

INFORME 2/07 DE 29 DE MARÇ DE 2007

NATURALESA DE LES RELACIONS JURÍDIQUES ENTRE TRAGSA I LA COMUNITAT AUTÒNOMA DE LES ILLES BALEARS ARRAN DE LA MODIFICACIÓ DE L'ARTICLE 3 DE LA LLEI DE CONTRACTES DE LES ADMINISTRACIONS PÚBLIQUES, MITJANÇANT LA DISPOSICIÓ ADDICIONAL QUARTA DE LA LLEI 42/2006, DE 26 DE DESEMBRE DE PRESSUPOSTS GENERALS DE L'ESTAT PER A L'ANY 2007.

ANTECEDENTS

El viceinterventor general de la Comunitat Autònoma de les Illes Balears sol·licita un informe a aquesta Junta Consultiva de Contractació Administrativa, sobre l'assumpte de referència, en escrit de data 19 de febrer de 2007, del següent tenor:

“Per Llei de Corts Generals 42/2006, de pressuposts generals de l'Estat per al 2007, s'ha modificat el paràgraf l) de l'apartat 1 de l'article 3 del Text refós de la Llei de contractes de les administracions públiques, aprovat per Reial decret legislatiu 2/2000, de 16 de juny, que queda redactat de la manera següent.

1. Queden fora de l'àmbit de la present Llei:

- 1) Les encomandes de gestió que es confereixin a entitats i societats el capital del qual sigui en la seva totalitat de titularitat pública i sobre les quals l'Administració que efectua l'encomanda ostenti un control anàleg al que exerceix sobre els seus propis serveis, sempre que aquestes societats i entitats realitzin la part essencial de la seva activitat amb l'entitat o entitats que les controlen.*

En aquesta nova redacció es concreten els requisits de control i activitat que han de concórrer en les entitats per considerar que les actuacions que s'hagin de dur a terme per mitjà d'encomandes restin fora de l'àmbit d'aplicació de la Llei de contractes.

El passat 7 de febrer de 2006, a instància de la Secretaria general de la Conselleria d'Economia, Hisenda i Innovació, la Junta Consultiva va emetre l'informe 1/2006, sobre els criteris que ha de tenir en compte l'Administració de la Comunitat Autònoma de les Illes Balears a l'hora de fer contractes amb les entitats que tinguin la condició de mitjans propis, consideració especial a TRAGSA,SA.

En l'apartat 2 de les conclusions de l'esmentat informe es manifesta el següent:

Excepcionalment, aquesta característica d'ens instrumental (mitjà propi i servei tècnic de l'Administració) per considerar-se que concorre (per així haver estat declarat legalment i jurisprudencialment) en TRAGSA, respecte de l'Administració de la Comunitat Autònoma de les Illes Balears, per tal com:

La Llei estatal 66/1997, de 30 de desembre i la Llei balear 9/1997, de 22 de desembre, en unió de la sentència del TJCE, de 8 de maig de 2003, declaren expressament la seva naturalesa de mitjà instrumental no tan sols de l'Estat sinó també de les comunitats autònomes.

A la vista de la nova redacció del paràgraf l) de l'article 3.1 de la Llei de contractes i amb l'objecte de conèixer la interpretació que al respecte li mereix, i en virtut del que s'estableix en els articles 12.1 del Decret 20/1997, de 7 de febrer, de creació de la Junta Consultiva, i de l'article 15.1 del seu Reglament d'organització i funcionament, es sol·licita informe sobre la qüestió que tot seguit es planteja:

S'ha alterat la possibilitat d'utilitzar a TRAGSA, SA com a mitjà propi de l'Administració autonòmica amb l'entrada en vigor de la Llei de Corts Generals 42/2006, de 26 de desembre, que modifica el paràgraf l) de l'apartat 1 de l'article 3 de la Llei de contractes de les administracions públiques?

S'acompanya l'informe dels Serveis Jurídics de la Conselleria d'Economia, Hisenda i Innovació, d'acord amb el disposa l'apartat 3 de l'article 16 del Reglament d'organització i funcionament de la Junta Consultiva."

