



INFORME 3/2009, DE LA JUNTA DE CONTRATACIÓN PÚBLICA DE NAVARRA, SOBRE CONSTITUCIÓN DE UNA SOCIEDAD DE ECONOMÍA MIXTA PARA LA PROMOCIÓN DE VIVIENDAS, A SOLICITUD DEL AYUNTAMIENTO DEL VALLE DE EGÜÉS.

La Comisión Permanente de la Junta de Contratación Pública, en sesión celebrada el día 28 de diciembre de 2009, aprobó por unanimidad, el siguiente informe:

**ANTECEDENTES**

**PRIMERO.-** El Alcalde del Ayuntamiento del Valle de Egüés solicita informe sobre las actuaciones llevadas a cabo por la sociedad "Andazelay S.L." y la Sociedad Mixta "Gestión y Promoción Egüés, 21 S.L.", en relación con la transmisión de una parcela del patrimonio municipal del suelo ( parcela 3A-9) mediante una compra-venta por la que la sociedad "Andazelay S.L." vende la parcela a la Sociedad Mixta "Gestión y Promoción Egüés, 21 S.L."

En dicha solicitud se señala que la Cámara de Comptos de Navarra, en su informe de fiscalización del ejercicio 2006 del Ayuntamiento del Valle de Egüés, considera que la Sociedad Mixta "Gestión y Promoción Egüés, 21 S.L." no debería haber adquirido directamente una parcela del patrimonio municipal del suelo, comprándola a la sociedad pública "Andazelay, S.A.", con el objeto de promover viviendas.

Según se indica en dicho informe de fiscalización, la parcela transmitida no estaba contemplada en el Pliego de Condiciones que regulaba el proceso de selección del socio privado para la constitución de la Sociedad Mixta "Gestión y Promoción Egüés 21, S.L." y toda ampliación de ese objeto o la entrega de nuevas parcelas requería de nuevas licitaciones, aun cuando el Pliego contuviera una previsión genérica de ampliación.

Por su parte, el Ayuntamiento del Valle de Egüés entiende que el Pliego de Condiciones preveía de manera expresa y clara la transmisión a la sociedad mixta de otras parcelas integrantes del patrimonio municipal del suelo con la finalidad de promover viviendas, lo que estima que es independiente de que los eventuales contratos que celebre la sociedad mixta se encuentren sometidos a los principios de publicidad y

conurrencia, por su carácter de sociedad pública pero no de poder adjudicador de contratos públicos.

Igualmente, la Cámara de Comptos señala en dicho informe que la Sociedad Mixta "Gestión y Promoción Egüés 21, S.L." es un poder adjudicador, de conformidad con lo previsto en el artículo 2.1.e) de la Ley Foral 6/2006, de 9 de junio, de Contratos Públicos, consideración no compartida por el Ayuntamiento del Valle de Egüés.

Por tanto, al existir disparidad de criterios jurídicos entre el Ayuntamiento del Valle de Egüés y la Cámara de Comptos sobre:

a) La legalidad de una licitación para la constitución de una sociedad mixta con objeto amplio, en concreto, que promueva parcelas futuras del Patrimonio Municipal de Suelo.

b) La naturaleza jurídica de este tipo de sociedades mixtas.

Y en la medida en que estas cuestiones jurídicas afectan a muchas otras Entidades Locales de Navarra, es por lo que se solicita la emisión de un informe sobre:

1. Si el objeto del Pliego de Condiciones de la licitación llevada a cabo para la búsqueda del socio privado con el que constituir una sociedad pública mixta municipal que promueva bienes del Patrimonio Municipal del Suelo puede incluir entre sus determinaciones la transmisión directa y onerosa de futuras parcelas del Patrimonio Municipal del Suelo o, por el contrario, debe limitarse a los bienes ya integrantes de dicho patrimonio preexistentes a la licitación. En todo caso, con qué grado de detalle deben identificarse esos bienes pertenecientes al Patrimonio Municipal del Suelo
2. Si al amparo del concreto objeto del Pliego de Cláusulas Administrativas que rigió la licitación para la constitución de la Sociedad Mixta "Gestión y Promoción Egüés 21, S.L.", en concreto su cláusula tercera (denominada objeto de la convocatoria y precio) así como el apartado tercero del Anexo a dicho Pliego (régimen de transmisión de suelos y aprovechamientos urbanísticos), se puede considerar que la transmisión directa y onerosa a la sociedad mixta de futuras parcelas del Patrimonio Municipal del Suelo está amparada por aquella licitación.

