Informe 11/2009, de 30 de juliol, de la Comissió Permanent de la Junta Consultiva de Contractació Administrativa de la Generalitat de Catalunya.

Assumpte: Subjecció a la Llei 30/2007, de 30 d'octubre, de contractes del sector públic, d'empreses constituïdes per l'Entitat Metropolitana de Serveis Hidràulics i Tractament de Residus, directament o indirectament, amb socis privats.

ANTECEDENTS

I. L'Entitat Metropolitana de Serveis Hidràulics i Tractament de Residus ha sol·licitat l'informe d'aquesta Junta Consultiva de Contractació Administrativa sobre si tenen la consideració de poders adjudicadors no administració pública les empreses amb capital social mixt, d'acord amb la transcripció literal següent:

" (...)

Els serveis competència d'aquesta Entitat es presten, en alguns casos, mitjançant contractes de concessió administrativa dels que són titulars empreses mixtes participades de manera minoritària directament per l'entitat o indirectament a través d'ens dependents d'aquesta que alhora són poders adjudicadors, constituïdes amb els socis privats seleccionats en l'oportuna licitació pública.

Per part d'aquesta Entitat es planteja si aquestes empreses reuneixen els requisits per tenir la condició de poder adjudicador no administració pública en la mesura que han estat creades específicament per a la prestació del servei públic concedit el qual satisfà una necessitat d'interès general que no té caràcter mercantil ni industrial i que, constituint aquesta prestació la seva única activitat és retribuïda amb els preus i cànons que percep de l'administració concedent.

La pròpia LCSP, admet, respecte dels concessionaris d'obra pública, que aquests puguin ser poders adjudicadors (article 250 de la Llei), en el benentès que hauran de reunir els requisits de l'article 3.3.

Se sol·licita l'emissió d'informe per part d'aquesta Junta Consultiva de Contractació Administrativa de la Generalitat sobre si tenen la consideració de poders adjudicadors, d'acord amb la definició de l'article 3.3 de la Llei 30/2007, de 30 d'octubre, de contractes del sector públic, les empreses mixtes participades per un ens que tingui la consideració a la seva vegada de poder adjudicador amb socis privats seleccionats en els corresponents procediments licitadors, que ostentin la concessió administrativa per a la prestació d'un servei públic".

II. L'article 4.9 del Decret 376/1996, de 2 de desembre, de reestructuració de la Junta Consultiva de Contractació Administrativa, estableix que aquesta Junta informa sobre les qüestions que, en matèria de contractació, li siguin sotmeses per les entitats que integren

l'Administració local. Per la seva banda, l'article 11.3 del mateix Decret atribueix a la Comissió Permanent l'aprovació dels informes corresponents.

CONSIDERACIONS JURÍDIQUES

I. Consideracions prèvies

L'Entitat Metropolitana de Serveis Hidràulics i Tractament de Residus va ser creada per la Llei 7/1987, de 4 d'abril, per la qual s'estableixen i regulen actuacions públiques especials en la conurbació de Barcelona i en les comarques compreses dins la seva zona d'influència directa, per a la prestació dels serveis d'abastament, tractament i evacuació d'aigües i de tractament i eliminació de residus a l'àmbit territorial expressament establert a la Llei. Per a la prestació d'aquests serveis per part de l'Entitat, l'esmentada Llei disposa que pot utilitzar qualsevol de les formes de gestió previstes en la legislació de règim local. De fet, d'acord amb l'article 95.1 del Text refós de la Llei municipal i de règim local de Catalunya, aprovat pel Decret legislatiu 2/2003, de 28 d'abril (d'ara endavant, TRLMRLC), les entitats metropolitanes tenen naturalesa d'entitats locals integrades pels municipis compresos en el territori corresponent, amb personalitat jurídica pròpia i amb plena capacitat per a l'exercici de llurs competències.

Respecte de la gestió dels serveis públics, l'article 85.2 de la Llei 7/1985, de 2 d'abril, reguladora de les bases del règim local (d'ara endavant, LRBRL), segons redacció donada per la disposició final primera de la Llei 30/2007, de 30 d'octubre, de contractes del sector públic (d'ara endavant, LCSP), determina que els serveis públics es poden gestionar directament per part de la mateixa entitat local, per un organisme autònom local, per una entitat pública empresarial local o per una societat mercantil local, el capital de la qual sigui de titularitat pública, o bé es poden gestionar indirectament mitjançant les diferents formes previstes per al contracte de gestió de serveis públics a la Llei de contractes del sector públic.