PRESSUPÒSITS D'ADMISSIBILITAT

1. La sol·licitud d'informe la presenta el viceinterventor general 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 a això.
2. A la petició s'adjunta l'informe jurídic a què es refereix l'article 16 del Reglament citat.
3. S'han complimentat tots els requisits formals per a l'emissió d'aquest informe.

CONSIDERACIONS JURÍDIQUES

PRIMERA. La sol·licitud d'aquest informe és conseqüència de les modificacions introduïdes per la disposició addicional quarta de la Llei 42/2006, de 26 de desembre, per la qual s'aproven els pressuposts generals de l'Estat per a l'any 2007, en l'article 3º del Reial decret legislatiu 2/2000 de 16 de juny (LCAP), amb la introducció de la lletra l) pel Reial decret llei 5/2005, d'11 de març, que va donar lloc a l'emissió de l'informe 1/2006 d'aquesta Junta Consultiva, sobre els criteris que s'han de tenir en compte per la Comunitat Autònoma de les Illes Balears en les seves relacions contractuals amb entitats que tinguin la condició de mitjans propis i en consideració especial a Tragsa.

Se sol·licita per la Viceintervenció general, saber si amb la modificació legal abans al·ludida s'han alterat les possibilitats d'utilitzar a Tragsa SA com a mitjà propi de l'administració autonòmica, tal i com establia l'esmentat informe d'aquesta Junta Consultiva 1/06.

SEGONA. Per donar resposta a aquesta pregunta és necessari detallar quines han estat realment les modificacions introduïdes així com conèixer quines han estat les raons que han ocasionat tal variació.

La lletra l) de l'article 3 de la LCAP, introduïda pel Reial decret llei 5/2005, d'11 de març, establia com a negocis i contractes exclosos de la mateixa:

“Les encomanes de gestió que es realitzin a les entitats i a les societats el capital del qual pertanyi totalment a la pròpia Administració pública.”

(el subratllat és nostre).

La lletra l) de l'article 3 de la LCAP, amb les modificacions introduïdes per la disposició addicional quarta de la Llei 42/2006, de 26 de desembre, per la qual s'aproven els pressuposts generals de l'Estat per a l'any 2007, queda redactat de la manera següent:

“Les encomanes de gestió que es confereixin a entitats o societats el capital del qual sigui en la seva totalitat de titularitat pública i sobre les que l'Administració que efectua l'encomana ostenti un control anàleg al que exerceix sobre els seus propis serveis, sempre que aquestes societats i entitats realitzin la part essencial de la seva activitat amb l'entitat o entitats que la controlen.”

(el subratllat és nostre).

De la lectura d'aquestes dues redaccions donades a la norma es desprèn amb tota claredat que el que ha pretès el legislador amb aquesta nova redacció és donar ple compliment als requisits que en el seu dia exigí la doctrina del TJCE (sentències d'11 de gener de 2005, de 13 de gener de 2005, sentència Tekal, les quals motivaren la modificació de la LCAP de 2005), per poder parlar de les relacions jurídiques-contractuals denominades “in house providing” i aclarir el dubte sobre el requisit de la titularitat del capital social de les entitats encomanades que ocasionava la redacció anterior. Tot això desenvolupat amb amplitud a l'informe d'aquesta Junta Consultiva 1/06 i que donam aquí per reproduïts.

Les modificacions recents introduïdes en la lletra l) de l'apartat 1) de l'article 3 de la LCAP no fan, como hem exposat, sinó transcriure al Dret espanyol la doctrina jurisprudencial del TJCE, establint uns requisits acumulatius necessaris per a que es pugui parlar d'encomana de gestió com un dels supòsits d'exclusió de l'àmbit d'aplicació de la LCAP, requisits que ja exposàvem com a necessaris al donar una interpretació del contingut anterior de la lletra l) de l'article 3.1 de la LCAP en l'informe d'aquesta Junta Consultiva 1/06.