A la solicitud de Informe se adjunta la siguiente documentación:

- Informe de fiscalización del Ayuntamiento del Valle de Egüés, ejercicio 2006, emitido por la Cámara de Comptos de Navarra.

- Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares que rigió el concurso para la constitución de la Sociedad Mixta "Gestión y Promoción Egüés 21, S.L."
- Comunicación interpretativa de la Comisión Europea de 12 de abril de 2008, relativa a la aplicación del Derecho Comunitario en materia de contratación pública y concesiones a la colaboración público-privada institucionalizada.
- Escritura de constitución de la Sociedad Mixta "Gestión y Promoción Egüés 21, S.L."
- Informes de Auditoria de las Cuentas Anuales de la Sociedad Mixta Gestión y Promociones Egüés 21 S.L. de los ejercicios 2005, 2006 y 2007.

## **CONSIDERACIONES JURÍDICAS**

**PRIMERA.**- De conformidad con lo previsto en el artículo 8 apartado b) del Decreto Foral 236/2007, de 5 de noviembre, por el que se regula la Junta de Contratación Pública y los procedimientos y registros a su cargo, la solicitud de informe ha sido presentada por órgano legitimado.

En dicha petición se solicita que la Junta de Contratación Pública informe sobre la legalidad de unas determinadas actuaciones realizadas por una entidad local. Sin embargo, debe tenerse en cuenta que, de acuerdo con el artículo 208 c) de la Ley Foral 6/2006, de 9 de junio, de Contratos Públicos, la Junta de Contratación Pública es competente para informar sobre cuestiones que atañen a la contratación pública, a petición de los órganos legitimados por la propia Ley Foral de Contratos Públicos.

De ello se deriva que la Junta de Contratación Pública no puede sustituir ni suplir las funciones consultivas que tienen asignadas otros órganos consultivos en sus respectivos ámbitos de competencia, ni puede informar o entrar a valorar expedientes de contratación concretos, lo cual no obsta que las consultas de carácter general puedan tener el origen en problemáticas concretas surgidas en procedimientos de contratación pública.

Por tanto, el informe se ceñirá a la primera cuestión planteada y a la cuestión, que no se formula explícitamente, relativa al carácter de entidad adjudicadora de contratos públicos (poder adjudicador, como señala la solicitud de informe usando los términos de la Directiva 2004/18, de 31 de marzo, del Parlamento Europeo y del Consejo) de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 2 de la Ley Foral 6/2006, de 9 de junio, de Contratos Públicos.

**SEGUNDA.**- Respecto a la cuestión de la legalidad de la constitución de una sociedad de economía mixta para la promoción de viviendas en parcelas pertenecientes Patrimonio Municipal de Suelo y si el objeto de esa sociedad de economía mixta puede alcanzar a la promoción de futuras

parcelas que lo integren o debe limitarse a las parcelas que lo integran en ese momento y, en su caso, el grado de determinación de las parcelas que son objeto del servicio público que se encomienda a la sociedad de economía mixta procede, en primer término, determinar en qué consiste la actividad de promoción.

Según lo establecido en el artículo 9 de la Ley 38/1999, de 5 de noviembre, de Ordenación de la Edificación, *"será considerado como promotor cualquier persona física o jurídica pública o privada, que, individual o colectivamente, decide, impulsa, programa y financia, con recursos propios o ajenos, las obras de edificación para sí o para su posterior enajenación, entrega o cesión a terceros bajo cualquier título"*. En concreto, de acuerdo con el apartado 2 del artículo 9 citado anteriormente, la figura del promotor asume las siguientes obligaciones:

a) Ostentar sobre el solar la titularidad de un derecho que le faculte para construir en él.

b) Facilitar la documentación e información previa necesaria para la redacción del proyecto, así como autorizar al director de obra las posteriores modificaciones del mismo.

c) Gestionar y obtener las preceptivas licencias y autorizaciones administrativas, así como suscribir el acta de recepción de la obra.

d) Suscribir los seguros previstos en el artículo 19 de la Ley 38/1999, de 5 de noviembre, de Ordenación de la Edificación.

e) Entregar al adquirente, en su caso, la documentación de obra ejecutada, o cualquier otro documento exigible por las Administraciones competentes.

