

Informe 10/01, de 27 de juny de 2001
NORMATIVA D'APLICACIÓ A L'EMPRESA PÚBLICA IBAEN EN ELS PROCEDIMENTS DE CONTRACTACIÓ.-

ANTECEDENTS.-

La Secretaria General Tècnica de la Conselleria de Medi Ambient dirigeix escrit a aquesta Junta Consultiva i sol·licita informe urgent, el tenor del qual és el següent:

“En sol·licitud d'aquesta Secretaria General Tècnica, la Junta Consultiva de Contractació Administrativa va emetre informe 7/01, de 31 de maig de 2001, en relació amb el contracte celebrat per la conservació, manteniment i explotació de la dessaladora d'aigua de mar de la badia de Palma i serveis annexes.

Una vegada exposat l'informe al Consell d'Administració del passat 11 de juny, i ateses les seves conclusions sobre aquest, es planteja si aquestes són d'aplicació a qualsevol de les actuacions de l'IBAEN.

Atesa la diferència d'opinions entre els membres del Consell d'Administració sobre la possibilitat de fer extensiva la conclusió núm. 2, que fa referència a l'aplicació del dret privat en el que no està previst a la Llei 48/1998, per a qualsevol procediment de contractació de l'IBAEN, es sol·licita emissió d'informe urgent sobre la qüestió per a poder informar al propi Consell previst per el dia 19 de juny de 2001”.

PRESSUPOSTS D'ADMISSIBILITAT

1 La sol·licitud d'informe s'efectua per la Secretaria General Tècnica de la Conselleria de Medi Ambient, qui té legitimació per això d'acord a l'article 12.1 del Decret 20/1997, de 7 de febrer (BOCAIB núm. 24, de 25-02-1997) de creació de la Junta Consultiva, i a l'article 15.1 del Reglament d'Organització i Funcionament de la Junta (BOCAIB núm. 133 de 25-10-1997).

2 Amb la sol·licitud s'acompanya informe jurídic, segons el que preceptua l'apartat 3 de l'article 16 del Reglament esmentat.

3 La documentació aportada és suficient per a poder emetre l'informe sol·licitat al reunir-se tots els requisits previs d'admissió.

CONSIDERACIONS JURÍDIQUES

PRIMERA. La única qüestió que planteja la sol·licitant és la d'aclarir si la conclusió núm. 2 del nostre informe 7/01, de 31 de maig de 2001, té virtualitat només sobre el cas analitzat en aquell informe, o si pel contrari aquesta conclusió és d'aplicació a qualsevol contractació de l'IBAEN.

La conclusió a que es refereix estableix que el contracte, objecte de consideració en l'informe, es trobava sotmès a la Llei 48/1998, de 30 de desembre, sobre procediments de contractació en els sectors de l'aigua, l'energia, els transports i les telecomunicacions, per la qual s'incorporen a l'ordenament jurídic espanyol les Directives 93/38/CEE i 92/13/CEE. I, en el que no es preveu, s'aplicaria el dret privat.

A tal conclusió s'arribà en l'informe 7/01, després de les argumentacions que s'esgrimiren en les seves consideracions jurídiques, en especial la quinta, sobre l'aplicació supletòria del dret privat en el no previst per la Llei 48/1998, a raonaments dels quals hi ha per força que anar i sobre els que aquesta Junta Consultiva es reafirma i ratifica, i aclareix que, encara foren explicitats amb referència a un determinat contracte, els seus efectes són extrapolables a la resta de contractes d'obres, subministres i serveis (incloses en aquesta acceptió els de consultora i assistència), que la Llei 48/1998 defineix a l'article 1 com el seu objecte, i, en general, a tots els contractes que contempla la Llei de Contractes de les Administracions Públiques pel joc de la Disposició Addicional Onzena del text refós que s'aprova per Reial Decret Legislatiu 2/2000, de 16 de juny, i la Disposició Transitòria sexta de la Llei 13/1995, de 18 de maig de la que treu causa.

En aquest sentit també es va pronunciar ja aquesta Junta, a l'informe 5/99, de 28 de març de 1999, a l'ocupar-se de l'alcancç de la sujecció de les també empreses públiques SFM (Serveis Ferroviaris de Mallorca) a la Llei 48/1998.

SEGONA: Que la supletorietat del dret privat en el que no es preveu per la Llei 48/1998, és la interpretació adequada sobre la normativa a aplicar a l'activitat contractual de l'IBAEN, resulta del que disposen, d'una part, la Llei 3/1998, de 29 de març, i d'altra, la Llei 11/1989, de Pressupostos Generals de la CAIB per a 1990, per la qual es va crear l'IBAGUA.

En efecte, diu l'article 1, apartat b) sub-apartat 1, de la Llei 3/1989, que:

“La present Llei s'aplica:

a)...

b) A les empreses públiques de la Comunitat Autònoma que poden ser:

- 1- Entitats de dret públic amb personalitat jurídica pròpia sotmeses a la Comunitat Autònoma, però que ha d'ajustar la seva activitat a l'ordenament jurídic privat.
- 2- ...”

I el Capítol III d'aquesta Llei, que es titula “ De les entitats de dret públic que han d'ajustar la seva activitat al dret privat”, conté l'article 17, que, encara que es menciona a l'informe anterior, convé, de ben nou, transcriure:

“La contractació de les entitats regulades en aquest capítol es subjecte al dret privat”.

