

Informe 6/07, de 2 de julio de 2007

Legislación aplicable a la actividad contractual desarrollada por el Consorcio de Transportes de Mallorca.

Antecedentes

Por la Secretaria General, por vacante, la Directora General de Arquitectura y Vivienda de la Consejería de Obras Públicas, Vivienda y Transportes de la Comunidad Autónoma de las Illes Balears se solicita un informe a esta Junta Consultiva de Contratación Administrativa sobre el asunto de referencia, en escrito de fecha 17 de mayo de 2007, del siguiente tenor:

“De acuerdo con lo que prevé el artículo 65.1 de la Ley 3/2003, de 26 de marzo, de Régimen Jurídico de la Administración de la Comunidad Autónoma de las Illes Balears, y al efecto de obtener el asesoramiento necesario para aclarar las dudas sobre el alcance de la aplicación de la Ley 48/1998, de 30 de diciembre, sobre procedimientos de contratación en los sectores del agua, la energía, los transportes y las telecomunicaciones al Consorcio de Transportes de Mallorca (CMT) creado por la Ley 8/2006, de 14 de junio, como una entidad pública sujeta al derecho privado y adscrito a la Consejería de Obras Públicas, Vivienda y Transportes, se eleva a la Junta Consultiva de Contratación Administrativa solicitud de informe jurídico.

Se adjunta el borrador de un informe emitido por un despacho de abogados consultado por estos entes, sobre la cuestión planteada”.

Presupuestos de admisibilidad

1. La solicitud del informe la presenta la Secretaria General de la Consejería de Obras Públicas, Vivienda y Transportes de la Comunidad Autónoma de las Illes Balears quien, según 12.1 del Decreto 20/1997, de 7 de febrero y el artículo 15.1 de su Reglamento de Organización y Funcionamiento aprobado por acuerdo del Consejo de Gobierno de 10 de octubre de 1997, está legitimado para ello.
2. A la petición se adjunta el informe jurídico de acuerdo con el Reglamento de organización y funcionamiento de esta Junta Consultiva, aprobado por acuerdo del Consejo de Gobierno de 10 de octubre de 1997.
3. Se han cumplimentado todos los requisitos formales para la emisión de este informe.

Consideraciones jurídicas

Primero. La cuestión planteada hace referencia al régimen jurídico contractual aplicable al Consorcio de transportes de Mallorca creado por la Ley 8/2006, de 14 de junio. La respuesta, pues, tiene que ser estudiada de acuerdo con la legislación española vigente aplicable al caso y con la naturaleza y las finalidades del propio ente que se examina.

En principio, deducido del contenido de la Ley de creación del consorcio, la normativa vigente aplicable a este supuesto la constituye el Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas y, la Ley 48/1998, de 30 de diciembre, sobre procedimientos de contratación en los sectores del agua, la energía, los transportes y las telecomunicaciones.

Sin menoscabo de lo anterior, es necesario hacer una previa referencia a las Directivas Comunitarias sobre la materia ya que ellas constituyen la base, el fundamento de toda la legislación española en contratación pública dado que ésta es consecuencia de la adaptación a la legislación nacional de las directrices contenidas en las normas comunitarias.

Segundo. Las primeras directivas comunitarias sobre contratación pública (71/305/CE y 77/62/CE) ya excluyeron de su ámbito de aplicación, y valga la redundancia, los denominados “sectores excluidos”, transportes entre ellos, que quedaban sometidos en exclusiva a la directiva 90/531/CE.

Con posterioridad, las directivas 93/36/CE, 93/37/CE y 92/50/CE que regulan respectivamente normas sobre contratos de suministros, obras, servicios y sobre normas de contratación de los llamados “sectores excluidos” reiteran el mismo ámbito de actuación de las anteriores directivas que actualizan.

En la actualidad existen dos directivas en vigor (2004/18/CE, de 31 de marzo y la 2004/17/CE de 31 de marzo) que modifican y actualizan las anteriores y que hasta la fecha no han sido transpuestas a la legislación española y que es necesario examinar dado su carácter de normativa directamente aplicable, en muchos aspectos de su regulación, y de obligado cumplimiento por parte de los Estados miembros.