Debe señalarse que la figura del promotor se diferencia en esa Ley de la figura del constructor, que según dicha disposición (artículo 11 de la Ley 38/1999) es quien *"...asume, contractualmente ante el promotor, el compromiso de ejecutar con medios humanos y materiales, propios o ajenos, las obras o parte de las mismas con sujeción al proyecto y al contrato."*

Por tanto, si la sociedad de economía mixta tiene como objeto la promoción de viviendas, está claro que a falta de mayor concreción en los documentos de base de la licitación para la selección del socio privado, ésta sociedad solo asumirá las facultades y obligaciones propias de un promotor, entre las que se encuentran la selección del constructor que ha de construir las viviendas. Por tanto, a la hora de dilucidar si esa selección del constructor ha de someterse a una licitación pública (y quedar sometida al régimen de la Ley Foral 6/2006, de 9 de junio [LFCP]) se necesitará

determinar previamente si la Sociedad de Economía de Mixta es una entidad adjudicadora de contratos públicos.

Una vez determinado el alcance del concepto promoción de viviendas en nuestro ordenamiento, resta por determinar si el ámbito material de la promoción puede abarcar a todas las parcelas, presentes y futuras, del Patrimonio Municipal del Suelo o sólo a las parcelas incorporadas al mismo en el momento de la licitación para la selección del socio privado de la Sociedad de Economía de Mixta.

Para responder a la cuestión de si la licitación debe circunscribirse a parcelas concretas o a todo el ámbito del Patrimonio Municipal del Suelo, debemos acudir al artículo 185 LFCP –dado que en la entidad licitadora es una sociedad mercantil cuyo capital pertenece íntegramente a la entidad local- donde se señala: *“Con carácter previo a la adjudicación del contrato las entidades contratantes fijarán las condiciones básicas de carácter jurídico, económico y técnico que constituirán la ley del contrato.”* Por su parte, el artículo 22.3 LFCP exige que el objeto del contrato sea determinado y el artículo 1273 del Código Civil impone la existencia de un objeto cierto en el contrato.

Por tanto, el ámbito de determinación de las parcelas objeto del servicio público de promoción de viviendas deberá quedar perfectamente determinado en las condiciones básicas, sin que exista impedimento legal para que abarque las parcelas presentes y futuras del Patrimonio Municipal del Suelo.

**TERCERA.-** Respecto al carácter de entidad adjudicadora de la sociedad de economía mixta constituida por una sociedad de capital íntegramente perteneciente a la entidad local y un socio privado seleccionado en licitación pública, debemos examinar si una sociedad mixta de este tipo se encuentra contemplada en el artículo 2 de la LFCP, interpretado conforme a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la UE.

De acuerdo con dicha normativa para que una entidad se encuentre sometida a la LFCP deber cumplir, cumulativamente, los siguientes requisitos:

- a) Estar dotada de personalidad jurídica.
- b) Que en su actividad satisfaga fines de interés público, al menos parcialmente, y que dichos fines de interés general no sean de carácter industrial o mercantil.
- c) La existencia de algún tipo de control público bien sea mediante la financiación, directa o indirecta, de la mitad de su actividad, bien mediante el ejercicio de una influencia dominante a través de mecanismos que

controlen su gestión, o bien mediante la designación de la mitad de los miembros de sus órganos de administración, dirección o vigilancia.

Debe tenerse en cuenta, además, que el Tribunal de Justicia de la UE, en su jurisprudencia, ha señalado que la interpretación de dichos requisitos debe hacerse con un criterio funcional.

