



INFORME 8/2008, DE 10 DE JULIO, SOBRE APLICACIÓN DE LA LEY 30/2007, DE 30 DE OCTUBRE, DE CONTRATOS DEL SECTOR PÚBLICO A LA EMPRESA GESTIÓN Y DESARROLLO DEL MEDIO AMBIENTE DE MADRID, S.A.

ANTECEDENTES

El Consejero Delegado de la Empresa Gestión y Desarrollo del Medio Ambiente de Madrid, S.A. (GEDESMA) formula la siguiente consulta:

El día 31 de octubre de 2007 se publicó en el B.O.E. la Ley de Contratos del Sector Público (LCSP), que entró en vigor el pasado día 1 de mayo de 2008, presentando la nueva Ley novedades que afectan a la delimitación de su ámbito de aplicación, como consecuencia de ajustarlo al de las Directivas comunitarias, así como para no dejar entidades del sector público exentas de regulación.

Así, dentro de las entidades del sector público, la Ley distingue tres categorías de sujetos que presentan un diferente nivel de sometimiento a sus prescripciones:

- *Administraciones Públicas.*
- *Poderes adjudicadores que no ostentan la condición de Administraciones Públicas (entidad que haya sido creada específicamente para satisfacer necesidades de interés general que no tengan carácter industrial o mercantil).*
- *Entes, organismos y entidades que no tienen la consideración de poderes adjudicadores (entidad que haya sido creada específicamente para satisfacer necesidades de interés general que tengan carácter industrial o mercantil).*

Así resulta del artículo 3, apartados 2 y 3, en relación con los artículos 122, 173 y 176 de la LCSP.

GESTIÓN Y DESARROLLO DEL MEDIO AMBIENTE DE MADRID, S.A. (GEDESMA) es una sociedad mercantil adscrita a la Consejería de Medio Ambiente y Ordenación del Territorio, en cuyo capital social la participación de la Administración de la Comunidad Autónoma de Madrid es del 100 %. Se trata por tanto de una entidad que, sin ser Administración Pública, está integrada en el sector público, tal y como lo define la Ley.

La cuestión que se suscita es la de determinar si GEDESMA es o no poder adjudicador, a los efectos de precisar el régimen jurídico aplicable a su actividad contractual.

En este sentido, y para determinar la categoría de sujetos en que se incluye GEDESMA, es preciso que, atendiendo principalmente a su objeto social, se determine si la finalidad de la sociedad es o no mercantil (o industrial).

El artículo 3 de los Estatutos de GEDESMA se refiere a su objeto social en los siguientes términos:

“La Sociedad tendrá por objeto la elaboración, desarrollo y ejecución, por sí o mediante contratación con terceros, de planes estratégicos, estudios, proyectos, obras y programas relacionados con el medio ambiente, en su más amplio sentido, encaminados a la conservación, restauración y mejora del mismo.

En relación con las actividades señaladas en el párrafo anterior, el objeto se extiende a todas aquellas actuaciones que se precisen para preservar y/o mejorar la calidad del medio ambiente, de modo directo o indirecto, incluyendo a título meramente enunciativo, acciones de investigación y desarrollo, construcción, gestión y/o explotación de cualesquiera instalaciones relacionadas con el medio ambiente, así como la formación, información, publicidad y divulgación por cualquier medio de cualesquiera actuaciones relacionadas con aquél, colaboración con instituciones diversas públicas o privadas, que estén relacionadas con el medio ambiente, directa o indirectamente.

Las actividades enunciadas podrán ser realizadas por la sociedad, total o parcialmente, de modo directo o indirecto, mediante la titularidad de acciones y/o participaciones en sociedades con objeto idéntico, análogo o relacionado con el mismo, incluso mediante la constitución de cualquier tipo de sociedades.

Igualmente, las actividades enunciadas en el presente artículo podrán ser desarrolladas por la Sociedad en el ámbito territorial de la Comunidad Autónoma de Madrid, en el ámbito del territorio nacional o internacional sin limitación.”

Visto el objeto social de la sociedad, la cuestión a resolver es la siguiente, ¿es su finalidad mercantil?

Para ello tan sólo daremos unas pautas que parecen indicar que su finalidad sí es mercantil. Son las siguientes:

- *Atendiendo al objeto de la entidad, podemos afirmar que el mismo no se vincula a potestades públicas, existiendo un mercado para los bienes o servicios que proporcione GEDESMA. Esto orienta su calificación hacia una actividad de interés general mercantil o industrial.*
- *Existencia de una competencia desarrollada: indicio de que se trata de una entidad que persigue una finalidad de carácter mercantil o industrial.*
- *No existen mecanismos para compensar pérdidas (ordinariamente, transferencias presupuestarias por parte de la Administraciones Públicas): ello permite apreciar que se está en presencia de una actividad de carácter mercantil o industrial.*
- *Existencia de un sistema de fijación de precios de los bienes o servicios con arreglo exclusivamente a las leyes de la oferta y la demanda. Ello orienta la calificación hacia el carácter mercantil o industrial.*
- *Entre las actividades que lleva a cabo GEDESMA las económicamente preponderantes son las de carácter mercantil.*

Así, nos encontramos con las de obras de construcción y explotación de plantas de tratamiento de residuos (que se adjudican mediante concurso), teniendo en cuenta que GEDESMA recibe un canon por la explotación y que el beneficio del contratista proviene de la venta de los productos que se obtienen de la explotación (papel y cartón, envases, compost). En algunos casos GEDESMA participa en un porcentaje de la venta (como ocurre en el caso de la energía generada por el biogás), GEDESMA también ha comenzado a instalar placas solares fotovoltaicas en sus plantas, exportándose a la red (con el consiguiente beneficio económico) todo el excedente que no se destina a autoconsumo.