A l'àmbit de Catalunya, l'article 249 del TRLMRLC estableix, també, que els serveis públics es poden gestionar de forma directa o de forma indirecta. En el primer cas, segons l'apartat 2 d'aquest article, el servei es pot gestionar pel mateix ens local, per un organisme autònom o per una societat mercantil amb capital social integrament públic. En el cas de la gestió indirecta, l'apartat 3 d'aquest article estableix que aquesta pot adoptar, entre d'altres, la forma de societat mercantil amb capital social mixt.

Arribats a aquest punt, es pot considerar que la consulta es planteja sobre un supòsit de gestió indirecta de serveis públics mitjançant una societat amb capital social mixt. Per tant, s'ha de descartar el supòsit de gestió directa mitjançant una societat mercantil, atès que

aquesta forma de gestió queda reservada a aquelles societats en què el capital és integrament públic[1].

En relació amb les societats encarregades de la gestió indirecta de serveis, l'article 104 del Text refós de la Llei de les disposicions legals vigents en matèria de règim local, aprovat pel Reial decret legislatiu 781/1986, de 18 d'abril (d'ara endavant, TRRL), determina que la participació dels ens locals en el seu capital social ha de ser parcial i, a més, d'acord amb els articles 264 i 265 del TRLMRLC, aquesta participació pot ser majoritària o minoritària i pot ser directa de l'ens local o indirecta mitjançant un organisme autònom o una societat de capital públic.

Finalment, pel que fa al règim jurídic aplicable a les societats locals s'ha de tenir en compte l'article 85 ter de l'LRBRL, d'acord amb el qual, les societats mercantils locals es regeixen íntegrament, qualsevol que sigui la seva forma jurídica, per l'ordenament jurídic privat, llevat les matèries en què els resulti d'aplicació la normativa pressupostària, comptable, de control financer, de control d'eficàcia i contractació. Per la seva part, l'article 257.3 del TRLMRLC estableix que, en matèria de contractació, les societats es subjectaran al dret privat, llevat dels casos establerts en l'acord de creació, i continua afegint que, en qualsevol cas, l'adquisició de béns i l'execució d'obres s'han de sotmetre a procediments que s'adaptin als principis de publicitat i concurrència propis de la contractació administrativa. Tanmateix, aquest darrer article s'ha d'entendre que, actualment, no és vigent, per aplicació de la disposició addicional primera del mateix TRLMRLC. Per tant, el règim jurídic en matèria de contractació de les societats locals s'ha d'analitzar a partir del que disposa l'LCSP.

II. Àmbit d'aplicació subjectiu de la Llei 30/2007, de 30 d'octubre, de contractes del sector públic i la seva aplicació al cas concret objecte de consulta

Amb caràcter previ a l'anàlisi de la consulta plantejada, cal fer una breu referència a l'àmbit subjectiu d'aplicació de l'LCSP. Sobre aquesta qüestió aquesta Junta Consultiva ja ha tingut ocasió de pronunciar-se en anteriors ocasions[2]. Als efectes de la consulta objecte d'aquest

[1] Article 85.2 de l'LRBRL, Article 249 TRLMRLC i article 103 del text refós de la Llei de les disposicions legals vigents en matèria de règim local, aprovat pel Reial decret legislatiu 781/1986, de 18 d'abril.

[2]Aquesta Junta Consultiva ja ha analitzat l'àmbit d'aplicació subjectiu de l'LCSP en els informes de la Comissió Permanent: 9/2009, de 3 de juliol, que tracta, entre d'altres qüestions, del nivell de subjecció dels consorcis a la Llei 30/2007, de 30 d'octubre; 3/2009, de 28 de maig, sobre l'àmbit d'aplicació subjectiu de la Llei 30/2007, de 30 d'octubre, de contractes del sector públic; 2/2009, de 28 de maig, sobre subjecció a la Llei 30/2007,de 30 d'octubre, de contractes del sector públic, de les mutualitats de previsió social, dels ordes religioses, de les fundacions privades i de les societats mercantils de capital privat, que formen part de la xarxa d'utilitat públic hospitalària, de salut mental i sociosanitària; 10/2008, de 27 de novembre, sobre el règim de contractació de les cambres oficials de comerç, indústria i navegació de Catalunya i del Consell General de les Cambres oficials de Comerç, Indústria i Navegació de Catalunya; 5/2008, de 7 de juliol, sobre la consideració de poder adjudicador de la Societat Privada Municipal Viladecans Mediterrània, SA; 4/2008, de 7 de juliol, sobre el règim de contractació de les societats mercantils locals de capital íntegrament públic i, específicament, del

