

Informe 9/07, de 12 de septiembre de 2008

Alcance de la sujeción del Consorci de Transports de Mallorca y Serveis Ferroviaris de Mallorca a la Ley 31/2007, de 30 de octubre, sobre procedimientos de contratación en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales.

Antecedentes

1. La Secretaria General de la Consejería de Movilidad y Ordenación del Territorio ha formulado la siguiente consulta a esta Junta Consultiva:

“Solicito informe relativo al alcance de la sujeción del Consorci de Transports de Mallorca y de Serveis Ferroviaris de Mallorca a la Ley 31/2007 sobre procedimientos de contratación en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales, ya que la nueva Ley afecta de lleno a la actividad que llevan a término el Consorci de Transports de Mallorca y Serveis Ferroviaris de Mallorca, con el objetivo de que sus actividades se lleven a cabo con la mayor agilidad y adecuación a la normativa vigente.”

2. La Secretaria General de la Consejería de Movilidad y Ordenación del Territorio está legitimada para solicitar informes a la Junta Consultiva de Contratación, de conformidad con el artículo 12.1 del Decreto 20/1997, de 7 de febrero, de creación de esta Junta Consultiva, y el artículo 15.1 de su Reglamento de Organización y Funcionamiento, aprobado por Acuerdo del Consejo de Gobierno, de 10 de octubre.

Al escrito no se adjunta el informe jurídico exigido en el artículo 16.3 del Reglamento, si bien recientemente se ha recibido el informe jurídico relativo a Serveis Ferroviaris de Mallorca, pero no en relación al Consorci de Transports de Mallorca. Por tanto, se reúnen parcialmente los requisitos previos de admisión para poder emitir el informe solicitado.

Consideraciones Jurídicas

1. El escrito de consulta plantea la cuestión relativa al alcance de la sujeción del Consorci de Transports de Mallorca y Serveis Ferroviaris de Mallorca a la Ley 31/2007, de 30 de octubre, sobre procedimientos de contratación en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales.

La consulta viene motivada por la aprobación de dos nuevas leyes en materia de contratación, la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público (en adelante LCSP), y la Ley 31/2007, de 30 de octubre, sobre procedimientos de contratación en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales (en adelante, Ley 31/2007), publicadas en el *Boletín Oficial del Estado* de día 31 de octubre de 2007.

La LCSP ha sustituido al Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por el Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio, en tanto que la Ley 31/2007 ha sustituido 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 (en adelante, Ley 48/1998).

2. Con anterioridad la Junta Consultiva de Contratación Administrativa ya se había pronunciado sobre el régimen jurídico aplicable en materia de contratación a Serveis Ferroviaris de Mallorca, en el informe 5/99, de 28 de mayo, y al Consorci de Transports de Mallorca, en el informe 6/07, de 2 de julio, con la conclusión que ambos entes estaban sujetos a la Ley 48/1998, reguladora de los denominados “sectores excluidos”.

Así, se determinó que tanto Serveis Ferroviaris de Mallorca como el Consorci de Transports de Mallorca debían adecuar su actividad contractual a la Ley 48/1998, de 30 de diciembre, y, en lo no previsto en esta, a la legislación específica en materia de contratación que fuera de aplicación, con sujeción a los principios de publicidad, concurrencia y no discriminación.

3. El Consorci de Transports de Mallorca (en adelante, CTM), fue creado por la Ley 8/2006, de 14 de junio, desarrollada por el Decreto 12/2007, de 23 de febrero, que aprobó sus estatutos, como un nuevo órgano con vocación de ser la única autoridad que concentra todas las competencias de la Comunidad Autónoma de las Illes Balears en la isla de Mallorca sobre el transporte público regular de viajeros, y 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 que corresponden a la Dirección General competente en materia de transportes.

El artículo 3 de esta Ley establece que el CTM *se crea como 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*. Además, se establece que *la actividad del Consorci se rige por las normas de derecho civil, mercantil o laboral, sin perjuicio de lo que disponga la normativa sobre contratos de las administraciones públicas que le sea de aplicación*.

De acuerdo con el artículo 5 de su Ley de creación, el CTM tiene como finalidad, entre otras, la planificación, el establecimiento y el mantenimiento de un sistema común de transporte en el ámbito de Mallorca, mediante la coordinación e interconexión de las redes, los servicios y las actividades que la integran, y de las actuaciones de los distintos órganos y las administraciones públicas competentes; la potenciación del uso del transporte público, el establecimiento de un sistema tarifado integrado y la racionalización y eficacia de la gestión del sistema de transporte.

