Expediente 32/19

Materia: Aplicación del artículo 11.2 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público.

ANTECEDENTES

La Universidad de Lleida ha dirigido consulta a esta Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado sobre la necesidad de formalizar un contrato sujeto a la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público para que los servicios científico-técnicos de la universidad puedan prestar servicios a una fundación pública, a un consorcio o a otra Universidad pública, cuando estos servicios se prestan al público en general previo abono de un precio público de aplicación general. La consulta tiene el siguiente tenor:

"Las universidades públicas realizan el servicio público de educación superior mediante la docencia, la investigación y el estudio (artículo 1.1 de la Ley Orgánica de Universidades –LOU-) y tienen autonomía para crear estructuras específicas que actúen de apoyo a la investigación y a la docencia (art. 2.2.c) de la LOU).

La Universidad de Lleida, al igual que otras muchas universidades del sector público, dispone de instalaciones y equipamientos de investigación (laboratorios) que son gestionados por los propios empleados de la institución (profesores y personal investigador de plantilla de la universidad), a través de los servicios científico técnicos, con la finalidad de dar apoyo a la actividad investigadora de la propia institución. Además, los mismos servicios científico-técnicos ofrecen estos mismos servicios a particulares, previo pago de un precio público que aprueba la Universidad.

SERRANO 35
2° PLANTA
28001 MADRID
sjcca@hacienda.gob.es

Para la financiación de estas actividades, el artículo 81.3.c) de la LOU fija que la universidad podrá establecer precios que se atendrán a lo que establezca el Consejo Social, debiendo ser aprobado conjuntamente con el presupuesto anual en que se apliquen.

En algunas ocasiones, estos servicios universitarios son requeridos por otras instituciones públicas como pueden ser otras universidades, consorcios y fundaciones públicas ajenas a la propia universidad o que no siendo totalmente ajenas no constituyen medios propios de la misma.

Estas instituciones públicas, en muchas ocasiones para poder cumplir con sus finalidades, precisan concertar servicios técnicos/investigadores con la universidad. Máxime cuando puede que sea la única forma para cumplir con tales objetivos.

Además, la mayoría de los recursos que disponen estas instituciones públicas, provienen de financiación estatal o de la Comunidad autónoma vía actividad subvencional, requiriendo un procedimiento de justificación del gasto minucioso y formal que va más allá del cumplimiento del objeto de la subvención. Se precisa -so pena de generarse procedimientos de reintegro- el cumplimiento de todas las formalidades legales, entre ellas la justificación de los requerimientos para la correcta licitación, adjudicación y ejecución de contratos al amparo de la legislación de contratos y de patrimonio de las administraciones públicas.

La Universidad de Lleida, prestadora del servicio científico-técnico, entiende que no se precisa la formalización de un contrato de servicios de la LCSP, ya que el servicio está sujeto al precio público fijado por la Universidad. Todo ello al amparo de lo que señala el artículo 11.2 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre.

Es por todo lo anterior que, un informe de la Junta Consultiva sobre la necesidad de formalizar un contrato de servicios o la no necesidad al estar sujeto a precio público,

ayudará a la correcta justificación de las ayudas públicas y evitar que se incoe un procedimiento de reintegro."

CONSIDERACIONES JURIDICAS.

1. La Universidad de Lleida nos consulta sobre la sujeción a la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público (LCSP) de la prestación de un servicio de carácter científico o técnico mediante el uso de las instalaciones y equipamientos de investigación, es decir, de los laboratorios de que dispone la entidad, cuando la prestación se realiza a favor de otra entidad pública como una fundación pública, un consorcio u otra universidad.

Funda su consulta en la duda que le surge sobre la aplicación del artículo 11.2 de la LCSP, precepto que señala lo siguiente:

> *"2. Se excluyen, asimismo, de la presente Ley las relaciones jurídicas consistentes en la prestación de un servicio público cuya utilización por los usuarios requiera el abono de una tarifa, tasa o precio público de aplicación general."*

La consulta parte de la existencia de unos precios públicos previamente aprobados por la universidad para retribuir la prestación de este tipo de servicios a los particulares, aunque no se nos aporta justificación alguna de esta circunstancia.

2. Aunque en la consulta que se nos ha dirigido el único precepto de la LCSP que se nombra es el artículo 11.2, el análisis que ahora iniciamos reclama que hagamos un examen más amplio de la legislación propia de la investigación en España. De esta manera podemos constatar que el artículo 36 de la Ley 14/2011, de 1 de junio, de la Ciencia, la Tecnología y la Innovación (LCTI) trata precisamente de la duda que se

nos plantea, esto es, de la aplicación del derecho privado a los contratos relativos a la promoción, gestión y transferencia de resultados de la actividad de investigación, desarrollo e innovación.