D'altra banda, la Llei 11/1989, per la qual es crea l'IBAGUA, diu en la seva disposició addicional onzena que:

“... i es crea una entitat de dret públic que actua en règim de dret privat la finalitat institucional del qual és l'estudi, projecte, construcció i explotació d'obres de captació, tractament, inclosa la potabilització, regulació i distribució d'aigües i de conservació i millora de les concessions així com de les obres, instal·lacions i serveis complementaris que siguin necessaris”.

Congruent amb aquesta normativa, no s'oblida, de imperativa aplicació, es dicta el Decret 9/1994, de 13 de gener, de constitució i organització de l'empresa pública IBAGUA que, en els articles 1 i 4, imposa la subjecció al dret privat en el seu regim de contractació.

Permesa l'ampliació de finalitat institucional de l'empresa pública IBAGUA per la disposició addicional quinta, apartat 9, de la Llei 4/1996, de 19 de desembre, de Pressuposts Generals de la CAIB per a 1997, en el sentit d'incloure la planificació energètica, es va dictar el Decret 58/1998, de 29 de maig, per la qual cosa l'IBAGUA va passar a dir-se IBAEN i que deroga l'anterior Decret, i a pesar de no haver variat els antecedents legals dels quals du causa, i de reafirmar que actua en règim de dret privat en els seus articles 1 i 4, introduí a l'apartat 2 d'aquest darrer, l'observació de que el “règim de contractació de l'Institut s'ajustarà al que disposa la Llei 13/1995, de 18 de maig, de contractes de les Administracions Públiques”, la qual cosa només es pot entendre, com ja es va dir a l'informe 7/01, com una remissió genèrica a la LCAP que, en el seu propi articulat, exclou de la seva aplicació els contractes celebrats en els sectors de l'aigua, **so pena d'entrar** en ranca contradicció amb els manaments legals.

TERCERA. No altra potser la interpretació també des del punt de vista del Dret Comunitari al qual s'han acomodat necessàriament les normes que regeixen la contractació administrativa. Així, ja l'exposició de motius de la Llei 13/1995, de Contractes de les Administracions Públiques deia que:

“...Tampoc s'ha considerat que procedeixi, pel caràcter privat de la major part de les entitats a les quals afecta, la incorporació de la Directiva 90/531/CEE, sobre els denominats sectors exclosos, avui substituïda pel text refòs que constitueix la Directiva 93/38/CEE, encara què es preveuen les mesures necessàries per la seva aplicació a entitats públiques subjectes a la Llei, en les dates que la pròpia Directiva assenyala per als contractes d'obres, subministraments i serveis”.

I la posterior Llei 48/1998, dels sectors exclosos, que sí incorpora aquesta Directiva a l'ordenament jurídic espanyol, diu en la seva exposició de motius que:

“...El dret comunitari europeu ha previst... per als sectors exclosos... de la normativa aplicable als contractes de les Administracions Públiques...un règim singular pel que fa a determinats aspectes de l'ordenació de la seva activitat contractual... que... siguin

menys estrictes i rígides que els que estableixen la Directrius convencionals que regulen la contractació de les Administracions Públiques”

“...l'àmbit subjectiu de la Llei.. es projecte sobre les entitats públiques i privades, i s'exceptuen no obstant les Administracions públiques i els organismes autònoms que queden subjectes a la regulació més estricta de la LCAP...”

En darrera instància, s'ha de precisar que l'àmbit iusprivatista de les actuacions de l'IBAEN, a tenor del dictat imperatiu de la Llei d'empreses públiques de la CAIB, només pot ser alterat per normes que la superin en rang, el qual no succeeix amb el Decret 58/1998, que estableix el seu règim jurídic, però si esdevé amb la Llei 48/1998, dels sectors exclosos, que ostenta el caràcter de bàsic i també ocorria amb la Disposició Transitòria Sexta de la Llei 13/1995.

Senzillament, no són disponibles fora dels límits que marca la Llei, les qüestions relatives al règim jurídic aplicable o a la jurisdicció competent que són aspectes que fan referència a l'ordre públic apreciable d'ofici, i si s'admetés la subjecció de l'IBAEN a l'estricta normativa de la LCAP restarien desvirtuades no només la naturalesa jurídica d'empresa pública que ha de fer-se al dret privat, estimada tant per la Llei d'empreses públiques com per la Llei de Pressuposts que la creà, així com per les directrius comunitàries que inspiren l'específica regulació en els sectors exclosos, sinó inclòs la jurisdicció contenciós administratiu, la qual cosa no és predicable de l'actuació de l'IBAEN en les seves relacions amb tercers donada la seva condició d'empresa pública no societaria sotmesa a l'ordenament jurídic privat.

Qüestió distinta seria que els òrgans de l'IBAEN a l'exercici legítim de les seves competències, acordasin “copiar” en la seva activitat contractual algunes de les regles i procediments que estableix la LCAP, per un o tots els contractes, però sempre amb respecte a les normes imperatives de la Llei 48/1998, i al caràcter privat del que en ella no està previst, essent aquest conjunt ordenancista l'aplicable als contractes amb independència de la forma o procediment que el segueixen.

En darrer lloc i a la vista de l'informe jurídic que aporta que manté criteri distint, convé recordar que els informes emesos per la Junta Consultiva manca de valor que el vinculi.

CONCLUSIÓ:

Per tot el que s'exposa aquesta Junta Consultiva entén que:

- 1 L'activitat contractual de l'IBAEN es troba subjecte a la Llei 48/1998, sobre procediments de contractació en els sectors de l'aigua, l'energia, els transports i les telecomunicacions, per la qual s'incorporen a l'ordenament jurídic espanyol les Directives 93/38/CEE i 91/13/CEE.

2 El que no es preveu a la Llei 48/1998 serà d'aplicació el dret privat.