La cuestión central que se debe desentrañar es el significado concreto del concepto jurídico indeterminado interés público. En primer lugar, debemos señalar que, como consecuencia del mandato del artículo 21 LFCP, dicho concepto jurídico indeterminado debe interpretarse respetando la doctrina del Tribunal de Justicia de la UE. En dicha doctrina nos encontramos con que el concepto "interés público" de la legislación foral es equivalente al de "interés general" de la legislación comunitaria y que para determinar sus límites el Tribunal de Justicia de la UE señala que es un concepto que pertenece al Derecho comunitario europeo y debe interpretarse en el contexto de la norma y con el objetivo que persigue la Directiva comunitaria, tal como señala el apartado 40 de la Sentencia del Tribunal de Justicia, de 27 de febrero de 2003 (*Adolf Truley GmbH*, Asunto, C-373/00)

Como expresión de qué entiende por interés general el Tribunal de Justicia de la UE podemos destacar los siguientes apartados de la de la Sentencia del Tribunal de Justicia, de 22 de mayo de 2003, (*Korhonen*, Asunto C-18/01):

*"40. Con carácter preliminar, procede recordar que el Tribunal de Justicia ya ha declarado que el artículo 1, letra b), párrafo segundo, de la Directiva 92/50 distingue entre, por una parte, necesidades de interés general que no tienen carácter industrial o mercantil y, por otra, necesidades de interés general que tienen carácter industrial o mercantil (véanse, en particular, las sentencias, antes citadas, BFI Holding, apartado 36, y Agorà y Excelsior, apartado 32). A fin de dar una respuesta útil a las cuestiones planteadas, procede examinar en primer lugar si actividades como las que son objeto del litigio principal satisfacen efectivamente necesidades de interés general y, posteriormente, determinar, en su caso, si tales necesidades revisten o no carácter industrial o mercantil."*

*"47. Según reiterada jurisprudencia, en general, constituyen necesidades de interés general que no tienen carácter industrial o mercantil, en el sentido del artículo 1, letra b), de las directivas comunitarias relativas a la coordinación de los procedimientos de adjudicación de contratos públicos, aquellas necesidades que, por una parte, no se satisfacen mediante la oferta de bienes o servicios en el mercado y que, por otra parte, por razones vinculadas al interés general, el Estado decide satisfacer por sí mismo o respecto de las cuales quiere conservar una influencia determinante (véanse, en particular, las sentencias, antes citadas, BFI Holding, apartados 50 y 51, Agorà y Excelsior, apartado 37, y Adolf Truley, apartado 50)."*

El Tribunal de Justicia de la UE, al interpretar la legislación comunitaria interpreta que cuando una entidad satisface necesidades de interés general que no son mercantiles o industriales, debe aplicarse la normativa de contratación pública, pues como ha señalado en reiterada jurisprudencia, es en esas actividades donde existe el riesgo de que se adopten decisiones no estrictamente económicas, lo que puede conllevar un riesgo de prima a los nacionales frente a otros comunitarios. Este riesgo no existe en una entidad con fines de interés general de carácter industrial o mercantil, puesto que sus decisiones son estrictamente económicas.

**CUARTA.**- Para dilucidar la cuestión que nos ocupa debemos tener en cuenta que el derecho a una vivienda digna y adecuada es un derecho constitucional de carácter económico y social reconocido por el artículo 47 de la Constitución, norma que a la vez ordena a los poderes públicos hacer efectivo este derecho y que, por otro lado, el artículo 25.2 d) de la Ley 7/1985, de 2 de abril, de Bases del Régimen Local establece como competencia de los municipios la *"promoción y gestión de viviendas"*. Por último, el artículo 223 de la Ley Foral 35/2002, de 20 de diciembre, de Ordenación del Territorio y Urbanismo señala: *"El patrimonio municipal del suelo constituye un patrimonio separado de los demás bienes de titularidad municipal, estando vinculado al cumplimiento de la finalidad de regular el mercado de terrenos, obtener reservas de suelo para actuaciones de iniciativa pública y facilitar la ejecución del planeamiento."*

De la normativa expuesta se puede deducir sin grandes esfuerzos que la intervención en el mercado de la vivienda, a través de la promoción de viviendas en solares del patrimonio municipal del suelo, busca la satisfacción de un interés general (público según dispone la LFCE) que no tiene carácter mercantil o industrial, puesto que esa intervención busca precisamente hacer accesible la vivienda a todas las economías a la vez que sirve de contrapeso a los precios libremente marcados en el mercado. Es claro, por tanto, que dicha intervención no busca obtener el máximo beneficio para la sociedad de economía mixta sino atender a las necesidades de la población.