El artículo 12 de la Directiva 2004/18/CE establece que no se aplicará el contenido de la directiva a los contratos públicos incluidos en el ámbito de aplicación de la Directiva 2004/17/CE, adjudicados por poderes adjudicadores que ejerzan una o varias de las actividades contempladas en los artículos 3 a 6 de dicha Directiva y se adjudiquen para desarrollar estas actividades. Por su parte el artículo 5 de la Directiva 2004/17/CE establece que esta norma se aplicará a las actividades de puesta a disposición o explotación de redes que presten un servicio público en el campo del transporte por ferrocarril, sistemas automáticos, tranvía, trolebús, autobús o cable.

Consecuentemente con todo lo anterior, hay que afirmar que la normativa comunitaria en la materia estudiada, desde sus inicios, y mantiene actualmente una clara voluntad de que los llamados “sectores excluidos” sigan siendo, digamos, excluidos de los procedimientos normales de adjudicación de los contratos administrativos, manteniendo una regulación especial para aquéllos.

Tercero. Por lo que respecta a la legislación española, el redactor de la norma admite, como no podría ser de otra manera, la exclusión de los sectores excluidos de la aplicación del Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio, manteniendo

plenamente en vigor el contenido de la Ley 48/1998, 30 de diciembre, pero introduciendo ciertas matizaciones que es preciso examinar.

El primer examen que debe llevarse a cabo, en nuestra legislación, es el contenido de la disposición adicional undécima de la LCAP que en su apartado 2 dice textualmente: “Las entidades públicas incluidas en el ámbito de la Ley 48/1998, de 30 de diciembre, se regirán, en lo no previsto en la misma, por sus normas de contratación específicas”.

Por su parte la Ley 48/1998, de 30 de diciembre, citada, es congruente con la disposición de la LCAP transcrita que, si bien deja fuera de su ámbito de aplicación a la Administración General del Estado, las Administraciones de las CC.AA., las Corporaciones Locales y los organismos autónomos que de ellos dependan que se regirán por la LCAP sea cual fuere la materia objeto de contratación, mantiene sujeta a su regulación a las entidades de derecho público con personalidad jurídica propia, vinculadas o dependientes de cualquiera de las Administraciones Públicas enumeradas anteriormente, a las asociaciones formadas por las citadas entidades de derecho público y a las empresas públicas que reúnan determinados requisitos.

Cuarto. Llegados a este punto, para dar respuesta a la cuestión que intentamos dilucidar es necesario despejar dos incógnitas: Por un lado determinar cuál es la naturaleza jurídica del Consorcio y por otro, si su actividad encaja dentro del ámbito de lo que hemos venido en llamar a lo largo de éste los “sectores excluidos”.

Dar respuesta a la primera de las cuestiones, determinar la naturaleza jurídica del Consorcio, se hará por el sistema de exclusión de entre las entidades contratantes que enumera la Ley 48/1998, de 30 de diciembre, diciendo que el Consorcio no es una asociación de las que define la letra b) del artículo 2, ni es una empresa pública ya que este Consorcio en nada tiene de semejante con el concepto de empresa como organización de medios de producción para la producción de bienes para el mercado, siendo innecesario proceder al examen de determinar si concurren en él los requisitos de la letra c) del artículo 2 ya que negamos la naturaleza jurídica de empresa al CTM. Por tanto la única entidad contratante que cabe tener en cuenta es la definida en la letra a) del citado artículo 2, o sea, que el consorcio sea una entidad de Derecho público con personalidad jurídica propia no integrada en la Administración Pública del número 2 del mencionado artículo 2 de la Ley 48/1998, de 30 de diciembre.

En este punto del informe tiene que entrar a colación la legislación autonómica reguladora de las entidades autónomas y empresas públicas y vinculadas de la CAIB, en concreto la Ley 3/1989, de 29 de marzo que en su artículo 1 establece como ámbito de aplicación, entre otras, a las entidades de Derecho público con personalidad jurídica propia sometidas a la comunidad autónoma y que han de ajustar su actividad al ordenamiento jurídico privado. Esta descripción coincide plenamente con la naturaleza jurídica que el artículo 3 de la Ley 8/2006, de 14 de junio otorga al CTM al definirlo como entidad pública sujeta al Derecho privado y, consecuentemente, le es de aplicación directa esta normativa que en su artículo 17 establece que a las entidades de Derecho público que tengan que ajustar su actividad