Junto a estas actividades, GEDESMA también lleva a cabo otras, como sellados y restauraciones de vertederos, que tiene una finalidad mercantil algo más dudosa.

En virtud de todo cuanto antecede, se formula la siguiente

CONSULTA

Se nos plantea la duda de determinar cuál es el encuadramiento, dentro del esquema de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público, de GEDESMA (empresa pública con forma de sociedad mercantil), esto es, de si ostenta o no la condición de poder adjudicador, al objeto de determinar el régimen jurídico que le sea aplicable a su actividad contractual.

CONSIDERACIONES

1.- La Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad de Madrid, como dispone el artículo 37.1 del Reglamento General de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid (RGCCPM), aprobado por Decreto 49/2003, de 3 de abril, es el órgano consultivo de la Comunidad de Madrid en materia de contratación pública, de sus Organismos autónomos, Empresas públicas con forma de sociedad mercantil o Entidad de Derecho público y demás Entes públicos, sus informes únicamente son preceptivos en los casos especificados en el artículo 38 apartado 1 del RGCCPM, sin que en ningún caso sean vinculantes, sin perjuicio de que puedan ser tomados en consideración, por los órganos de contratación.

2.- Para responder a la consulta de si GEDESMA ostenta la condición de poder adjudicador se debe analizar su naturaleza jurídica, la finalidad y objeto para que fue creada y las actividades que realiza.

GEDESMA se configura en el artículo 13 de la Ley 26/1998, de 28 de diciembre, de Medidas Fiscales y Administrativas, como empresa pública de las previstas en el artículo 5.1 a) de la Ley 9/1990, de 8 de noviembre, Reguladora de la Hacienda de la Comunidad de Madrid. La Comunidad de Madrid ostenta el 100 por cien del accionariado de GEDESMA, su presupuesto se encuentra integrado en los Presupuestos Generales de la Comunidad de Madrid y depende de la Consejería de Medio Ambiente, Vivienda y Ordenación del Territorio, según la disposición adicional primera del Decreto 2/2008, de 17 de enero.

En el artículo 3 de la Ley 5/2007, de 21 de diciembre, de Presupuestos Generales de la Comunidad de Madrid para el año 2008, se aprueban los presupuestos de las Empresas públicas con forma de sociedad mercantil, entre las que figura GEDESMA y en el artículo 4.2 de esta Ley, en relación con el artículo 1, se establece que la empresa forma parte del sector público.

3.- GEDESMA S.A. como medio propio instrumental y servicio técnico de la Administración de la Comunidad de Madrid y los organismos públicos de ella dependientes, está obligada a realizar con carácter exclusivo los trabajos que le encomienden en las materias que constituyen su objeto social y, especialmente, aquellos que sean declarados de urgencia o que se ordenen como consecuencia de las situaciones de emergencia que se declaren.

4.- GEDESMA, por tanto, forma parte del sector público de la Comunidad de Madrid por reunir las condiciones previstas en el artículo 3.1 d) de la LCSP, y ostenta la condición de medio propio por haber sido así configurado en la citada Ley 26/1998 y por reunir las condiciones que la LCSP establece en el artículo 24.6.

El artículo 4.1 n) de la LCSP dispone, respecto de las entidades que tengan atribuida la condición de medio propio, que los negocios jurídicos que se le encarguen conforme a su naturaleza de medio instrumental, se encuentran excluidos del ámbito de la Ley. No obstante, los contratos que celebren para realizar las prestaciones que se le encarguen estarán sometidos a la Ley en los términos procedentes según la naturaleza de la entidad que lo celebre, el tipo de contrato y la cuantía y, en todo caso, cuando se trate de contratos de obras, servicios o suministros cuyas cuantías superen los umbrales comunitarios, las entidades de derecho privado deberán observar en su preparación y adjudicación las reglas establecidas en los artículos 121.1 y 174, que son las normas que corresponde observar a los poderes adjudicadores en los contratos que celebren sujetos a regulación armonizada.

5.- En cuanto a la naturaleza de la entidad y su categoría dentro del sector público como poder adjudicador del artículo 3.3 b) de la LCSP, o como resto de entes del sector público que no ostentan la condición de poder adjudicador por no reunir las condiciones de los apartados 2 y 3 del citado artículo, procede analizar las condiciones que GEDESMA reúne en relación con estas normas.