4. Serveis Ferroviaris de Mallorca (en adelante, SFM) fue creado por la disposición

adicional catorce de la Ley de Presupuestos de la Comunidad Autónoma para 1994 y el Decreto 10/1994, de 13 de enero, como entidad de derecho público con personalidad jurídica propia y plena capacidad de obrar, que debe ajustar su actividad al derecho privado, con la finalidad de gestionar y explotar los servicios ferroviarios de la Comunidad Autónoma de las Illes Balears.

5. Tanto el CTM como SFM son entidades de derecho público que deben someter su actuación al ordenamiento jurídico privado. Así, de acuerdo con el artículo 17 de la Ley 3/1989, de 29 de marzo, de Entidades Autónomas y Empresas Públicas y vinculadas de la Comunidad Autónoma de las Illes Balears, la contratación de estas entidades se somete al derecho privado.

No obstante, estas disposiciones se deben interpretar teniendo en cuenta la normativa reguladora de la contratación, que tiene carácter básico. En concreto, se deben analizar las previsiones contenidas en la Ley 31/2007 y en la LCSP.

6. La Ley 31/2007 incorpora al ordenamiento jurídico español la Directiva 2004/17/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 31 de marzo de 2004, sobre la coordinación de los procedimientos de contratación en los sectores del agua, de la energía, de los transportes y de los servicios postales, y la Directiva 92/13/CEE del Consejo, de 25 de febrero de 1992, sobre coordinación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas referentes a la aplicación de las normas comunitarias en los procedimientos de adjudicación de contratos de las entidades que operen en los sectores mencionados. Por tanto, sustituye 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.

La Ley 31/2007 prevé para estos sectores de actividad un régimen normativo diferente y menos rígido y estricto que el régimen aplicable a los contratos de las administraciones públicas, asegurando en todo caso los principios de apertura del mercado, los principios de publicidad y concurrencia.

El artículo 1 de la Ley 31/2007 establece que:

La presente Ley tiene como objeto la regulación del procedimiento de adjudicación de los contratos de obras, suministro y servicios cuando contraten las entidades públicas y privadas que se recogen en el artículo 3.1 que operen en los sectores de actividad relacionados con el agua, la energía, los transportes y los servicios postales, tal como se concreta en los artículos 7 a 12, cuando su importe sea igual o superior al que se establece, respecto a cada tipo de contrato, en el artículo 16.

Así pues, para que sea aplicable la Ley 31/2007 se deben cumplir los requisitos siguientes:

- La entidad contratante tiene que estar incluida en la definición del artículo 3.1.

- La entidad tiene que operar en los sectores de actividad relacionados con el agua, la energía, los transportes y los servicios postales.
 - El contrato tiene que ser de obras, de suministros o de servicios.
 - El importe del contrato tiene que ser igual o superior al establecido en el artículo 16 para cada tipo de contrato.
7. El ámbito de aplicación subjetiva de la Ley se regula en los artículos 3 a 6 y se proyecta sobre las entidades públicas y privadas, con la excepción de las administraciones públicas y de los organismos autónomos.

Así, el apartado primero del artículo 3 establece que:

Quedaran sujetas a la presente Ley, siempre que realicen alguna de las actividades enumeradas en los artículos 7 a 12, las entidades contratantes que sean organismos de derecho público o empresas públicas y las entidades contratantes que sin ser organismos de derecho público o empresas públicas, tengan derechos especiales o exclusivos según se establece en el artículo 4. Asimismo quedarán sujetas a la presente Ley las asociaciones formadas por varias entidades contratantes.

El apartado segundo del mismo artículo define lo que debe entenderse por organismos de derecho público y por empresas públicas, en términos idénticos a las definiciones incluidas en el artículo 2 de la Directiva 2004/17/CE.

Una vez analizada la naturaleza jurídica del CTM y de SFM, debe concluirse que desde un punto de vista subjetivo ambos entes son entidades adjudicadoras sometidas a la Ley 31/2007. Además, la disposición adicional segunda de la Ley enumera, con carácter enunciativo y no limitativo, los entes que se consideran entidades contratantes a los efectos del artículo 3, entre los cuales figura, en el apartado sexto relativo a las entidades contratantes del sector de los servicios de ferrocarriles, la entidad *Ferrocarrils de Mallorca*, que sin duda se refiere a SFM, aunque no incorpore la denominación actual. El apartado séptimo, relativo a las entidades contratantes del sector de los servicios de autobuses contiene una descripción genérica de las entidades incluidas.

8. El ámbito de aplicación objetivo de la Ley se define con estricta fidelidad a la Directiva 2004/17/CE, concretando la naturaleza de los contratos que regula y el contenido material de estos.

El artículo 10, dentro de la sección relativa a las actividades sometidas a la Ley 31/2007, se refiere a los *Servicios de transporte*, y dispone que:

1. *La presente Ley 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.*
2. *Se considerará que existe una red en los servicios de transporte cuando el servicio se preste con arreglo a las condiciones operativas establecidas por la autoridad competente. Estas condiciones*

harán referencia a los itinerarios, a la capacidad de transporte disponible o a la frecuencia del servicio.