Es esta Ley una norma que, como señala su propio preámbulo, plasma un principio conforme al cual la promoción, gestión y transferencia de resultados de la actividad investigadora, y particularmente los referentes a la prestación de servicios de investigación y de asistencia técnica, estarán sujetos al derecho privado. Esta conclusión es congruente con el mandato dirigido a las Administraciones Públicas que informa la ley en el sentido de fomentar la puesta en valor del conocimiento obtenido mediante el proceso de investigación, con objeto de que los resultados de la investigación promovidos o generados por ella se transfieran a la sociedad. Tal principio, no obstante, consiente excepciones en determinados supuestos, como inmediatamente observaremos.

No es de extrañar, por tanto, que el citado artículo 36 LCTI establezca lo siguiente:

> *"Se rigen por el derecho privado aplicable con carácter general, con sujeción al principio de libertad de pactos, y podrán ser adjudicados de forma directa, los siguientes contratos relativos a la promoción, gestión y transferencia de resultados de la actividad de investigación, desarrollo e innovación, suscritos por los Organismos Públicos de Investigación de la Administración General del Estado, las Universidades públicas, las Fundaciones del Sector público Estatal y otras entidades dedicadas a la investigación y dependientes de la Administración General del Estado:*
>
> *(…) c) contratos de prestación de servicios de investigación y asistencia técnica con entidades públicas y privadas, para la realización de trabajos de carácter científico y técnico o para el desarrollo de enseñanzas de especialización o actividades específicas de formación.*

No obstante, en el caso de que el receptor de los servicios sea una entidad del sector público sujeta a la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector público, ésta deberá ajustarse a las prescripciones de la citada ley para la celebración del correspondiente contrato."

Esta disposición, como es de ver, sujeta al derecho privado los contratos en que las universidades públicas presten servicios de investigación y asistencia técnica a entidades públicas y privadas, servicios entre los cuales pueden integrarse sin dificultad los mencionados en la consulta.

La excepción a la anterior regla general viene establecida en el caso de que el receptor de los servicios científicos proporcionados por la universidad sea una entidad sujeta a la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público (la referencia legal debe entenderse actualizada a la norma vigente), supuesto en que la entidad contratante del servicio deberá ajustarse a las prescripciones de la LCSP para la celebración del correspondiente contrato.

Este último es claramente el supuesto que nos atañe en este dictamen, de manera que la exclusión de la licitación pública conforme a la LCSP sólo cabe cuando la entidad receptora del servicio, bien privada o pública, no sea una entidad sujeta a la LCSP. Si, por el contrario, se trata de una entidad como una fundación pública, un consorcio u otra universidad pública, entidades todas ellas sujetas con mayor o menor intensidad a la LCSP, la contratación de este tipo de servicios estará sujeta a la meritada ley.

3. Esta regla legal que acabamos de comentar resulta aplicable al específico supuesto que estamos tratando. En efecto, estamos en presencia de una norma especial aplicable al caso y que expresamente ordena *"ajustarse a las prescripciones de la citada ley para la celebración del correspondiente contrato."* Por lo tanto, el precepto

no se limita a remitirse a la LCSP para determinar si el contrato está sujeto a ella, sino que de modo directo e insoslayable ordena la aplicación de las normas del contrato de servicios para la licitación del contrato que se vaya a celebrar.

4. Esta conclusión no se ve afectada por la hipotética aplicación de otros preceptos de la propia LCSP. Como advertiremos a continuación, ciertos supuestos de exclusión que contiene la ley contractual pública, o bien no son aplicables al caso, o bien son perfectamente congruentes con la solución adoptada en la norma especial.

El artículo 11.2 de la LCSP, al que se remite la consulta, y que podría hipotéticamente resultar aplicable al caso, excluye de la sujeción a la LCSP a aquellas prestaciones de servicios públicos cuya utilización requiera el pago de un precio público. De esta suerte, resultan ser dos las condiciones exigidas por la norma:

- Que estemos en presencia de un servicio público.
- Que la prestación del mismo se retribuya mediante un precio público.

La primera condición que hemos enumerado nos exige analizar si en el supuesto que tratamos la prestación de un servicio como el descrito en la consulta puede tenerse por un servicio público. La solución, ya lo anticipamos, debe ser contraria a la calificación de esta prestación como un servicio público.

La Ley Orgánica 6/2001, de 21 de diciembre, de Universidades (LOU) señala en su artículo 1 que la Universidad realiza el servicio público de la educación superior mediante la investigación, la docencia y el estudio. Particularmente, son funciones de la Universidad al servicio de la sociedad:

a) La creación, desarrollo, transmisión y crítica de la ciencia, de la técnica y de la cultura.

b) La preparación para el ejercicio de actividades profesionales que exijan la aplicación de conocimientos y métodos científicos y para la creación artística.

c) La difusión, la valorización y la transferencia del conocimiento al servicio de la cultura, de la calidad de la vida, y del desarrollo económico.

d) La difusión del conocimiento y la cultura a través de la extensión universitaria y la formación a lo largo de toda la vida.