al derecho privado se sujetarán a éste en cuanto a su actividad de contratación. No obstante lo anterior, y como ya se informó en el de esta Junta Consultiva nº 7/2001, de 31 de mayo, el contenido de este artículo 17 no se puede invocar de manera preferente dado que se ve afectado por el carácter básico de la Ley 48/1998, de 30 de diciembre, pero sí que tiene un carácter supletorio en el sentido de que, como indica la propia LCAP en su disposición adicional undécima, en lo no previsto en la normativa reguladora en materia de contratos, o sea, la Ley 48/1998, se aplicarán sus normas de contratación específicas y, en su defecto la normativa de derecho privado, como reza la ley de creación del Consorcio en relación con la Ley 3/1989, de 29 de marzo.

Quinto. Determinada la naturaleza jurídica del Consorcio como entidad de Derecho público de las contempladas en la letra a) del punto 1 del artículo 2 de la Ley 48/1998, de 30 de diciembre, procede examinar si su actividad, si sus funciones o finalidades se enmarcan dentro de los que hemos venido en llamar “sectores excluidos” que, en caso afirmativo, supondría estar ante los dos supuestos, ante los dos requisitos necesarios para determinar la sumisión del CTM a la normativa de la Ley 48/1998, de 30 de diciembre.

Sexto. El CTM fue creado por la Ley 8/2006, de 14 de junio como instrumento para dar solución a la falta de coordinación en el transporte de Mallorca en su conjunto. Se crea como un nuevo “órgano” con vocación de ser la única autoridad que concentre todas las competencias de la comunidad autónoma de las Illes Balears en la Isla de Mallorca sobre el transporte público regular de viajeros. Así ya estaba previsto en el Plan Director Sectorial del Transporte de las Illes Balears aprobado el 4 de septiembre de 2004, que contempla la figura jurídica del Consorcio como la única autoridad y ente instrumental para el desarrollo de políticas concertadas de ordenación del transporte público regular de viajeros en sus diversas modalidades.

Así, en el artículo 1º de la indicada Ley se establece que se crea el Consorcio con la finalidad de articular la cooperación económica, técnica y administrativa para ejercer de forma conjunta y coordinada las competencias en materia de ordenación y gestión del transporte público regular de viajeros.

De acuerdo con esta misma ley, en su artículo 3º se establece que el CTM se crea como una entidad pública sujeta al derecho privado, con personalidad jurídica y patrimonio propio e independiente de sus miembros y con plena capacidad de obrar para el cumplimiento de sus fines. Se añade en el apartado 2º del mismo artículo que la actividad del Consorcio se rige por las normas del derecho civil, mercantil o laboral, sin perjuicio de lo que disponga la normativa sobre contratos de las administraciones públicas que le sea de aplicación.

Séptimo. De acuerdo con lo señalado en los puntos anteriores de este informe y por el contenido de la ley creadora del Consorcio, no cabe duda alguna que el CTM opera en el sector del transporte público regular de pasajeros y de que, en consecuencia, le es de aplicación directa y prioritaria la legislación contenida en la Ley 48/1998, de 30 de diciembre, sobre los procedimientos de contratación en los sectores del agua, la energía, los transportes y las telecomunicaciones y , en lo no

previsto en la misma por su normativa específica si la tuviere y de manera supletoria la normativa privada garantizando en toda su actividad contractual la aplicación de los principios de la contratación pública de publicidad, concurrencia y no discriminación tal y como puede entreverse que es voluntad del legislador al redactar el apartado segundo del punto 2 de la disposición adicional undécima de la LCAP, pero únicamente cuando se opere en el campo de los transportes, estando todo el resto de su actividad contractual sometida plenamente a la LCAP, tal y como reza el artículo 12 de la Directiva 2004/18/CEE de aplicación directa en el reino de España al no haber sido traspuesta en plazo a su normativa nacional.

Conclusión

El Consorcio del Transporte de Mallorca, en cuanto actúe en el campo de los transportes públicos, adecuará su actividad contractual a la Ley 48/1008, de 30 de diciembre y, en lo no previsto en la misma a su legislación específica en materia de contratación si la tuviere, siendo legislación supletoria la de derecho privado.

El resto de su actividad contractual, ajena al sector del transporte, quedará sometida a la LCAP.

En todo caso el Consorcio del Transporte de Mallorca deberá ajustar su actividad contractual a los principios de publicidad, concurrencia y no discriminación.