3. La presente Ley no se aplicará a las entidades que prestan al público un servicio de transporte en autobús cuando otras entidades puedan prestar libremente dicho servicio, bien con carácter general o bien en una zona geográfica determinada, en las mismas condiciones que las entidades contratantes.

Tanto el CTM como el SFM son entidades que prestan un servicio público en el campo del transporte en los términos indicados en este artículo.

En cuanto a los tipos de contratos y a los umbrales a partir de los cuales se ha de aplicar la Ley 31/2007, debe estarse a lo que prevé el artículo 1, ya mencionado, el cual dispone que la Ley se aplica a los contratos de obras, suministros y servicios cuando su importe sea igual o superior al que establece, respecto a cada tipo de contrato, el artículo 16.

Este artículo dispone que:

La presente Ley se aplicará a los contratos cuyo valor estimado, excluido el Impuesto sobre el Valor Añadido (IVA), sea igual o superior a los siguientes límites:

- a) 422.000 euros en los contratos de suministro y servicios.*
- b) 5.278.000 euros en los contratos de obras.*

No obstante, hay que tener en cuenta que estos importes han sido modificados por el Reglamento (CE) núm. 1422/2007 de la Comisión, de 4 de diciembre de 2007, por el cual se modifican las Directivas 2004/17/CE y 2004/18/CE del Parlamento Europeo y del Consejo en lo referente a los umbrales de aplicación en los procedimientos de adjudicación de contratos. Así, el artículo 1 del Reglamento establece que el artículo 16 de la Directiva 2004/17/CE queda modificado en la forma siguiente:

- a) en la letra a), el importe de «422 000 EUR» se sustituye por «412 000 EUR»;*
- b) en la letra b), el importe de «5 278 000 EUR» se sustituye por «5 150 000 EUR».*

Estas modificaciones quedaron plasmadas también en la Orden EHA/3875/2007, de 27 de diciembre, por la cual se hacen públicos los umbrales de los diferentes tipos de contratos a efectos de la contratación administrativa a partir del 1 de enero de 2008.

El régimen aplicable a los contratos excluidos del ámbito de aplicación de esta Ley que formalicen los organismos de derecho público, las entidades públicas empresariales y las sociedades mercantiles de carácter público, entre las cuales figuran el CTM y el SFM, es el que consta en la disposición adicional cuarta de la Ley 31/2007, del siguiente tenor literal:

Los organismos de derecho público a que hace referencia el artículo 3, apartado 2, letra a), las entidades públicas empresariales de la Administración General del Estado así como las entidades de igual carácter de las Comunidades Autónomas y de las entidades que integran la

Administración Local y las sociedades mercantiles de carácter público sometidas a esta Ley aplicarán, respecto de los contratos de obras, suministro y servicios que se refieran a las actividades indicadas en los artículos 7 a 12 cuyo importe sea inferior al establecido en el artículo 16, así como en aquellos otros excluidos de la presente Ley en virtud de lo dispuesto en los artículos 14 y 18, las normas pertinentes de la Ley de Contratos del Sector Público.

Por tanto, los contratos del CTM i del SFM que estén excluidos de la aplicación de la Ley 31/2007, ya sea por tratarse de un sector de actividad o de un tipo de contrato excluido del ámbito de aplicación de la Ley, o de un contrato previsto en los artículos 14 y 18, o bien, tratándose de un tipo contractual incluido, su importe sea inferior a los umbrales antes mencionados o a los que se puedan fijar en el futuro, están sometidos a las normas de la LCSP. Si bien esto es cierto, debe analizarse en qué medida es de aplicación esta ley.

9. La Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público incorpora al ordenamiento jurídico español la Directiva 2004/18/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 31 de marzo de 2004, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, de suministros y de servicios. La exposición de motivos dispone que:

A fin de ajustar el ámbito de aplicación de la Ley al de las directivas comunitarias, así como para no dejar entidades del sector público exentas de regulación, la delimitación de los entes sujetos se realiza en términos muy amplios. A estos efectos, el artículo 3.1 enumera en sus letras a) a g) las entidades que (...) se considera conveniente que, en todo caso, se sujeten a la legislación de contratos públicos (...). Para asegurar el cierre del sistema, la letra h) de este apartado –que funciona como cláusula residual y reproduce literalmente la definición de «organismo público» de la Directiva 2004/18/CE, en cuanto poder adjudicador sujeto a la misma–, garantiza que, en cualquier caso, el ámbito de aplicación de la Ley se extienda a cualquier organismo o entidad que, con arreglo a la norma comunitaria, deba estar sometido a sus prescripciones.

