

INFORME 6/2007, DE 2 DE JULIOL DE 2007.

SOBRE LEGISLACIÓ APLICABLE A L'ACTIVITAT CONTRACTUAL DESENVOLUPADA PEL CONSORCI DE TRANSPORTS DE MALLORCA .

ANTECEDENTS

Per la Secretaria General, per vacant, la Directora General d'Arquitectura i Habitatge de la Conselleria d'Obres Públiques, Habitatge, i Transports de la comunitat autònoma de les Illes Balears se sol·licita un informe a aquesta Junta Consultiva de Contractació Administrativa sobre l'assumpte de referència, en escrit de data 17 de maig de 2007, del següent tenor:

“ D'acord amb el que preveu l'article 65.1 de la Llei 3/2003, de 26 de març, de Règim jurídic de l'Administració de la comunitat autònoma de les Illes Balears, i a l'efecte d'obtenir l'assessorament necessari per aclarir els dubtes sobre l'abast de l'aplicació de 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 al Consorci de Transports de Mallorca (CMT) creat per la Llei 8/2006, de 14 de juny, com a una entitat pública subjecta al dret privat i adscrit a la Conselleria d'Obres Públiques, Habitatge y Transports, s'eleva a la Junta Consultiva de Contractació Administrativa sol·licitud d'informe jurídic.

S'acompanya l'esborrany d'un informe emès per un despatx d'advocats consultat per aquests ens, sobre la qüestió plantejada”.

PRESUPOSITS D'ADMISSIBILITAT

- 1.-** La sol·licitud de l'informe la presenta el Secretari General de la Conselleria d'Obres Públiques, Habitatge y Transportes de la comunitat autònoma de les Illes Balears qui, segons l'article 12.1 del Decret 20/1997, de 7 de febrer i l'article 15.1 del seu reglament d'organització i funcionament aprovat per acord del Consell de Govern de 10 d'octubre de 1997, està legitimat per això.
- 2.-** A la petició s'adjunta l'informe jurídic d'acord amb el Reglament d'organització i funcionament d'aquesta Junta Consultiva, aprovat per acord del Consell de Govern de 10 d'octubre de 1997.
- 3.-** S'han complimentat tots els requisits formals per a l'emissió d'aquest informe.

CONSIDERACIONS JURÍDIQUES

Primer. La qüestió plantejada fa referència al règim jurídic contractual aplicable al Consorci de transports de Mallorca creat per la Llei 8/2006, de 14 de juny. La resposta, doncs, ha de ser estudiada d'acord amb la legislació espanyola vigent aplicable al cas i amb la naturalesa i les finalitats del propi ens que s'examina.

En principi, deduït del contingut de la llei de creació del consorci, la normativa vigent aplicable a aquest supòsit la constitueix el Reial Decret Legislatiu 2/2000, de 16 de juny pel que s'aprova el text refós de la Llei de Contractes de les Administracions Públiques i, 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.

Sense detriment d'allò anterior, es necessari fer una prèvia referència a les Directives Comunitàries sobre la matèria ja que elles constitueixen la base, el fonament de tota la legislació espanyola en contractació pública donat que aquesta es conseqüència de l'adaptació a la legislació nacional de les directives contingudes en les normes comunitàries.

Segon. Les primeres directives comunitàries sobre contractació pública (71/305/CE y 77/62/CE) ja exclouren del seu àmbit d'aplicació, i valgui la redundància, els anomenats “sectors exclosos”, transports entre d'ells, que quedaven sotmesos en exclusiva a la directiva 90/531/CE.

Amb posterioritat, les directives 93/36/CE, 93/37/CE y 92/50/CE que regulen respectivament normes sobre contractes de subministraments, obres, serveis i sobre normes de contractació dels anomenats “sectors exclosos” reiteren el mateix àmbit d'actuació de les anteriors directives que actualitzen.

En l'actualitat existeixen dues directives en vigor (2004/18/CE, de 31 de març i la 2004/17/CE de 31 de març) que modifiquen i actualitzen les anteriors i que fins la data no han estat **traslladades** a la legislació espanyola i que és necessari examinar donat el seu caràcter de normativa directament aplicable, en molts d'aspectes de la seva regulació, i d'obligat compliment per part dels Estats membres.

