

Informe 10/01, de 27 de junio de 2001.

NORMATIVA DE APLICACIÓN A LA EMPRESA PÚBLICA IBAEN EN LOS PROCEDIMIENTOS DE CONTRATACIÓN.-

ANTECEDENTES.-

La Secretaria General Técnica de la Consejería de Medio Ambiente dirige escrito a esta Junta Consultiva en demanda de informe urgente, cuyo tenor es el siguiente:

“En solicitud de esta Secretaría General Técnica, la Junta Consultiva de Contratación Administrativa emitió informe 7/01, de 31 de mayo de 2001, en relación con el contrato celebrado para la conservación, mantenimiento y explotación de la desaladora de agua de mar de la bahía de Palma y servicios anejos.

Una vez expuesto el informe al Consejo de Administración del pasado 11 de junio, y vistas sus conclusiones sobre el mismo, se plantea si estas son de aplicación a cualesquiera de las actuaciones del IBAEN.

Vista la diferencia de opiniones entre los miembros del Consejo de Administración, sobre la posibilidad de hacer extensiva la conclusión nº 2, referente a la aplicación del derecho privado en lo que no está previsto en la Ley 48/1998, para cualquier procedimiento de contratación del IBAEN, se solicita emisión de informe urgente sobre la cuestión para poder informar al propio Consejo previsto para el día 19 de junio de 2001.”

PRESUPUESTOS DE ADMISIBILIDAD

1- La solicitud de informe se efectúa por la Secretaría General Técnica de la Consejería de Medio Ambiente, quien tiene legitimación para ello conforme al art. 12.1 del Decreto 20/1997, de 7 de febrero (BOCAIB nº 24, de 25-02-1997), de creación de la Junta Consultiva, y al art. 15.1 del Reglamento de Organización y Funcionamiento de la Junta (BOCAIB nº 133 de 25-10-1997).

2- Con la solicitud se acompaña un Informe Jurídico, según lo preceptuado en el apartado 3 del art. 16 del Reglamento citado.

3- La documentación aportada es suficiente para poder emitir el informe solicitado al reunirse todos los requisitos previos de admisión.

CONSIDERACIONES JURÍDICAS

PRIMERA. La única cuestión planteada por la solicitante es la de aclarar si la conclusión número 2 de nuestro informe 7/01, de 31 de mayo de 2001, tiene virtualidad solo sobre el caso analizado en aquel informe, o si por el contrario, dicha conclusión es de aplicación a cualquier contratación del IBAEN.

La conclusión referida establecía que el contrato, objeto de consideración en el informe, se encontraba sometido a la Ley 48/1998, de 30 de diciembre, sobre procedimientos de contratación en los sectores del agua, la energía, los transportes y las telecomunicaciones, por la que se incorporan al ordenamiento jurídico español las Directivas 93/38/CEE y 92/13/CEE. Y, en lo en ella no previsto, se aplicaría el derecho privado.

A tal conclusión se llegó en el informe 7/01, tras las argumentaciones que se esgrimieron en sus consideraciones jurídicas, en especial la quinta, sobre la aplicación supletoria del derecho privado en lo no previsto por la Ley 48/1998, a cuyos razonamientos hay por fuerza que remitirse y sobre los que esta Junta Consultiva se reafirma y ratifica, aclarando que, aunque fueran explicitados con referencia a un determinado contrato, sus efectos son extrapolables al resto de contratos de obras, suministros y servicios (incluida en esta acepción los de consultoría y asistencia), que la Ley 48/1998 define en el art. 1 como su objeto, y, en general, a todos los contratos contemplados en la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas por el juego de la Disposición Adicional Undécima del texto refundido aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio, y la Disposición Transitoria sexta de la Ley 13/1995, de 18 de mayo de la que trae causa.

En el mismo sentido también se pronunció ya esta Junta, en su informe 5/99, de 28 de marzo de 1999, al ocuparse del alcance de la sujeción de la también empresa pública SFM (Servicios Ferroviarios de Mallorca) a la Ley 48/1998.

SEGUNDA: Que la supletoriedad del derecho privado en lo no previsto por la Ley 48/1998, es la interpretación adecuada sobre la normativa a aplicar a la actividad contractual del IBAEN, deviene de lo que disponen, de una parte, la Ley 3/1988, de 29 de marzo, de Entidades Autónomas, y Empresas Públicas y Vinculadas de la CAIB, y de otra, la Ley 11/1989, de Presupuestos Generales de la CAIB para 1990, por la que se creó el IBAGUA.

En efecto, dice el art. 1, apartado b) sub-apartado 1, de la Ley 3/1989, que:

“La presente Ley se aplica:

a)

b) A las empresas públicas de la Comunidad Autónoma que pueden ser:

1-Entidades de derecho público con personalidad jurídica propia sometidas a la Comunidad Autónoma, pero que deban ajustar su actividad al ordenamiento jurídico privado.

2-.....”

Y el Capítulo III de dicha Ley, titulado “ De las entidades de derecho público que deben ajustar su actividad al derecho privado”, contiene el artículo 17, que, aunque ya aludido en nuestro anterior informe, conviene, de nuevo, transcribir:

“La contratación de las entidades reguladas en este capítulo se sujeta al derecho privado”.

Por su parte, la Ley 11/1989, que creó el IBAGUA, dice en su Disposición Adicional Undécima que:

“--- y se crea una entidad de derecho público que actúa en régimen de derecho privado cuya finalidad institucional es el estudio, proyecto, construcción y explotación de obras de captación, tratamiento, incluida la potabilización, regulación y distribución de aguas y de conservación y mejora de las concesiones así como de las obras, instalaciones y servicios complementarios que sean necesarios”.