El artículo 2 define los contratos del sector público como aquellos contratos onerosos, sea cual sea su naturaleza jurídica, que formalicen los entes, los organismos y las entidades que se enumeran en el artículo 3, que delimita qué entes forman parte del sector público. Este artículo define los poderes adjudicadores en el apartado tercero, categoría en la que se incluyen el CTM y el SFM, los cuales, por tanto, son entes del sector público, en concreto son poderes adjudicadores que no tienen la consideración de administración pública.

De acuerdo con el artículo 20.1 de la LCSP, los contratos suscritos por los entes, organismos y entidades del sector público que no cumplan la condición de administraciones públicas tienen la consideración de contratos privados. En consecuencia, los contratos suscritos por el CTM y por el SFM son contratos privados. De conformidad con el apartado tercero de este artículo:

Los contratos privados se regirán, en cuanto a su preparación y adjudicación, en defecto de

normas específicas, por la presente Ley y sus disposiciones de desarrollo, y aplicándose supletoriamente las restantes normas de derecho administrativo o, en su caso, las normas de derecho privado, según corresponda por razón del sujeto o entidad contratante. En cuanto a sus efectos y extinción, estos contratos se regirán por el derecho privado.

Dado que la Ley distingue, dentro de las entidades del sector público, tres categorías de sujetos que presentan un nivel diferente de sumisión a sus prescripciones, debe analizarse qué normas de preparación y adjudicación de los contratos son de aplicación a los poderes adjudicadores que no tienen la consideración de administración pública. Estas normas se contienen básicamente en los artículos 121, respecto a la elaboración de pliegos, y 173 a 175 en cuanto a la adjudicación de los contratos.

A pesar de estas previsiones, la disposición adicional undécima de la LCSP establece unas especialidades para los contratos suscritos en los sectores del agua, de la energía, de los transportes y de los servicios postales. Así, establece que:

La celebración por los entes, organismos y entidades del sector público que no tengan el carácter de Administraciones Públicas de contratos comprendidos en la Ley sobre procedimientos de contratación en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales (...) se regirán por esta norma, salvo que una Ley sujete estos contratos al régimen previsto en la presente Ley para las Administraciones Públicas, en cuyo caso se les aplicarán también las normas previstas para los contratos sujetos a regulación armonizada.

Además, en cuanto a los contratos excluidos, establece que:

Los contratos excluidos de la aplicación de la Ley sobre procedimientos de contratación en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales (...) que se celebren en estos sectores por los entes, organismos y entidades mencionados, se regirán por las disposiciones pertinentes de la presente Ley, sin que les sean aplicables, en ningún caso, las normas que en ésta se establecen exclusivamente para los contratos sujetos a regulación armonizada.

Así pues, los contratos firmados por los poderes adjudicadores que actúen en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales, y que estén excluidos de la aplicación de la Ley 31/2007 se han de regir por las disposiciones de la LCSP aplicables a los contratos de los poderes adjudicadores, a excepción de las normas aplicables exclusivamente a los contratos sujetos a regulación armonizada. Es decir, la preparación y la adjudicación de estos contratos, de carácter privado, se regulan por los artículos 121 y 175 de la LCSP, y supletoriamente por las otras normas de derecho administrativo o, en su caso, las normas de derecho privado, según corresponda por razón del sujeto o entidad contratante.

En consecuencia, los contratos firmados por el CTM y SFM que estén excluidos de la Ley 31/2007 se someten a la LCSP con el alcance y las limitaciones que se han mencionado, y con sujeción a los principios de publicidad, concurrencia, transparencia,

confidencialidad, igualdad y no discriminación.

Conclusiones

1. El Consorci de Transports de Mallorca y Serveis Ferroviaris de Mallorca son poderes adjudicadores que operan en el sector de los servicios de transportes, que están sometidos a la Ley 31/2007, de 30 de octubre, sobre procedimientos de contratación en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales.
2. Los contratos de obras, suministros y servicios relativos a las actividades de transporte, que firmen el Consorci de Transports de Mallorca y Serveis Ferroviaris de Mallorca, deben someterse a la Ley 31/2007 cuando su importe sea igual o superior al que se establece, respecto a cada tipo de contrato, en el artículo 16 de la Ley 31/2007 y en sus modificaciones posteriores.
3. Los contratos del Consorci de Transports de Mallorca y de Serveis Ferroviaris de Mallorca que estén excluidos de la aplicación de la Ley 31/2007, se han de regir por las disposiciones de la LCSP aplicables a los contratos de los poderes adjudicadores, a excepción de las normas aplicables exclusivamente a los contratos sujetos a regulación armonizada, y con sujeción a los principios de publicidad, concurrencia, transparencia, confidencialidad, igualdad y no discriminación. Supletoriamente se han de regir por las otras normas de derecho administrativo o, en su caso, las normas de derecho privado.