informe, cal assenyalar que l'LCSP, per delimitar el seu àmbit d'aplicació subjectiu, enumera en l'article 3.1 un seguit d'ens, d'organismes i d'entitats que, als efectes de la Llei, estan inclosos en la categoria denominada sector públic. Integren aquest concepte de sector públic, entre d'altres entitats, aquelles societats en què la participació dels ens, organismes o entitats del sector públic, directament o indirectament, sigui superior al 50 per cent.

D'altra banda, l'article 3 de l'LCSP en relació amb tots aquests ens, organismes i entitats que tenen la consideració de sector públic dissenya un règim d'aplicació subjectiu que respon als tres nivells de subjecció següents:

1) Aplicació íntegra de la LCSP als ens, organismes i entitats que tenen la consideració d'administració pública.

2) Subjecció de menor intensitat per als ens, organismes i entitats que es consideren poders adjudicadors, però que no tenen la consideració d'administracions públiques.

3) Subjecció residual a la LCSP per als altres ens, organismes i entitats que formen part del sector públic a l'efecte de la mateixa Llei, d'acord amb el llistat inclòs en l'article 3.1 de la LCSP, i que no tenen la consideració d'administració pública ni de poder adjudicador.

Pel que fa al cas concret que ens ocupa, s'inclourien dins del sector públic les societats mercantils locals amb capital social integrament públic i les societats mercantils locals amb capital mixt en què la participació pública en el capital social és superior a un 50 per cent. Respecte d'aquestes societats, un cop descartada la possibilitat que puguin rebre la consideració d'administració pública, atès el que disposa l'article 3.2 de l'LCSP, s'ha d'analitzar en cada cas si concorren els requisits establerts en l'article 3.3.b) de l'LCSP per poder-les considerar poders adjudicadors.

En canvi, d'acord amb les previsions del mateix article 3.1 de l'LCSP, no es podrien considerar integrades dintre del concepte de sector públic configurat en la legislació de contractes ni les empreses concessionàries d'un contracte de gestió de serveis públics ni les societats mercantils locals en què la participació pública en el capital social és inferior al 50 per cent. Tanmateix, aquesta circumstància no implica necessàriament que no hagin d'ajustar la seva activitat contractual a l'LCSP. De fet, el mateix article 3.3.b) de l'LCSP introdueix l'aplicació del concepte de poder adjudicador als ens, organismes o entitats amb personalitat jurídica pròpia diferents dels expressats en la lletra a) quan hi concorrin les circumstàncies que els defineixen, transposades del dret comunitari de contractes.

En aquest sentit, s'ha de tenir en compte el fet que la participació majoritària del capital públic en una entitat no és un requisit específic per a la conceptuació d'un ens com a organisme de dret públic comunitari i, per tant, com a poder adjudicador a efectes del dret

règim de contractació de la societat mercantil Santa Oliva Gestió Urbanística Municipal, societat anònima municipal (SOGUM, SAM) i 1/2008, de 14 de febrer, sobre el grau de subjecció del Consell Català de la Producció Agrària Ecològica a la normativa de contractes.

comunitari de contractes[3]. En altres paraules, l'aplicació de les previsions de les directives comunitàries de contractes a un determinat organisme no es determina segons el percentatge de participació d'altres poders públics, sinó de l'aplicació del concepte d'organisme de dret públic. En conseqüència, si una societat amb participació pública inferior al 50 per cent respongués a dit concepte comunitari, es podria considerar que ha d'aplicar les previsions de les directives comunitàries de contractes en la seva contractació subjecta a regulació harmonitzada i, en el cas de la contractació no harmonitzada, que ha de garantir l'aplicació dels principis comunitaris de la contractació pública[4].

