



Informe 38/13. “Consideración como poder adjudicador de una sociedad de economía mixta.”

Clasificación de informes: 1. Ámbito de aplicación subjetiva. 1.1. Entidades sometidas al Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado mediante Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre. 21. Contratos de obras. 22. Contratos de gestión de servicios públicos.

ANTECEDENTES

D. J.A.A.N. Alcalde-Presidente del Ayuntamiento de Nerja solicita Informe a esta Junta Consultiva en los siguientes términos:

“De conformidad con lo dispuesto por el Real Decreto 30/1991, de 18 de enero, sobre régimen orgánico y funcional de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa, y al amparo de lo previsto en su artículo 17, esta alcaldía formula a la misma la presente CONSULTA de carácter general, en relación con determinadas cuestiones que se plantean respecto de la interpretación que se haya de dar al artículo 3.1.d) y 3.3.b del Real Decreto, Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, en lo sucesivo TRLCSP, en relación con la consideración de poder adjudicador de la empresa de economía mixta, en la que participa este Ayuntamiento con un 50% de las acciones.

*Este Ayuntamiento llevó a cabo el procedimiento de selección de socio privado para constituir una empresa de economía mixta, a la que se le encomendaría la gestión del servicio público de suministro de agua potable. Tras la selección del socio privado, se constituyó la sociedad mercantil **Aguas de Narixa SA.**, participada al 50% por el Excmo. Ayuntamiento de Nerja y el otro 50% por Aqualia, Gestión Integral del Agua, S.A.*

La referida sociedad Aguas de Narixa SA., se financia integrante con los recursos que provienen de la tasa municipal de abastecimiento de agua potable, la cual recauda en voluntaria.

La Junta General de la sociedad está constituida por representantes de cada uno de los socios en la proporción de sus acciones, el 50%, sin que exista “el voto de calidad del presidente”. Pero en el Consejo de Administración donde igualmente se representan a los socios en la misma proporción, la presidencia que la ostenta la alcaldía de este Ayuntamiento, sí dispone del “voto de calidad” para resolver las votación de empate.

La sociedad pretende contratar obras de interés para el servicio público, de las que han recabado la conformidad municipal, por importe de 1 298 000 €. Entonces se ha suscitado con más fuerza, las dudas de si esta sociedad está sujeta a las normas de contratación pública. En este sentido la consulta que se eleva a esa Junta Consultiva es:

¿La sociedad mercantil Aguas de Narixa S.A., si bien queda excluido de ser calificada como sector público por aplicación de art. 3.1.d) del RDLvo. 3/2011 por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, debe de ser considerada como poder adjudicador por aplicación del art. 3.3.b) del mismo texto legal, y por tanto aplicable lo dispuesto en el capítulo II del Título I del Libro III de dicha norma?

En espera de conocer su alto dictamen, atentamente se le saluda en Nerja a 30 de septiembre de 2.013”

CONSIDERACIONES JURIDICAS.



1. La consulta recibida plantea la cuestión de si la entidad Aguas de Narixa SA, puede ser considerada o no poder adjudicador habida cuenta de que, según plantea el Ayuntamiento consultante, cabe la posibilidad de que se encuentre excluida de ser declarada como sector público conforme al artículo 3.1. d) del Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba la Ley de Contratos del Sector Público.

2. Para responder la cuestión planteada, hay que señalar que el artículo 3 del TRLCSP, delimita el ámbito subjetivo de aplicación del mismo. A los efectos que ahora nos interesa, cabe destacar los artículos 3.1.d) y 3.3.b) del mencionado texto. Literalmente ambos preceptos disponen que formarán parte del Sector Público, a los efectos de esta ley, *“las sociedades mercantiles en cuyo capital social la participación, directa o indirecta, de entidades de las mencionadas en las letras a) a f) del presente apartado sea superior al 50 por 100”* y *“todos los demás entes, organismos o entidades con personalidad jurídica propia distintos de los expresados en la letra a) que hayan sido creados específicamente para satisfacer necesidades de interés general que no tengan carácter industrial o mercantil, siempre que uno o varios sujetos que deban considerarse poder adjudicador de acuerdo con los criterios de este apartado 3 financien mayoritariamente su actividad, controlen su gestión, o nombren a más de la mitad de los miembros de su órgano de administración, dirección o vigilancia”*. La referida Sociedad Aguas de Narixa, SA, (de ahora en adelante, la empresa) está participada al 50% por el Excmo. Ayuntamiento de Nerja y el por la empresa Aqualia, Gestión Integral el Agua, SA, en otro 50%. Esta Sociedad se creó, *ad hoc*, para la gestión del servicio público de suministro de agua potable. Según el artículo 26 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, Bases de Régimen Local, es un servicio público de titularidad municipal la prestación del servicio de agua potable dentro del ámbito territorial del municipio correspondiente, pudiendo el Ayuntamiento, optar por una gestión no directa, contractual de la misma, para lo cual se creó la sociedad mencionada. La empresa, se financia mayoritariamente con cargo a ingresos de carácter público, como son las tasas, de cuya gestión y recaudación, se ocupa el Ayuntamiento, tal y como se desprende en la Ley 8/1989, de 13 de abril, de Tasas y Precios Públicos, Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria y Real Decreto Legislativo 2/2004, de 5 de marzo, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley Haciendas Locales.