El artículo 3.3 de la LCSP considera poderes adjudicadores, a efectos de esta Ley, en el apartado a) a las Administraciones Públicas y además en el apartado b) a los entes, entidades y organismos distintos de las Administraciones Públicas que hayan sido creados específicamente para satisfacer necesidades de interés general que no tengan carácter industrial o mercantil siempre que uno o varios poderes adjudicadores financien mayoritariamente su actividad, controlen su gestión o nombren a más de la mitad de los miembros del órgano de administración, dirección o vigilancia, por último en el apartado c) incluye a las asociaciones constituidas por los entes, organismos y entidades que tengan la condición de Administración Pública o poder adjudicador.

GEDESMA, según consta en sus estatutos y en la Ley 26/1998, de 28 de diciembre, de Medidas Fiscales y Administrativas, fue creada para la elaboración, desarrollo y ejecución, por sí o mediante contratación con terceros, de planes estratégicos, estudios, proyectos, obras y programas relacionados con el medio ambiente, en su más amplio sentido, encaminados a la conservación, restauración y mejora del mismo, fines que se consideran de interés general.

La Comunidad de Madrid ostenta el cien por cien del accionariado y su órgano de administración es el Consejo de Administración elegido por la Junta General de Accionistas. Se constituyó bajo el régimen de derecho privado, no obstante el estatuto de Derecho privado de una entidad no constituye un criterio que pueda excluir su calificación como poder adjudicador. La Sentencia del TJCE, de 16 de octubre de 2003, en el asunto C-283/00, reitera que el concepto de organismo de derecho público implica que este último concepto engloba a las sociedades mercantiles bajo control público, siempre que cumplan los requisitos establecidos en el artículo 1 letra b), párrafo segundo, de la Directiva 93/37.

Por otra parte GEDESMA , según la documentación aportada , realiza también actividades que tienen carácter mercantil. A estos efectos es preciso citar la sentencia de TJCE, de 15 de enero de 1998, en el asunto C-44/96, Mannesmann Anlagenbau Austria AG y otros, relativa a la contratación de una imprenta estatal que ejerce actividades mercantiles, en el apartado 26, señala que, el requisito exigido en el primer guión del párrafo segundo de la letra b) del artículo 1 de la Directiva 93/37, según el cual el organismo debe haber sido creado para satisfacer “específicamente necesidades de interés general que no tengan carácter industrial o mercantil”, no implica que esté únicamente encargado de satisfacer dichas necesidades. Aclara en los apartados 30 y 32 que el propio texto del párrafo segundo de la letra b) del artículo 1 de la Directiva no excluye que un poder adjudicador pueda ejercer otras actividades, aparte de su función de satisfacer específicamente necesidades de interés general que no tengan carácter industrial o mercantil. Finalmente señala que como poder adjudicador los contratos públicos de obras celebrados por la entidad, sea cual fuere su naturaleza, deben ser considerados contratos públicos de obras a efectos de la letra a) del artículo 1 de dicha Directiva.

Según esta interpretación GEDESMA, aun cuando realice actividades mercantiles, su actividad principal consiste en satisfacer necesidades de interés general que no tengan carácter industrial o mercantil y al estar configurada como medio propio instrumental de la Comunidad de Madrid para quien realiza las principales actividades,

como exige el artículo 24.6 de la LCSP, se estima que se trata de poder adjudicador de los previstos en el artículo 3.3, considerando analógicamente de aplicación lo establecido en la disposición adicional trigésima apartado 8 de la LCSP, sobre el régimen jurídico de la Empresa de Transformación Agraria, Sociedad Anónima (TRAGSA) y sus filiales, como poderes adjudicadores de los previstos en el referido artículo 3.3.

CONCLUSIONES

1.- La empresa pública Gestión y Desarrollo del Medio Ambiente de Madrid, S.A. (GEDESMA) forma parte del sector público de la Comunidad de Madrid y su categoría corresponde a la de poder adjudicador, por reunir los requisitos establecidos en el artículo 3.3 b) de la LCSP.

Su actividad principal, al estar configurada como medio propio instrumental y servicio técnico de la Administración de la Comunidad de Madrid y los organismos públicos de ella dependientes, se dirige a satisfacer necesidades de interés general que no tienen carácter mercantil o industrial.

2.- Los negocios jurídicos que se le encarguen conforme a lo señalado en el artículo 24.6 de la LCSP se encuentran excluidos del ámbito de la Ley.

En cuanto a los contratos de obras, servicios y suministros que celebren para realizar las prestaciones que se le encarguen, cuyas cuantías superen los umbrales comunitarios, estarán sometidos en todo caso a la Ley y deberán observar en su preparación y adjudicación las reglas establecidas en los artículos 121.1 y 174.

3.- En los restantes contratos cuando no estén sujetos a regulación armonizada será de aplicación lo dispuesto en el libro I de la LCSP, con las excepciones que establecen los artículos 49, 54.5 y 63.3, en cuanto a la preparación por lo dispuesto en el artículo 121.2 y en la adjudicación lo establecido en el artículo 175.

En los contratos sujetos a regulación armonizada será de aplicación lo dispuesto en el libro I de la LCSP, con las excepciones antes citadas, y lo dispuesto en los artículos 121.1 y 174.