L'article 12 de la Directiva 2004/18/CE estableix que no s'aplicarà el contingut de la directiva als contractes públics inclosos en l'àmbit d'aplicació de la Directiva 2004/17/CE, adjudicats per poders adjudicadors que exerceixin una o varies de les activitats contemplades en els articles 3 a 6 de l'esmentada Directiva i s'adjudiquin per a desenvolupar aquestes activitats. Per la seva part l'article 5 de la Directiva 2004/17/CE estableix que aquesta norma s'aplicarà

a les activitats de posta a disposició o explotació de xarxes que presten un servei públic en el camp del transport per ferrocarril, sistemes automàtics, tramvia, trolebús, autobús o cable.

Conseqüentment amb tot això anterior, s'ha d'afirmar que la normativa comunitària en la matèria estudiada, des dels seus inicis, i manté actualment una clara voluntat que els anomenats “sectors exclosos” siguin essent, diguem, exclosos dels procediments normals d'adjudicació dels contractes administratius, mantenint una regulació especial per aquells.

Tercer.- Pel que respecta a la legislació espanyola, el redactor de la norma admet, com no podria ser d'una altra manera, l'exclusió dels sectors exclosos de l'aplicació del Reial Decret Legislatiu 2/2000, de 16 de juny, mantenint plenament en vigor el contingut de la Llei 48/1998, 30 de desembre, però introduint certes matisacions que es precís examinar.

El primer examen que és deu dur a terme, en la nostra legislació, és el contingut de la disposició addicional onzena de la LCAP que en el seu apartat 2 diu textualment: “Les entitats públiques incloses en l'àmbit de la Llei 48/1998, de 30 de desembre, es regiran, en allò no previst en la mateixa, per les seves normes de contractació específiques”.

Per la seva part la Llei 48/1998, de 30 de desembre, esmentada, es congruent amb la disposició de la LCAP transcrita que, si bé deixa fora del seu àmbit d'aplicació a l'Administració General de l'Estat, les Administracions de les CC.AA., les Corporacions Locals i els organismes autònoms que d'ells depenen que es regiran per la LCAP sigui com sigui la matèria objecte de contractació, manté subjecta a la seva regulació a les entitats de dret públic amb personalitat jurídica pròpia, vinculades o dependents de qualsevol de les Administracions Públiques enumerades anteriorment, a les associacions formades per les esmentades entitats de dret públic i a les empreses públiques que reuneixin determinats requisits.

Quart. Arribant a aquest punt, per donar resposta a la qüestió que intentam dilucidar és necessari aclarir dos incògnites: Per una banda determinar quina és la naturalesa jurídica del Consorci i per altra, si la seva activitat encaixa dins de l'àmbit d'allò que hem estat anomenant al llarg d'aquest els “sectors exclosos”

Donar resposta a la primera de les qüestions, determinar la naturalesa jurídica del Consorci, es farà pel sistema d'exclusió d'entre les entitats contractants que enumera la Llei 48/1998, de 30 de desembre, dient que el Consorci no és una associació de les que defineix la lletra b) de l'article 2, ni és una empresa pública ja que aquest Consorci en res té de semblant amb el concepte de empresa com organització de mitjans de producció per a la producció de bens

pel mercat, essent innecessari procedir a l'examen de determinar si concorren en els requisits de la lletra c) de l'article 2 ja que negam la naturalesa jurídica d'empresa al CTM. Per tant l'única entitat contractant que s'ha de tenir en compte és la definida en la lletra a) de l'esmentat article 2, és a dir, que el consorci sigui una entitat de Dret públic amb personalitat jurídica pròpia no integrada en l'Administració Pública del nombre 2 de l'esmentat article 2 de la Llei 48/1998, de 30 de desembre.

En aquest punt de l'informe ha d'entrar a col·locació la legislació autonòmica reguladora de les entitats autònomes i empreses públiques i vinculades de la Caib, en concret la Llei 3/1989, de 29 de març que en el seu article 1 estableix com àmbit d'aplicació, entre d'altres, a les entitats de Dret públic amb personalitat jurídica pròpia sotmeses a la comunitat autònoma i que han d'ajustar la seva activitat a l'ordenament jurídic privat. Aquesta descripció coincideix plenament amb la naturalesa jurídica que l'article 3 de la Llei 8/2006, de 14 de juny atorga al CTM al definir-lo com entitat pública subjecta al Dret privat i, conseqüentment, li és d'aplicació directa aquesta normativa que en el seu article 17 estableix que a les entitats de Dret públic que tinguin que ajustar la seva activitat al dret privat se subjectaran a aquest en quant a la seva activitat de contractació. No obstant això, i com ja s'informà en el d'aquesta Junta Consultiva núm. 7/2001, de 31 de maig, el contingut d'aquest article 17 no es pot invocar de manera preferent donat que es veu afectat pel caràcter bàsic de la Llei 48/1998, de 30 de desembre, però sí que té un caràcter supletori en el sentit de què, com indica la pròpia LCAP en la seva disposició addicional onzena, en allò no previst en la normativa reguladora en matèria de contractes, és a dir, la Llei 48/1998, s'aplicaran les normes de contractació específiques i, si no n'hi ha, la normativa de dret privat, com diu) la llei de creació del Consorci en relació amb la Llei 3/1989, de 29 de març.