Finalment, és convenient recordar que les societats d'economia mixta que gestionen serveis públics, independentment de la participació pública en el seu capital social, en tot cas han d'ajustar la seva activitat contractual a les previsions contingudes en la legislació de contractes a què es fa esment a continuació: a) l'article 182 del Reglament general de la Llei de contractes de les administracions públiques, aprovat pel Reial decret 1098/2001, de 12 d'octubre, en virtut del qual aquestes societats tenen la consideració de contractants amb l'administració i els corresponen els drets i les obligacions propis dels concessionaris de serveis públics; b) l'article 256 de l'LCSP, de conformitat amb el qual, els concessionaris de contractes de gestió de serveis públics estan obligats al compliment, entre d'altres, de l'obligació de respectar el principi de no discriminació per raó de nacionalitat, respecte de les empreses d'estats membres de la Comunitat Europea o signataris de l'Acord sobre contractació pública de l'Organització Mundial del Comerç, en els contractes de subministrament conseqüència de la gestió de serveis públics, i c) l'article 2.2 de l'LCSP en relació amb l'article 17 de la mateixa Llei, en virtut dels quals els contractes que tinguin la consideració de subvencionats, amb independència del règim contractual de qui els signi, estan subjectes a aquesta Llei, en els termes i condicions que expressament s'hi estableixen.

---

[3] Efectivament, la Directiva 2004/18/CE, de 31 de març, sobre coordinació dels procediments d'adjudicació dels contractes públics d'obres, de subministrament i de serveis, en definir els poders adjudicadors, fa referència als organismes de dret públic, entenent que ho són (article 1.9):

a) Els creats específicament per satisfer necessitats d'interès general que no tinguin caràcter industrial o mercantil;
b) Els dotats de personalitat jurídica, i
c) Els que tinguin una activitat que estigui majoritàriament finançada per l'Estat, pels ens territorials o per altres organismes de dret públic, o bé la gestió dels quals estigui sotmesa a un control per part d'aquells, o bé en els que l'òrgan de direcció o de vigilància estigui compost per membres la meitat dels quals siguin nomenat per l'Estat, pels ens territorials o per altres organismes de dret públic.

[4] En aquest sentit, vegi's la Comunicació interpretativa de la Comissió d'1 d'agost de 2006, sobre el Dret comunitari aplicable en l'adjudicació de contractes no coberts o només parcialment coberts per les Directives sobre contractació pública (2006/ C 179/02).

III. Règim jurídic de les societats mercantils locals amb capital mixt

D'acord amb el que s'ha exposat en la consideració jurídica anterior, la següent qüestió a tractar és en quins casos les societats mercantils locals amb capital mixt poden tenir la consideració de poder adjudicador o el que és el mateix, a efectes de dret comunitari, organisme de dret públic. Per a això, cal analitzar si concorren els requisits establerts en l'article 3.3.b) de l'LCSP. En concret, aquest article determina que un subjecte tindrà la consideració de poder adjudicador no administració pública quan, de forma acumulativa, concorrin els tres requisits següents: a) tenir personalitat jurídica pròpia, b) haver estat creat per a satisfer necessitats que no tinguin caràcter mercantil o industrial i, c) que un o diversos subjectes que s'hagin de considerar poder adjudicador, d'acord amb la mateixaa LCSP, financin majoritàriament la seva activitat, controlin la seva gestió o nomenin a més de la meitat dels membres del seu òrgan d'administració, direcció o vigilància. Aquestes tres darreres circumstàncies expressades en el punt c) es poden donar, en canvi, de forma alternativa.

L'abast d'aquests requisits i la mateixa definició de poder adjudicador continguda en l'article 3.3.b) de l'LCSP, s'ha d'interpretar, segons ha assenyalat el TJCE en les seves sentències, de forma autònoma i uniforme a tota la Comunitat, en la mesura que es reprodueix el concepte d'organisme de dret públic contingut en l'article 1.9 de la Directiva 2004/18/CE del Parlament Europeu i del Consell, de 31 de març de 2004, sobre coordinació dels procediments d'adjudicació dels contractes públics d'obres, de subministraments i de serveis. Aquest concepte, a la seva vegada, es correspon amb el contingut, anteriorment, en l'article 1.b) de la Directiva 93/37/CEE del Consell de 14 de juny de 1993, sobre coordinació dels procediments d'adjudicació dels contractes públics d'obres. Així, el criteri que ha adoptat el TJCE és dotar aquest concepte d'una interpretació tant funcional com àmplia[5], tenint en compte el doble objectiu d'obertura a la competència i de transparència que persegueixen les directives sobre coordinació de procediment d'adjudicació de contractes. Específicament, el TJCE ha precisat que una entitat per poder ser qualificada d'organisme de dret públic ha de complir, de forma acumulativa, els tres requisits que, actualment, es contenen en l'article 3.3.b) de l'LCSP.[6] Sobre els termes i les condicions en què, d'acord amb la jurisprudència del TJCE, s'ha d'efectuar l'anàlisi de la concurrència d'aquests requisits, aquesta Junta Consultiva ja s'ha manifestat en múltiples ocasions[7].