Suele argumentarse en estos casos de intervención en un mercado, y así lo hace el Alcalde de Egüés en su escrito, que la existencia de un mercado en competencia acredita que nos encontramos ante una actividad mercantil e industrial, lo que implicaría que la entidad no estaría sometida a obligaciones de contratación pública. La Sentencia del Tribunal de Justicia, de 22 de mayo de 2003, (*Korhonen*, Asunto C-18/01), en sus apartados 50 y 51, refuta dicha tesis en estos términos:

*"50. No obstante, de los propios términos de esta última sentencia se desprende que la existencia de una competencia desarrollada no permite, por sí sola, inferir la ausencia de una necesidad de interés general que no tenga carácter industrial o mercantil (véase la sentencia Adolf Truley, antes citada, apartado 61). La misma observación es válida por lo que se refiere a la circunstancia de que el organismo de que se trata pretende satisfacer*

*específicamente las necesidades de empresas comerciales. Deben tenerse en cuenta otros factores antes de llegar a tal conclusión y, en particular, la cuestión de en qué condiciones ejerce sus actividades el organismo de que se trate.*

*51. En efecto, si el organismo opera en condiciones normales de mercado, tiene ánimo de lucro y soporta las pérdidas derivadas del ejercicio de su actividad, es poco probable que las necesidades que pretende satisfacer no tengan carácter industrial o mercantil. Además, en tal supuesto, la aplicación de las directivas comunitarias relativas a la coordinación de los procedimientos de adjudicación de contratos públicos no sería preceptiva, puesto que un organismo que tenga ánimo de lucro y soporte los riesgos derivados de su actividad, normalmente no convocará una licitación para la adjudicación de un contrato en condiciones que no estén económicamente justificadas. "*

A mayor abundamiento, en la Sentencia de 10 de abril de 2008 (Fernwärme, asunto C393/06), sobre la naturaleza de entidad adjudicadora de contratos de una empresa de economía mixta para el suministro de calefacción, se dice lo siguiente:

*"39. En lo que atañe, en primer lugar, al objetivo de la creación de la entidad en cuestión y a la naturaleza de las necesidades que satisface, debe señalarse que, como se desprende de los autos remitidos al Tribunal de Justicia, Fernwärme Wien fue creada con el fin específico de garantizar la calefacción de viviendas, edificios públicos, empresas y oficinas en el término municipal de la ciudad de Viena empleando la energía obtenida de la combustión de residuos. En la vista celebrada ante el Tribunal de Justicia se destacó que, actualmente, ese sistema de calefacción abastece alrededor de 250.000 viviendas, numerosas oficinas e instalaciones industriales, así como prácticamente todos los edificios públicos. Suministrar la calefacción de una aglomeración urbana a través de un procedimiento que respete el medio ambiente es innegablemente un objetivo de interés general. Por lo tanto, no puede negarse que Fernwärme Wien fuera creada específicamente para satisfacer necesidades de interés general.*

*40. A tal efecto es indiferente que esas necesidades también sean cubiertas o podrían serlo por empresas privadas. Lo esencial es que se trate de necesidades que, por razones de interés general, el Estado o una entidad territorial deciden satisfacerlas por sí mismos o respecto de las cuales quieren conservar una influencia determinante (véanse, en este sentido, las sentencias de 10 de noviembre de 1998, BFI Holding, C-360/96, Rec. p. I-6821, apartados 44, 47, 51 y 53, y de 10 de mayo de 2001, Agorà y Excelsior, C-223/99 y C-260/99, Rec. p. I-3605, apartados 37, 38 y 41).*

