades que deben considerarse sujetas a la citada Directiva 93/38/CEE, sino porque aplicando los criterios de interpretación sistemática la única conclusión posible es la de considerar que el total contenido de la disposición transitoria sexta se está refiriendo exclusivamente a actividades en los sectores del agua, de la energía, de los transportes y de las telecomunicaciones, el apartado primero referido a Administraciones Públicas y sus Organismos Autónomos y el segundo a los restantes Entes públicos sujetos a la Ley como comprendidos en su artículo 1, apartado 3. Desde un punto de vista finalista o teleológico, criterio de interpretación fundamental según el artículo 3.1 del Código Civil, hay que tener en cuenta que la finalidad del apartado 2 de la disposición transitoria sexta fue la de evitar que los Entes públicos operantes en los sectores indicados, no por tanto la totalidad de Entes públicos del artículo 1 apartado 3, quedasen sometidos a la Ley para en plazo necesariamente breve quedar sometidos a régimen contractual distinto y más flexible que es el que ha de recoger en su día la incorporación a la legislación española del contenido de la Directiva 93/38/CEE. Por lo demás esta finalidad del apartado 2 de la disposición transitoria sexta quedó suficientemente reflejada en la tramitación parlamentaria del Proyecto de Ley, ya que en versiones iniciales del mismo los Entes públicos de los sectores del agua, de la energía, de los transportes y de las telecomunicaciones figuraban en su artículo 1 como excluidos de la Ley hasta que por la finalidad pretendida de no alterar su régimen jurídico contractual, hasta la incorporación a la legislación española de la Directiva 93/38/CEE, la mención de estos Entes públicos pasó a su actual ubicación en la disposición transitoria sexta.

Como conclusión de este apartado puede afirmarse que al Instituto Cervantes, por no operar en los sectores del agua, de la energía, de los transportes y de las telecomunicaciones, no le resulta de aplicación el contenido de la disposición transitoria sexta, apartado 2 de la Ley.

4. La tercera cuestión suscitada -la de si los contratos de obras, de gestión de servicios públicos, de suministros y de consultoría y asistencia, de servicios y de trabajos específicos y concretos no habituales que celebre el Instituto Cervantes han de considerarse en todo caso contratos administrativos o pueden conceptuarse como contratos privados, al amparo de lo dispuesto en el artículo 2 de la Ley 13/1995, de 18 de mayo-, ha de ser resuelta, como consecuencia de lo hasta aquí razonado, en favor de la tesis del carácter administrativo de los referidos contratos, pues resultaría absurdo sentar la conclusión de la sujeción a la Ley 13/1995, de 18 de mayo, del Instituto Cervantes y proclamar la excepción para un tema tan esencial como el de determinar el carácter administrativo o privado de sus contratos. Lógicamente esta conclusión se deduce de la literalidad de los artículos 1 y 2 de la Ley 13/1995, dado que, afirmado que el Instituto Cervantes encaja en la definición del artículo 1 de la Ley, por esta sola circunstancia le resulta inaplicable el artículo 2 que expresamente se refiere en su apartado 1 a "las entidades de derecho público no comprendidas en el ámbito definido en el artículo anterior" y respecto de los contratos subvencionados a que se refiere su apartado 2, la razón de que no se utilice idéntica expresión radica en que su ámbito de aplicación subjetivo es más amplio que el de las entidades de derecho público no comprendidas en el artículo 1, al abarcar, y así debe ser entendido, también empresas privadas.

5. Por último se hace referencia en el escrito de consulta a las dificultades de aplicación del artículo 117 de la Ley 13/1995, de 18 de mayo, si los contratos que celebre el Instituto Cervantes en el extranjero se califican de administrativos.

A juicio de esta Junta el carácter flexible con que está redactado el artículo 117 de la Ley 13/1995, de 18 de mayo, con la finalidad precisamente de no producir choque con las legislaciones del país extranjero en el que se celebren y ejecuten, hace desaparecer las pretendidas dificultades con independencia del carácter administrativo o privado de los respectivos contratos.

En efecto el artículo 117 empieza por declarar que a los contratos que se celebren y ejecuten en el extranjero se les aplicarán los principios de la Ley para resolver las dudas y lagunas que en su aplicación puedan presentarse, además de aplicar las reglas que a continuación detalla, que persiguen la indicada finalidad de permitir la aplicación de la legislación nacional del país en que el contrato se celebre y ejecute, como son las relativas a capacidad de empresas, inexistencia de pliego, adjudicación por procedimiento negociado, formalización, garantías, pago del precio, cláusulas en favor de la Administración, modificaciones del contrato y resolución de discrepancias mediante fórmulas sencillas de arbitraje.

No obstante lo anterior, también hay que significar que la flexibilidad del artículo 117 queda atenuada para los contratos que se celebren y ejecuten en el territorio de los restantes Estados miembros de la Comunidad Europea ya que para dichos contratos, cuando exceden de los límites señalados en los artículos 135, 178.2 y 204.2, el último párrafo del citado artículo 117 establece que deberán cumplirse las normas de la Ley referentes a la publicidad comunitaria y a los procedimientos y formas de adjudicación de los contratos.

CONCLUSIONES

Por lo expuesto, la Junta Consultiva de Contratación Administrativa entiende:

1. Que el Instituto Cervantes, Entidad de Derecho público adscrita al Ministerio de Asuntos Exteriores, está comprendido en el artículo 1 apartado 3 de la Ley 13/1995, de 18 de mayo de Contratos de las Administraciones Públicas, al no tener carácter mercantil o industrial las

necesidades de interés general para cuya satisfacción fue creado el Instituto por Ley 7/1991, de 21 de marzo.

2. Que al no operar el Instituto Cervantes en los sectores del agua, de la energía, de los transportes y de las telecomunicaciones no le resulta de aplicación el contenido de la disposición transitoria sexta apartado 2 de la Ley que hace referencia a Entidades públicas sometidas a la Directiva 93/38/CEE.

3. Que como consecuencia de la conclusión primera al Instituto Cervantes no le resulta de aplicación el artículo 2 de la Ley 13/1995, de 18 de mayo que, precisamente, se refiere a contratos de Entidades no comprendidas en el artículo 1 y los contratos que celebre tendrán carácter de administrativos o privados de conformidad con los criterios generales de la Ley.

4. Que por su flexibilidad y adaptación a las legislaciones extranjeras el artículo 117 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aplicable a contratos administrativos y privados, no puede suponer graves dificultades a la contratación en el extranjero del Instituto Cervantes, sin perjuicio de observar, para los contratos que se celebren y ejecuten en los restantes Estados miembros de la Comunidad Europea lo dispuesto en el último párrafo del citado artículo 117.