---

[5]Entre d'altres, sentències, d'1 de gener de 2001 (Assumpte 237/99, Comissió/França); de 12 de desembre de 2002 (Assumpte C-470/99, Universale Bau i d'altres); de 27 de febrer de 2003 (Assumpte 373/00, Adolf Truley GmbH) i de 15 de maig de 2003 (Assumpte C-214/00, Comissió/Espanya).

[6]Sentències, entre d'altres, de 15 de gener de 1998 (Assumpte C-44/96, Mannesman Anlagenbau Àustria i d'altres) i de 15 de maig de 2003 (Assumpte Comissió/Espanya).

[7]Informes de la Comissió Permanent 9/2009, de 3 de juliol, en què s'analitza, entre d'altres qüestions, el nivell de subjecció dels consorcis a la Llei 30/2007, de 30 d'octubre, de contractes del sector públic; 2/2009, de 28 de maig, que analitza la subjecció a la Llei 30/2007, de 30 d'octubre, de contractes del sector públic de les mutualitats de previsió social, dels ordes religiosos, de les fundacions privades i de les societats mercantils de capital privat, que formen part de la xarxa d'utilització pública

A tall de resum, cal fer esment d'alguns dels criteris que permeten considerar que concorren els requisits esmentats anteriorment:

Respecte del primer dels requisits, això és, que l'entitat ha d'haver estat creada per satisfer necessitats d'interès general que no tinguin caràcter industrial o mercantil, el TJCE ha indicat que, independentment de la forma que adopti l'entitat i la qualificació que li atorgui el dret intern, els elements determinants per considerar que un subjecte té caràcter industrial o mercantil són: a) que el subjecte en qüestió operi en condicions normals de mercat; b) que tingui ànim de lucre com objectiu principal i c) que assumeixi els riscos derivats de la seva activitat.

Per contra, aquells subjectes en què no concorrin aquests elements tindran la consideració d'organisme de dret públic en haver estat creats per satisfer necessitats d'interès general que no tinguin caràcter industrial o mercantil. Sobre aquesta qüestió, aquesta Junta Consultiva ha manifestat en diverses ocasions que aquesta és la característica que resulta usualment més determinant per poder considerar poders adjudicadors els ens, organismes o entitats que formen part del sector públic i que no tenen la consideració d'administracions públiques a efectes de l'LCSP[8].

En primer lloc, s'ha d'observar que aquest requisit inclou dues condicions -que les necessitats siguin d'interès general i que no tinguin caràcter industrial o mercantil- que no són condicions equivalents, com ja s'ha posat de manifest en l'informe 3/2009, de 28 de maig, d'aquesta Junta Consultiva, recollint la jurisprudència del TJCE.

---

hospitalària, de salut mental i sociosanitària; 3/2009, de 28 de maig, sobre l'àmbit d'aplicació subjectiu de la Llei 30/2007, de 30 d'octubre, de contractes del sector públic; 4/2008, de 7 de juliol, sobre el règim de contractació de les societats mercantils locals de capital íntegrament públic i, en especial, del règim de contractació de la societat mercantil Santa Oliva Gestió Urbanística Municipal, societat anònima municipal; 5/2008, de 7 de juliol, en relació amb la consideració de poder adjudicador de la Societat Privada Municipal Viladecans Mediterrània, SA; 10/2008, de 27 de novembre, relatiu al règim de contractació de les cambres oficials de comerç, indústria i navegació de Catalunya i del Consell General de les Cambres Oficials de Comerç, Indústria i Navegació de Catalunya; 1/2008, de 14 de febrer, sobre el grau de subjecció del Consell Català de la Producció Agrària Ecològica a la normativa de contractes, esmentat abans, 5/2006, de 20 de novembre, sobre el règim contractual de les societats públiques i 2/2005, de 5 de maig, sobre aplicació de la Sentència del Tribunal de Justícia de la Comunitat Europea de 13 de gener de 2005 (assumpte C-84/03) i de la modificació de la Llei de contractes de les administracions públiques mitjançant el Reial decret llei 5/2005, d'11 de març, de reformes urgents per a l'impuls a la productivitat i per a la millora de la contractació pública; i Recomanació 2/2004, de 7 de juliol, sobre la modificació de la Llei de contractes de les administracions públiques mitjançant l'article 67 de la Llei 62/2003, de 30 de desembre, de mesures fiscals, administratives i de l'ordre social.