*41. En segundo lugar, para determinar si las necesidades que satisface la entidad de que se trata en el litigio principal no tienen carácter industrial o mercantil, hay que tener en cuenta la totalidad de los elementos jurídicos y fácticos pertinentes, tales como las circunstancias que hayan rodeado la creación del organismo de que se trate y las condiciones en que ejerce su actividad. A este respecto, es preciso comprobar, en particular, si el organismo de que se trata ejerce sus actividades en situación de competencia*



*(véase la sentencia de 22 de mayo de 2003, Korhonen y otros, C-18/ 01, Rec. p. I-5321, apartados 48 y 49, y la jurisprudencia citada).*

*42. Como se ha expuesto en el apartado 39 de la presente sentencia, Fernwärme Wien fue creada con el objetivo específico de garantizar el suministro de calefacción en el término municipal de la ciudad de Viena. Ha quedado acreditado que el ánimo de lucro no presidió la creación de la mencionada entidad. Si bien no se descarta que esa actividad pueda generar beneficios distribuidos en forma de dividendos a los accionistas de dicha entidad, la obtención de esos beneficios no es su objetivo principal (véase, en este sentido, la sentencia Korhonen y otros, antes citada, apartado 54)."*

En consecuencia, para que una entidad satisfaga fines de interés público de carácter mercantil o industrial, a efectos de la aplicación o no de la LFCP, si se constata que existe un mercado en competencia, debe tenerse en cuenta si la entidad ha sido constituida con fines de lucro y, en segundo término, si en su actividad mercantil o industrial soporta los riesgos derivados de la actividad, es decir, que no tiene el respaldo de una entidad pública en caso de pérdidas en la gestión.

Por tanto, de la normativa vigente se desprende que en ningún caso una sociedad de economía mixta para la promoción de viviendas en solares del patrimonio municipal del suelo satisface fines de interés público de carácter industrial o mercantil, pese a concurrir en el mercado de la vivienda, sometido a reglas de competencia.

QUINTA.- Por último, respecto a la existencia de control público en una sociedad de economía mixta, éste existe al pertenecer al menos la mitad del capital social a la entidad pública, lo que normalmente se reflejará en sus órganos de dirección y administración.

Por tanto, una sociedad de economía mixta para la promoción de viviendas en solares del Patrimonio Municipal del Suelo se encuentra dotada de personalidad jurídica propia, satisface fines de interés público que no son de carácter mercantil o industrial y está sometida a control público en su actividad, por lo que entra dentro de los supuestos señalados en el artículo 2 LFCP y la celebración de sus contratos de obras, adquisiciones de productos o prestación de servicios debe hacerse conforme a lo dispuesto en el Libro II LFCP, dada su personificación con arreglo al Derecho Mercantil.

Respecto a la posibilidad de recibir encargos adicionales para la realización de obras, adquisición de productos o prestación de servicios por parte del municipio o entidades dependientes de él, cuestión no explícitamente planteada pero que en los antecedentes de la consulta parece contemplarse, debe tenerse en cuenta que, según la Sentencia del Tribunal de Justicia de la UE, de 11 de enero de 2005, (Stadt Halle, asunto C-26/03), la presencia de capital privado en una sociedad impide que pueda ser considerada medio instrumental del ente matriz, por lo que la sociedad

de economía mixta no podría recibir encargos adicionales más allá de la prestación del servicio público que se determinó en los Pliegos cláusulas de la licitación necesaria para su constitución.

## **CONCLUSIONES**

1ª. Resulta legal la constitución de una sociedad de economía mixta cuyo objeto es la promoción de viviendas en parcelas del Patrimonio Municipal del Suelo, previa licitación para seleccionar un socio privado, licitación donde deberá expresarse con carácter cierto el ámbito espacial y funcional del servicio público que asume la sociedad de economía mixta.

2ª. Una sociedad de economía mixta para la promoción de viviendas en parcelas del Patrimonio Municipal del Suelo es una entidad adjudicadora de las contempladas en el artículo 2 Ley Foral 6/2006, de 9 de junio, de Contratos Públicos, por lo que debe adjudicar sus contratos de obras, suministro y asistencia conforme a lo dispuesto en el Libro II LFCP.

Pamplona, 28 de diciembre de 2009