3. El artículo 3.1.d) establece que se considera Sector Público, *“las sociedades mercantiles en cuyo capital social la participación, directa o indirecta, de entidades de las mencionadas en las letras a) a f) del presente apartado sea superior al 50 por 100”*. La empresa participa de la condición de sociedad mercantil, pues así lo son, todas las sociedades anónimas según el criterio formal que a las mismas se atribuye por el Real Decreto Legislativo 2/2010, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Sociedades de Capital. Su participación en el capital social, es del 50%, respectivamente, de una entidad Local (Ayuntamiento de Nerja), y de una sociedad mercantil (Aqualia SA), lo que implica no cumplir el requisito de que *“sea superior al 50 por 100”* la participación en el capital social del poder adjudicador en la Empresa. Esto significa, no quedar comprendida dentro del ámbito subjetivo del mencionado precepto, no resultándole de aplicación el TRLCSP. Y ello es así por que el TRLCSP exige que la participación en el capital social de la Administración Pública, lo sea, en más del 50%. Dado que esta circunstancia no se da puede concluirse que la empresa no se puede incluir en el mencionado artículo 3.1.d).

4. Una de las novedades más importantes creadas por la Ley 30/2007, de Contratos del Sector público, del 31 de octubre de 2007, fue la creación de un nuevo concepto como es el de poder adjudicador. No obstante, la Ley no contiene definición de lo que debe de entenderse por poder adjudicador, para lo que será necesario acudir al Derecho de la Unión Europea, del que se desprende la idea general que sirve como punto de partida en este tema. Es poder adjudicador quien realice actividades de interés general, con independencia de su forma jurídica. No son pocas las sentencias del



TJUE en este sentido, pero especialmente destacable, es la STJUE de 16 de octubre de 2003 (Asunto C-283/ 00) Comisión contra España que cita sentencias anteriores como la de Adolf Truley y Riita Korhonen Oy, y que dispone que *“en orden a determinar si se es o no poder adjudicador habrá que abundar “caso por caso” si se da tal condición, la existencia o ausencia de una necesidad de interés general que no tenga carácter industrial o mercantil ha de apreciarse teniendo en cuenta todos los elementos jurídicos y fácticos pertinentes relativos a la creación del organismo y las condiciones en que ejerce su actividad, incluidas, en particular, la falta de competencia en el mercado, la falta de ánimo de lucro como objetivo principal, la no asunción de los riesgos derivados de dicha actividad, así como la eventual financiación pública de la actividad de que se trate”*. A esto también contribuye, la idea de que las *“sociedades mercantiles como “poderes adjudicadores” implicará que el concepto de necesidades de interés general que no tengan carácter industrial o mercantil no excluye necesidades que pueden ser satisfechas por empresas privadas (SsTJCE BFI Holding y Adolf Truley)*. No obstante, la *“existencia de competencia” puede ser indicio de que las necesidades sean de carácter mercantil”*. En conclusión, el hecho determinante será el de si una sociedad pretende satisfacer o no intereses generales. Esto es, parece deducirse, que para atribuir la condición de poder adjudicador, será necesario acudir y atender al objeto social de las sociedades mercantiles siendo este necesario que éste sea el de satisfacer el interés general, mediante actividades de distinta naturaleza, que, aunque mercantiles o industriales estatutariamente, carecen de esta naturaleza a los efectos de poder ser o no calificadas como poder adjudicador.

5. La cuestión anterior, plantea el problema de delimitar que se entiende por *interés general* dado que nos encontramos ante un concepto jurídico indeterminado, de una copiosa aportación doctrinal y jurisprudencial, que excede en mucho de la materia de este informe pero al cual se refiere, sin definirlo, nuestra Constitución Española (artículo 103.1, 44.2, entre otros). No obstante, según el Tribunal Constitucional podemos entender por interés general, cuando *“nos hallamos ante un principio general, de rango constitucional, que gobierna el proceso de establecimiento, aplicación e interpretación del Derecho en términos generales y concretamente referido a la identificación y satisfacción de las necesidades de carácter público, imputándolos a determinados sujetos públicos y legitimando pues la actividad de éstos para su satisfacción. El principio cumple una clara función directiva en torno al desarrollo normativo del orden constitucional en programas administrativos. Debemos concebirlo, ante todo, como un fin común identificado directamente en la Carta Magna o surgido de alguna forma en el curso del desarrollo constitucional a partir de bienes y valores establecidos previamente por aquélla”*. A la vista de lo expuesto, podemos considerar que el abastecimiento de agua potable a la población es un concepto que entra dentro del concepto de interés público. Parece pues, que esta actividad de abastecimiento a la población, participa de este concepto de actividad destinada a satisfacer necesidades de interés general.