[8]En aquest mateix sentit s'ha pronunciat, també, l'Advocacia General de l'Estat en la seva Instrucció 1/2008, de 5 de febrer, sobre contractació de les fundacions del sector públic estatal, societats mercantils de l'Estat i entitats públiques empresarials dependent de l'Administració General de l'Estat.

Centrada la qüestió en aquests termes, en relació amb el concepte de necessitats d'interès general, el TJCE ha considerat que existeix una funció d'interès general quan l'àmbit de l'activitat es designa sota l'expressió "d'obligacions de servei públic" i, també quan l'activitat que es presta és un servei públic[9] o bé quan l'entitat té atribuïdes obligacions de servei públic[10]. Fins i tot, el TJCE ha considerat que és indiferent que determinades necessitats també siguin cobertes o puguin ser-ho per empreses privades, és a dir, en règim de competència, perquè allò que importa és que l'Estat o l'entitat territorial, per raons d'interès general, decideixin satisfer-les per si mateixes o vulguin conservar-ne una influència determinant[11]. Així mateix, el Tribunal ha manifestat expressament que és irrellevant el fet que el subjecte en qüestió, a més de dur a terme activitats tendents a la satisfacció de necessitats d'interès general, pugui realitzar d'altres activitats de caràcter mercantil o industrial, encara que aquestes siguin majoritàries[12].

Al marge d'aquestes consideracions, com s'ha indicat, aquesta Junta Consultiva ja ha identificat, en anteriors informes i segons la jurisprudència del TJCE, diferents criteris, sobre la base dels quals, en cada cas i segons les circumstàncies específiques que concorren, es podrà valorar si concorre aquest requisit. Tanmateix, s'ha d'advertir que aquests criteris, individualment o de forma aïllada, no són decisius per determinar si es dóna o no aquest requisit, sinó que s'ha de fer una valoració global i conjunta:

- la qualificació formal d'ens subjecte a règim privat no pot prejutjar l'anàlisi de l'exercici d'una activitat exclusivament industrial o mercantil;
- el fet de tractar-se d'una activitat que té com a finalitat la consecució de l'interès general no obsta que, a més, pugui tenir caràcter mercantil ja que es tracta de qualitats diferents;

---

[9]Entre d'altres, sentència del TJCE de 12 de desembre de 2002 (assumpte C-470/99, Universale-Bau e.a.).

[10]El TJCE ha considerat que són activitats que responen a una necessitat d'interès general, entre d'altres, les activitats mortuòries o de pompes fúnebres (sentència de 27 de febrer de 2003, assumpte C-373/00, Adolf Truley GmbH); la impressió de documents administratius oficials dels quals alguns tenen caràcter confidencial o estan subjectes al compliment de normes de seguretat, com els passaports, els permisos de conduir i els documents d'identitat o la difusió de textos legals, reglamentaris i administratius de l'Estat (sentència de 15 de gener de 1998, assumpte C-44/96. Mannesmann Anlagenbau i d'altres); la construcció, l'adquisició, venda i arrendament de béns immobles (sentència d'1 de febrer de 2001, assumpte C-237/99 Comissió/República Francesa) l'organització de fires, exposicions i d'altres iniciatives similars (sentència de 10 de maig de 2001, assumpte 260/1999 Agorà Srl) i el subministrament de calefacció a un conjunt d'edificacions mitjançant un procediment que respecti el medi ambient (sentència de 10 d'abril de 2008, assumpte C-393/06, Ing Aigner).

[11]En aquest sentit, es pronuncia el TJCE en la seva sentència de 10 de novembre de 1998 (assumpte C-360/96, BFI Holding) i en la sentència de 10 de maig de 2001 (assumpte C-223/99 i C-260/99, Àgora i Excelsior).

[12]Entre d'altres, sentències del TJCE de 15 de gener de 1998 (assumpte C-44/96, Mnnesmann Anlagenbau) i de 10 d'abril de 2008 (assumpte C-393/06, Ing. Aigner).