Congruente con esta normativa, no se olvide, de imperativa aplicación, se dictó el Decreto 9/1994, de 13 de enero, de constitución y organización de la empresa pública IBAGUA que, en sus artículos 1 y 4, impone la sujeción al derecho privado en su régimen de contratación.

Permitida la ampliación de la finalidad institucional de la empresa pública IBAGUA por la Disposición adicional quinta, apartado 9, de la Ley 4/1996, de 19 de diciembre, de Presupuestos Generales de la CAIB para 1997, en el sentido de incluir la planificación energética, el cómputo de las energías renovables y la eficiencia y diversificación energética, se dictó el Decreto 58/1998, de 29 de mayo, por el que el IBAGUA pasó a denominarse IBAEN derogando el anterior Decreto, y a pesar de no haber variado los antecedentes legales de los que trae causa, y de reafirmar que actúa en régimen de derecho privado en sus artículos 1 y 4, introdujo en el apartado 2 de éste último, la observación de que el “*régimen de contratación del Instituto se ajustará a lo dispuesto en la Ley 13/1995, de 18 de mayo, de contratos de las Administraciones Públicas*”, lo cual sólo puede entenderse, como ya se dijo en el informe 7/01,

como una remisión genérica a la LCAP que, en su propio articulado, excluye de su aplicación los contratos celebrados en los sectores del agua.

TERCERA. No otra puede ser la interpretación también desde el punto de vista del Derecho comunitario al que se han acomodado necesariamente las normas que rigen la contratación administrativa. Así, ya la exposición de motivos de la Ley 13/1995, de Contratos de las Administraciones Públicas decía que:

“...Tampoco se ha estimado procedente, por el carácter privado de la mayor parte de las entidades a las que afecta, la incorporación de la Directiva 90/531/CEE, sobre los denominados sectores excluidos, hoy sustituida por el texto refundido que constituye la Directiva 93/38/CEE, aunque se prevén las medidas necesarias para su aplicación a entidades públicas sujetas a la Ley, en las fechas que la propia Directiva señala para los contratos de obras, suministros y servicios”.

Y la posterior Ley 48/1998, de los sectores excluidos, que sí incorpora dicha Directiva al ordenamiento jurídico español, dice en su exposición de motivos que:

“..El derecho comunitario europeo ha previsto... para los sectores excluidos... de la normativa aplicable a los contratos de las Administraciones Públicas... un régimen singular en lo que concierne a determinados aspectos de la ordenación de su actividad contractual... que... sean menos estrictos y rígidos que los establecidos en las Directrices convencionales reguladoras de la contratación de las Administraciones Públicas.”

“... el ámbito subjetivo de la Ley... se proyecta sobre las entidades públicas y privadas, exceptuándose sin embargo las Administraciones públicas y los Organismos autónomos que quedan sujetos a la regulación más estricta de la LCAP...”

Por último, se ha de precisar que el ámbito iusprivatista de las actuaciones del IBAEN, a tenor del dictado imperativo de la Ley de empresas públicas de la CAIB, puede ser alterado por normas que la superen en rango, como, aconteció con la Ley 48/1998, de los sectores excluidos, que ostenta el carácter de básico y también ocurrió con la Disposición Transitoria Sexta de la Ley 13/1995.

Sencillamente, no son disponibles fuera de los límites marcados por la ley, las cuestiones relativas al régimen jurídico aplicable o a la jurisdicción competente, que son aspectos concernientes al orden público apreciable de oficio, y si se admitiera la sujeción del IBAEN a la estricta normativa de la LCAP quedarían desvirtuadas no sólo la naturaleza jurídica de empresa pública que debe

sujetarse al derecho privado, querida tanto por la Ley de empresas públicas, como por la Ley de Presupuestos que la creó, así como por las directivas comunitarias inspiradoras de la específica regulación en los sectores excluidos, sino incluso la jurisdicción competente, pues la LCAP, según el art. 7, dirime sus controversias en el orden jurisdiccional contencioso-administrativo, lo que no es predicable de la actuación del IBAEN en sus relaciones con terceros dada su condición de empresa pública no societaria sometida al ordenamiento jurídico privado.

Cuestión distinta sería que los órganos del IBAEN en el ejercicio legítimo de sus competencias, acordasen “copiar” en su actividad contractual algunas de las reglas y procedimientos que establece la LCAP, para uno o todos los contratos, pero siempre con respeto a las normas imperativas de la Ley 48/1998, y al carácter privado de lo en ella no previsto, siendo éste conjunto ordenancista el aplicable a sus contratos con independencia de la forma o procedimiento seguidos.

Por último y a la vista del informe jurídico aportado que mantiene criterio distinto, conviene recordar que los informes emitidos por la Junta Consultiva carecen de valor vinculante.

CONCLUSIÓN-

Por todo lo expuesto esta Junta Consultiva entiende que:

- 1- La actividad contractual del IBAEN se encuentra sujeta a la Ley 48/1998, sobre procedimientos de contratación en los sectores del agua, la energía, los transportes y las telecomunicaciones, por la que se incorporan al ordenamiento jurídico español las Directivas 93/38/CEE y 92/13/CEE.
- 2- En lo no previsto en la Ley 48/1998 será de aplicación el derecho privado.