El artículo 39.1 de la LOU indica que la investigación científica es fundamento esencial de la docencia y una herramienta primordial para el desarrollo social a través de la transferencia de sus resultados a la sociedad. Como tal, constituye una función esencial de la universidad, que deriva de su papel clave en la generación de conocimiento y de su capacidad de estimular y generar pensamiento crítico, clave de todo proceso científico. El apartado 3º del mismo precepto señala que la universidad tiene, como uno de sus objetivos esenciales, el desarrollo de la investigación científica, técnica y artística y la transferencia del conocimiento a la sociedad, así como la formación de investigadores e investigadoras, y atenderá tanto a la investigación básica como a la aplicada.

Todas estas normas enmarcan un concepto esencial como es el del servicio público de la educación superior que, indudablemente, incluye la investigación. Sin embargo, esto no quiere decir que cualquier actividad como sería la que se describe en la consulta, esto es, la realización de pruebas en un laboratorio de la Universidad, sujetos a un precio público a cambio del servicio realizado, pueda encuadrarse en el estricto concepto de servicio público. Precisamente por esta razón no parece que una actividad prestada en beneficio de cualquier persona, pública o privada, en un régimen de concurrencia abierto con el sector privado y sometida a unos precios determinados por la propia Universidad para retribuir la prestación, pueda entenderse incluida en la noción de servicio público de la educación superior. Por el contrario, cabría conceptuarla más bien como una actividad mercantil o industrial

de la Administración, perfectamente lícita, pero ajena a la prestación de un servicio público desde el punto de vista jurídico.

Por consiguiente, resulta lógico que el artículo 81.3 de la LOU señale que el presupuesto de las Universidades contendrá en su estado de ingresos los ingresos por los precios públicos por los derechos, no académicos, que legalmente se establezcan y que los citados precios se atendrán a lo que establezca el Consejo Social, debiendo ser, en todo caso, aprobados junto con los presupuestos anuales en los que se deban aplicar. Constituyen obviamente ingresos de las Universidades por el ejercicio de actividades legítimas, pero no son la concreción de ningún servicio público.

Por lo anteriormente señalado, no cumpliéndose la primera de las condiciones señaladas por la ley, que estemos en presencia de un servicio público, y sin perjuicio de nuestra anterior conclusión respecto del carácter de norma especial del artículo 36 LCTI, tampoco admitiendo a los puros efectos dialécticos que la remisión a la LCSP haya de hacerse en bloque, podría entenderse aplicable al caso el artículo 11.2 LCSP.

5. Por si ello no fuese suficiente, cabe señalar que realmente el supuesto de exclusión de la LCSP que más se asemeja al que contiene el artículo 36 LCTI no es el recogido en el artículo 11.2 sino el consignado en el artículo 11.4. Señala este precepto lo siguiente:

> *"Asimismo, están excluidos los contratos por los que una entidad del sector público se obligue a entregar bienes o derechos o a prestar algún servicio, sin perjuicio de que el adquirente de los bienes o el receptor de los servicios, si es una entidad del sector público sujeta a esta Ley, deba ajustarse a sus prescripciones para la celebración del correspondiente contrato."*

El paralelismo de ambas normas es evidente. La idea que late en su fundamento es similar: la prestación de un servicio por parte de una entidad pública a favor de un sujeto de derecho privado no está sujeta a la LCSP, entre otras cosas porque quien licita el contrato no es la entidad pública (que en todo caso asumirá la condición de contratista) sino el particular. En consecuencia, resulta obvio que si la entidad que licita el contrato (y que va a resultar beneficiaria de los servicios prestados) sí está sujeta a la LCSP, ha de claudicar el fundamento de su exclusión de la normativa contractual pública. En este sentido, ambos supuestos son idénticos en cuanto a su letra, a su razón última y a su espíritu.

En consecuencia, también en este supuesto que tratamos en el presente informe, si aceptásemos a los meros efectos dialécticos que se produjese la aplicación del artículo 11 de la LCSP, la exclusión de la normativa contractual pública quedaría vedada por el carácter de la entidad pública que verifica la licitación, de modo que, por imperativo mandato de la norma general, esta licitación habría de sujetarse a la LCSP.

En mérito a las anteriores consideraciones jurídicas la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado alcanza las siguientes

CONCLUSIONES.

- La prestación por parte de una Universidad pública de un servicio de carácter científico o técnico mediante el uso de las instalaciones y equipamientos de investigación a favor de otra entidad pública como una fundación pública, un consorcio u otra Universidad se rige por el artículo 36 de la Ley 14/2011, de 1 de junio, de la Ciencia, la Tecnología y la Innovación, precepto que constituye una norma especial aplicable al caso y que ordena la aplicación de las normas del contrato de servicios para la licitación del contrato que se vaya a celebrar.

- La remisión que la citada norma contiene a la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, ha de entenderse realizada de forma directa a las reglas del contrato de que se trate sin que sea necesario analizar los supuestos de exclusión previstos en el artículo 11 de la citada ley.

- Aunque la remisión legal autorizase la aplicación del artículo 11 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, no resultaría de aplicación el apartado segundo del mismo, al no encontrarnos en presencia de un servicio público, sino el apartado cuarto, que contiene una solución similar a la del artículo 36 de la Ley 14/2011, de 1 de junio, de la Ciencia, la Tecnología y la Innovación.