- la vinculació de l'objecte a potestats públiques i la conseqüent inexistència d'un mercat per als béns o serveis que proporciona l'entitat orienten la seva qualificació cap a una activitat d'interès general no mercantil ni industrial, tenint en compte també les raons i circumstàncies que el poder públic va apreciar per a la creació de la pròpia entitat;
- l'actuació de l'ens en règim de competència en el mercat no suposa, per si mateix, un indicador unívoc del caràcter mercantil o industrial de l'activitat de l'ens, tot i que aquest element s'ha de tenir en compte en aquesta anàlisi com un indici de la possible naturalesa mercantil o industrial de l'activitat (considerant també a aquests efectes si l'ens està gestionat segons criteris de rendiment, eficàcia i rendibilitat en el marc d'un entorn competitiu, o bé no té ànim de lucre ni assumeix els riscos derivats de la seva activitat en el mercat);
- les activitats que es duen a terme en un entorn liberalitzat, per sobre les quals els poders públics decideixen intervenir, poden qualificar-se com a activitats conduents a la satisfacció d'interès general;
- la qualificació d'una activitat com d'interès general no es veu desvirtuada pel fet que l'ens en realitzi d'altres no qualificables com a tals, fins i tot quan el pes relatiu de la primera respecte de l'activitat global de l'ens sigui minoritària;
- l'existència d'ànim de lucre com a objectiu fonamental, no només en la seva gestió, sinó també tenint en compte la finalitat que va presidir-ne la creació, encara que aquesta després pugui desaparèixer, independentment que la seva gestió pugui generar o no beneficis, porta a considerar que l'activitat realitzada per l'ens té caràcter industrial;
- la manca d'assumpció de riscos derivats de l'activitat o un eventual finançament públic són indicis del fet que no existeix ànim de lucre;
- la inexistència d'ànim de lucre es produeix quan la gestió de l'ens es basa en criteris de rendiment, eficàcia i rendibilitat.

Respecte de les societats mercantils locals de capital mixt s'haurà d'examinar, cas per cas i atenent principalment al seu objecte, si es compleix el requisit d'haver estat creades per satisfer necessitats de caràcter industrial o mercantil.

Un altre dels requisits que s'estableix en l'article 3.3.b) és que l'entitat tingui <u>personalitat jurídica</u> i, com ja s'ha dit, és independent que aquesta tingui una forma jurídica privada o pública. Pel que fa al cas que ens ocupa, l'article 85.3 de l'LRBRL, l'article 104 del TRRL i l'article 249 i següents del TRLMRLC, fan referència a societats mercantils. Aquest tipus de societat quan adoptin la forma, entre d'altres, de societat anònima o de responsabilitat limitada tenen personalitat jurídica en tots els seus actes i contractes, d'acord amb el que disposa l'article 116 del Codi de Comerç.

El darrer dels requisits que s'exigeix inclou, a la seva vegada, tres aspectes que tenen caràcter alternatiu, com són: <u>el finançament, el control i la direcció</u>, en aquest cas, de la societat. Es tracta, com així ha manifestat aquesta Junta Consultiva segons la jurisprudència del TJCE, específicament la continguda en les sentències de 3 d'octubre de 2000 (assumpte C-380/98, University of Cambridge) i d'1 de febrer de 2001 (assumpte C-237/99, Comissió/França), de tres manifestacions de l'existència d'una estreta dependència d'un subjecte respecte de l'Estat, les entitats territorials o altres organismes de Dret públic, que comporta l'existència d'una influència determinant i decisiva d'aquests en la presa de

decisions del subjecte, és a dir, té un control equivalent a aquell que ostenta sobre els seus propis òrgans.

En primer lloc, s'ha de precisar que les relacions de vinculació considerades rellevants per definir a un determinat subjecte com a "organisme de dret públic" no són únicament les establertes de forma directa amb l'Estat i els poders públics territorials sinó, en general, amb qualsevol subjecte que tingui la consideració de poder adjudicador[13].

Feta aquesta precisió, pel que fa al finançament[14], el TJCE ha manifestat que només es poden qualificar de "finançament públic" aquelles prestacions que financin o donin suport a les activitats de l'entitat mitjançant un ajut econòmic abonat sense contraprestació específica. Aquest és el cas, per exemple, de les beques, de les transferències o de les subvencions concedides per un o diversos subjectes del sector públic. Per tant, no tindran la consideració de finançament públic aquelles quantitats que es facin efectives com a contraprestació per la realització d'activitats[15].