Cinquè. Determinada la naturalesa jurídica del consorci com entitat de Dret públic de les contemplades en la lletra a) del punt 1. De l'article 2 de la Llei 48/1998, de 30 de desembre, procedeix examinar si la seva activitat, si les seves funcions o finalitats s'emmarquen dins dels que hem vingut en anomenar "sectors exclosos" que, en cas afirmatiu, supondria estar davant els dos supòsits, davant els dos requisits necessaris per a determinar la submissió del CTM a la normativa de la Llei 48/1998, de 30 de desembre.

Sisè.- El CTM fou creat per la Llei 8/2006, de 14 de juny com instrument per a donar solució a la manca de coordinació en el transport de Mallorca en el seu conjunt. Es crea com un nou "òrgan" amb vocació de ser l'única autoritat que concentra totes les competències de la comunitat autònoma de les Illes Balears en l'illa de Mallorca sobre el transport públic regular de viatgers. Així ja estava previst en el Pla Director Sectorial del Transport de les Illes Balears aprovat el 4 de setembre de 2004, qui contempla la figura jurídica del Consorci com l'única autoritat i ens instrumental pe al desenvolupament de polítiques

concertades d'ordenació del transport públic regular de viatgers en les seves diverses modalitats.

Així doncs, en l'article 1r de la indicada Llei s'estableix que es crea el Consorci amb la finalitat d'articular la cooperació econòmica, tècnica i administrativa per exercir de forma conjunta y coordinada les competències en matèria d'ordenació i gestió del transport públic regular de viatgers.

D'acord amb aquesta mateixa llei, en el seu article 3r s'estableix que el CTM es crea com una entitat pública subjecta al dret privat, amb personalitat jurídica i patrimoni propi e independent dels seus membres i amb plena capacitat d'obrar per al compliment des seus fins. S'afegeix en l'apartat 2n del mateix article que l'activitat del consorci es regeix per les normes del dret civil, mercantil o laboral, sense perjudici del que disposi la normativa sobre contractes de les administracions públiques que li siguin d'aplicació.

Setè.- D'acord amb allò assenyalat en els punts anteriors d'aquest informe i pel contingut de la llei creadora del consorci, no hi ha cap dubte que el CTM opera en el sector del transport públic regular de passatgers i de què, en conseqüència, li és d'aplicació directa i prioritària la legislació continguda en la Llei 48/1998, de 30 de desembre, sobre els procediments de contractació en els sectors de l'aigua, l'energia, els transports i les telecomunicacions i, en allò no previst en la mateixa per la seva normativa específica si la tingués i de manera supletòria la normativa privada garantint en tota la seva activitat contractual l'aplicació dels principis de la contractació pública de publicitat, concurrència i no discriminació tal i com es pot entreveure que és voluntat del legislador al redactar l'apartat segon del punt 2 de la disposició addicional onzena de la LCAP, però únicament quan s'operi en el camp dels transports, estant tot la resta de la seva activitat contractual sotmesa plenament a la LCAP, tal i com diu l'article 12 de la Directiva 2004/18/CEE d'aplicació directa en el regne d'Espanya al no haver sigut traslladada en terme a la seva normativa nacional.

CONCLUSIÓ:

Al Consorci del Transport de Mallorca, pel que fa a la seva actuació en el camp dels transportes públics, adequarà la seva activitat contractual a la Llei 48/1008, de 30 de desembre i, en allò no previst en la mateixa a la seva legislació específica en matèria de contractació si la tingués, essent legislació supletòria la de dret privat.

La resta de la seva activitat contractual, aliena al sector del transport, quedarà sotmesa a la LCAP.

En tot cas el Consorci del Transport de Mallorca deurà ajustar la seva activitat contractual als principis de publicitat, concurrència i no discriminació.