De la lectura de la modificació introduïda en el contingut de la lletra l) de l'article 3.1 de la LCAP per la disposició addicional quarta de la Llei 42/2006 es desprèn que els requisits necessaris, tots ells, per poder parlar d'encomana de gestió com a supòsit d'exclusió de l'àmbit d'aplicació de la LCAP són:

1. Que el capital de l'entitat encomanada sigui en la seva totalitat de titularitat pública.
2. Que l'Administració encomanant ostenti sobre l'entitat encomanada un control anàleg al que exerceix sobre els seus propis serveis.
3. Que l'entitat encomanada realitzi la part essencial de la seva activitat amb l'entitat o entitats públiques que la controlen.

És a dir, la modificació introduïda coincideix amb la interpretació que aquesta Junta Consultiva va fer en el seu Informe 1/06, sobre el contingut de la lletra l) de l'article 3.1 de la LCAP. Però cal desenvolupar cada un d'aquests requisits amb la finalitat de donar resposta a la sol·licitud d'informe de la Viceintervenció General de la CAIB.

TERCERA. Primer requisit: Que el capital de l'entitat encomanada sigui en la seva totalitat de titularitat pública.

Abans de la reforma actual, el legislador considerava que per poder parlar d'encomana de gestió como un dels supòsits d'exclusió de l'aplicació de la LCAP era suficient que concorregués el requisit de que el capital social de l'entitat contractant pertanyés totalment a la pròpia Administració pública. Aquesta expressió va causar certa confusió als interpretadors de la norma en el sentit què per a parlar de l'encomana de gestió, per a uns, es requeria que l'Administració que conferia l'encomana fos l'única titular de l'entitat encomanada, en canvi per a altres era suficient que el capital de l'entitat encomanada pertanyés íntegrament a l'Administració pública amb independència de quina o quines fossin les Administracions participants en el capital. Aquest últim era el parer de l'Advocacia de l'Estat en la seva Instrucció 2/2006 i el d'aquesta Junta Consultiva en el seu Informe 1/06.

Així doncs, amb aquesta modificació al precepte que comentam no fa altra cosa que admetre les encomanes de gestió no solament a aquelles entitats el capital del qual pertanyi totalment a l'Administració contractant sinó també a entitats sempre que el seu capital sigui exclusivament públic encara que pertanyi a diverses Administracions. D'aquesta manera s'acaba amb la incertesa a què conduïa l'anterior redacció de la norma i que nosaltres ja havíem interpretat en el sentit de la redacció actual, fent una interpretació de la doctrina jurisprudencial del TJCE en l'informe tantes vegades al·ludit.

En relació amb l'empresa pública TRAGSA, s'ha de dir que el seu capital social pertany en la seva totalitat a l'Administració pública, per tant concorre en aquesta el primer dels requisits que estableix la Llei per poder afirmar que a les relacions contractuals d'aquella amb l'Administració, entre la que incloem les CC.AA., no se'ls aplica la LCAP.

QUARTA. Segon requisit: Que l'Administració encomanant ostenti sobre l'entitat encomanada un control anàleg al que exerceix sobre els seus propis serveis.

Saber si concorre aquest requisit en les relacions contractuals que duu a terme l'Administració pública amb TRAGSA ens obliga a examinar i transcriure alguns dels preceptes de la seva normativa reguladora, que és bàsicament l'article 88 de la Llei 66/1997, de 30 de desembre de mesures fiscals, administratives i de l'ordre social, i el Reial Decret 371/1999, de 6 de març.

L'article 88.4. de la Llei 66/1997 diu: "TRAGSA, com a mitjà propi instrumental i servei tècnic de l'Administració, està obligada a realitzar amb caràcter exclusiu, per sí mateixa o les seves filials, els treballs que li encomanin l'Administració general de l'Estat, les Comunitats Autònomes i els organismes públics dependents d'aquelles, en les matèries que constitueixin l'objecte social de l'empresa..." (el subratllat és nostre).

L'article 88.5. de la Llei 66/1997, diu: "Ni TRAGSA ni les seves filials podran participar en els procediments per a l'adjudicació de contractes convocats per les Administracions Públiques de les que sigui mitjà propi..."

L'article 3.1 del Reial decret 371/1999 assenyala: "TRAGSA i les seves filials són mitjans propis instrumentals i serveis tècnics de l'Administració general de l'Estat, de la de cada Comunitat Autònoma que així ho disposi i dels organismes dependents d'aquella i d'aquests.