Així mateix, el TJCE ha declarat que el terme "majoritàriament" s'ha interpretat en el sentit que ha de significar més de la meitat dels ingressos que l'organisme percebi i, en relació amb la forma per calcular els ingressos, aquest mateix Tribunal ha assenyalat que s'han de computar tots aquells ingressos que obtingui, fins i tot els que provinguin de la possible activitat mercantil que pugui dur a terme i que el termini al qual han d'anar referits aquests ingressos és el de l'exercici pressupostari que normalment té caràcter anual.

Finalment, s'ha de recordar que segons la sentència del TJCE, de 13 de desembre de 2007 (assumpte C-337/06, Bayerischer Rundfunk), es considera que hi ha un finançament públic quan la determinació de l'acte pel qual s'acredita el pagament i de les quantitats a satisfer, fins i tot per particulars, provenen d'un acte d'Estat, és a dir que s'imposa sense resultar d'una transacció contractual. Recentment, el TJCE, en sentència d'11 de juny de 2009 (assumpte C-300/07, Oberlandesgericht Düsseldorf, Alemanya) ha reiterat que existeix finançament públic encara que es tracti d'un finançament indirecte sense contraprestació específica i que, tot i que no es fixa directament pels poders públics, aquesta s'ha de fixar segons uns requisits prèviament establerts per aquests poders públics que, a més, està subjecta a autorització.

---

[13]En aquest sentit s'ha pronunciat la Junta Consultiva de Contractació Administrativa de l'Estat en el seu informe 21/2007, de 30 de març de 2007.

[14]Sobre el requisit del finançament, s'ha pronunciat recentment la Comissió Consultiva de Contractació Administrativa de la Junta d'Andalusia en l'informe 18/2008, de 27 de novembre, sobre diverses qüestions relatives al concepte de finançament majoritari.

[15]El TJCE analitza, especialment, el tema del finançament majoritari en les seves sentències de 3 d'octubre de 2000 (assumpte 380/98, University of Cambridge) i de 13 de desembre de 2007 (assumpte C-337/06, Bayerischer i altres).

Per tal de determinar, la possible existència d'un control, el TJCE[16] ha assenyalat que es dóna quan existeix una influència determinant i decisiva en la presa de decisions, és a dir, un control equivalent a aquell que posseeix l'administració sobre els seus propis òrgans. En definitiva es donaria una situació de dependència. En relació amb aquesta qüestió, el TJCE ha considerat que es dóna quan l'activitat que realitza el subjecte és una activitat regulada detalladament (Sentència d'1 de febrer de 2001, assumpte C-237/99, Comissió/França). Tanmateix, el mateix TJCE ha considerat en la sentència de 27 de febrer de 2003 (assumpte C-373/00, Adolf Truley GmbH) que aquest requisit no sempre concorre quan el control de la gestió de l'organisme és un control a posteriori, ja sigui financer o de gestió, perquè aquest control no permet influir en les decisions de l'organisme de què es tracti.

El darrer aspecte que integra aquest requisit –nomenament de més de la meitat dels membres de l'òrgan d'administració, de direcció o de vigilància- no requereix de més interpretacions i ha de ser analitzat cas per cas.

Sobre la base de les consideracions anteriors, la Comissió Permanent de la Junta Consultiva de Contractació Administrativa formula les següents

CONCLUSIONS

I. Les societats en què la participació en el seu capital social per part d'ens, organismes o entitats del sector públic, directament o indirectament, sigui superior al 50 per cent, estaran integrades dins dels sector públic, d'acord amb el que disposa l'article 3.1.d) de la Llei 30/2007, de 30 d'octubre, de contractes del sector públic i, als efectes de determinar el seu règim de subjecció a dita Llei, caldrà analitzar en cada cas la seva condició de poder adjudicador.

II. Les societats mercantils locals de caràcter mixt tindran la consideració de poder adjudicador quan hi concorrin els requisits establerts en l'article 3.3.b) de la Llei 30/2007, de 30 d'octubre, de contractes del sector públic, independentment del percentatge de participació dels subjectes integrants del sector públic.

Barcelona, 30 de juliol de 2009

[16]El TJCE s'ha pronunciat sobre aquest aspecte, entre d'altres, en la Sentència d'1 de febrer de 2001 (assumpte G-237/99, Comissió/França) i en la sentència de 27 de febrer de 2003 (assumpte C-373/00, Adolf Truley GmbH).