6. Por lo que respecta al requisito de que *“siempre que uno o varios sujetos que deban considerarse poder adjudicador de acuerdo con los criterios de este apartado 3 financien mayoritariamente su actividad”*, hay que señalar que el Ayuntamiento de Nerja, es poder adjudicador por disposición expresa del artículo 3.3.a) del TRLCSP. Pero es que además, la Empresa se financia íntegramente, tal y como se prevé en la Consulta, con cargo al Ayuntamiento. El hecho de que la empresa se financie íntegramente con tasas municipales, le confiere la condición de poder adjudicador. En efecto, el artículo 6 de la Ley 8/1989, de 13 de abril, de Tasas y Precios Públicos, define las mismas como *“tasas son los tributos cuyo hecho imponible consiste en la utilización privativa o el aprovechamiento especial del dominio público, la prestación de servicios o la realización de actividades en régimen de derecho público que se refieran, afecten o beneficien de modo particular al obligado tributario, cuando los servicios o actividades no sean de solicitud o recepción voluntaria para los obligados tributarios o no se presten o realicen por el sector privado”*. A lo que hay que añadir, el artículo 22 que prevé *“La gestión de las tasas corresponde al Ministerio de Economía y Hacienda, sin perjuicio de lo dispuesto en la normativa reguladora de la Hacienda de las Comunidades Autónomas y de las demás Haciendas Territoriales o en las Leyes reguladoras de cada tasa”*. Además el artículo 57 del Real Decreto Legislativo 2/2004, de 25 de marzo, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley Reguladora de las Haciendas Locales, establece en su artículo 57 que *“Los*



ayuntamientos podrán establecer y exigir tasas por la prestación de servicios o la realización de actividades de su competencia y por la utilización privativa o el aprovechamiento especial de los bienes del dominio público municipal, según las normas contenidas en la sección 3.ª del capítulo III del título I de esta ley". Las tasas, constituyen recursos propios de los Ayuntamientos, integrantes del estado de ingresos de los Presupuestos Municipales (artículos 2 y 164 del TRLHL), de los que derivan los ingresos de la Empresa. Es decir, la empresa, tal y como exige el artículo 3.3.b) del TRLCSP, se financia íntegramente con cargo al Ayuntamiento de Nerja.

7. Finalmente, y en relación al último requisito, según el cual es necesario que los poderes adjudicadores *"controlen su gestión, o nombren a más de la mitad de los miembros de su órgano de administración, dirección o vigilancia"*, hay que hacer una referencia previa a los órganos sociales fundamentales de toda sociedad mercantil para determinar si se cumple o no con este requisito en el caso. Así, se encuentran aquí la Junta General de Accionistas y los administradores de esa sociedad, que suelen adoptar la forma de Consejo de Administración. No se dan las circunstancias de que el poder adjudicador *"nombren a más de la mitad de los miembros de su órgano de administración, dirección o vigilancia"*, pues según se desprende de la consulta, ambos, la Empresa y el Ayuntamiento, tienen representantes proporcionales a su participación en el capital social en la Asamblea General de la Sociedad, es decir, el poder adjudicador, no ejerce un control sobre las decisiones propias de la Junta General (artículo 160 del TRLSC).

Cuestión distinta es lo que ocurre en el Consejo de Administración, en el que el poder adjudicador, ejerce un control sobre la gestión de la empresa como consecuencia de que la Presidencia del mismo, que la ostenta la Alcaldía, tiene voto de calidad en caso de empate. Así, según el artículo 209 del TRLSC *"es competencia de los administradores la gestión y la representación de la sociedad en los términos establecidos en esta ley"*. A lo que hay que añadir, que según el artículo 246.2 del TRLSC *"en la sociedad anónima cuando los estatutos no dispusieran otra cosa, el consejo de administración podrá designar a su presidente, regular su propio funcionamiento y aceptar la dimisión de los consejeros"*.

CONCLUSIÓN

Por lo expuesto, podemos considerar que concurren en la Empresa Aguas de Narixa S. A. los requisitos del artículo 3.3 b) del TRLCSP para poder ser considerada poder adjudicador, como consecuencia de la actividad que realiza y que configura su objeto social, así como por la situación de preeminencia del Ayuntamiento en su Consejo de administración, al ser el Alcalde el Presidente de la empresa en cuestión, lo que le puede conferir voto de calidad en caso de empate.