Els diferents Departaments o Conselleries de les citades Administracions públiques, així com els seus organismes dependents i les entitats de qualsevol naturalesa vinculades a aquelles per a la realització dels seus plans d'actuació, podran encomanar a TRAGSA o a les seves filials els treballs i activitats que precisin per a l'exercici de les seves competències i funcions, així com les que resultin complementàries o accessòries, d'acord amb el règim establert en aquest Reial decret.

2. TRAGSA i les seves filials estan obligades a realitzar els treballs i activitats que li siguin encomanades per l'Administració. Aquesta obligació es refereix, amb caràcter exclusiu, als encàrrecs que els formuli com a mitjà propi instrumental i servei tècnic, en les matèries que constitueixin el seu objecte social".

De la lectura d'aquests preceptes, es conclou que TRAGSA s'identifica com un mitjà propi instrumental no tan sols de l'Administració General de l'Estat, sinó també d'aquelles comunitats autònomes que així ho hagin acordat, estant obligada amb aquestes a dur a terme les feines que li encomanin de manera obligada com si es tractés d'un servei propi de la Comunitat Autònoma.

De la mateixa manera, a escala autonòmica, com ja es va exposar en l'Informe d'aquesta Junta Consultiva 1/06, la Llei 9/1997, de 22 de desembre, de mesures tributàries i administratives de la Comunitat Autònoma de les Illes Balears, va dedicar l'article 24 a la regulació de les actuacions que, a títol obligatori, duen a terme les empreses de la Comunitat Autònoma de les Illes Balears com a mitjà propi instrumental i servei tècnic de l'Administració autonòmica i, en el punt 5 del mateix article establia que:

“El règim previst en els articles anteriors (la consideració com a mitjà propi instrumental i servei tècnic autonòmic) és aplicable, en els mateixos termes, a les obres, els treballs i les activitats que la societat estatal Empresa de Transformació Agrària, Societat Anònima, (TRAGSA), com a mitjà de desenvolupament rural i de conservació del medi ambient, duu a terme, a títol obligatori i per ordre de l'Administració de la comunitat autònoma de les Illes Balears, en territori de la Comunitat Autònoma”.

De la mateixa manera foren considerats els preceptes anteriors pel Tribunal de Justícia de les Comunitats Europees (STJCE de 8 de maig de 2003, sentència TRAGSA), en declarar:

“En efecte en virtut de l'article 88, apartat quart de la Llei 66/1997, de 30 de desembre, TRAGSA (como a mitjà propi instrumental i de servei tècnic de l'Administració espanyola) està obligada a dur a terme amb caràcter d'exclusivitat els treballs que li encarregui l'Administració General de l'Estat, les comunitats autònomes i els organismes públics d'aquelles dependents.”

CINQUENA. I, tercer requisit: Que l'entitat encomanada realitzi la part essencial de la seva activitat amb l'entitat o entitats públiques que la controlen.

En conseqüència, entenem que la nova redacció donada a la lletra l) de l'apartat 1) de l'article 3 de la LCAP, no altera el règim jurídic de les relacions jurídiques aplicable a las encomanes de gestió que s'encarreguin a TRAGSA per la Comunitat Autònoma Illes Balears, en considerar a TRAGSA com a mitjà instrumental d'aquesta; al contrari, la modificació el que fa és donar una major claredat als criteris a seguir per a l'aplicació de les relacions jurídiques del “In house providing”, assumint la legislació de contractes espanyola els requisits que la jurisprudència del TSJCE ha anat exigint al llarg de les seves sentències.

CONCLUSIÓ

La nova redacció de la lletra l) de l'article 3.1 del TRLCAP no altera les conclusions de l'Informe d'aquesta Junta Consultiva 1/06 ja que aquella no fa sinó recollir amb major claredat els requisits que la jurisprudència del TSJCE venia exigint per admetre la figura de l'encomana de gestió a Tragsa com a supòsit d'inaplicació de la legislació de contractes administratius, requisits que serviren de base a aquesta Junta Consultiva per a realitzar les conclusions de l'Informe 1/06 que se ratifiquen plenament amb aquest.

Aprovat per la Comissió Permanent de dia 29 de març de 2007