



## DIPUTACIÓN DE VALLADOLID

### *Servicio de Asesoramiento Local*

Por el Sr. Alcalde del Ayuntamiento de \_\_\_\_\_ se solicita, de este Servicio de Asesoramiento Local, informe jurídico en relación con un convenio de colaboración que se pretende suscribir por la Consejería de Fomento y Medio Ambiente, el Ayuntamiento de Valladolid y el Ayuntamiento de \_\_\_\_\_ y la Sociedad Pública de Medio Ambiente Castilla y León (SOMACYL, en adelante) para la ejecución, conservación y mantenimiento de las obras de conexión del municipio de \_\_\_\_\_ al sistema de saneamiento y EDAR de Valladolid, así como la explotación de la gestión de la infraestructura. De acuerdo con el borrador del convenio remitido parece que se pretende utilizar a SOMACYL como medio propio del Ayuntamiento y concertar con esta Entidad uno de los denominados contratos “in house”.

El Ayuntamiento plantea una serie de cuestiones concretas y a la vez nos invita a realizar cualquier otra consideración jurídica que este Servicio de Asesoramiento considere de interés.

Comenzando por estas consideraciones jurídicas, el denominado “contrato interno” o “in house” es una relación jurídica en la que un poder adjudicador encarga la prestación de una obra o de un servicio a un ente instrumental con personalidad jurídica propia sin aplicar la legislación contractual. Se trata de una manifestación de la potestad autoorganizativa de las administraciones públicas por la cual el interés público se satisface mediante una actividad interna, y que se inspira en la doctrina y práctica denominada en el mundo anglosajón “in house providing” (literalmente, suministro doméstico o interno). Si bien se trata de una modalidad de gestión admitida por el Derecho comunitario, se trata de una excepción y, por tanto, realizar encargos de forma directa, sin licitación pública, a entidades dotadas de personalidad jurídica propia pero controladas por los entes contratantes, ha sido, y es, fuente de conflictos, dado que puede afectar a los principios comunitarios de igualdad y de competencia.

Como se desprende, la característica principal de estos “contratos internos” es la exclusión de la aplicación de la normativa de contratación pública, por lo que se han de considerar una excepción. El Informe 4/2009, de 27 de noviembre, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de las Islas Baleares, señala: *“En consecuencia, estos requisitos han de interpretarse de manera estricta y la carga de la prueba de que ese dan estas circunstancias que justifican la excepción corresponde a quien se quiera beneficiar de la misma”*.

Los artículos 4.1. n y 24.6 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011 (TRLCSP, en adelante) determinan, en nuestro país la regulación legal de estas operaciones, la cual ha de ser complementada con la doctrina emanada del TJUE. Así el art. 4.1. n del TRLCSP excluye, del ámbito de la Ley de contratos, a los negocios jurídicos en cuya virtud se encargue a una entidad que, conforme a lo señalado en el art. 24.6 TRLCSP, tenga atribuida la condición de medio propio y servicio técnico para la realización de una determinada prestación. No obstante, los contratos que deban celebrarse por las entidades que tengan la consideración de medio propio y servicio técnico para la realización de las prestaciones objeto del encargo quedarán sometidos a esta Ley, en los términos que sean procedentes de acuerdo con la naturaleza de la entidad que los celebre y el tipo y cuantía de los mismos, y, en todo caso, cuando se trate de contratos de obras, servicios o suministros cuyas cuantías superen los umbrales establecidos en la Sección II del Capítulo II de este Título Preliminar, las entidades de derecho privado deberán observar para su preparación y adjudicación las reglas establecidas en los artículos 121.1 y 174.



## DIPUTACIÓN DE VALLADOLID

*Servicio de Asesoramiento Local*

Para que estas entidades se consideren medio propio han de cumplir con una serie de requisitos, los cuales se han ido y continúan configurándose por la jurisprudencia del TJUE y se han ido y continúan perfilándose por abundantes informes emitidos por las distintas Juntas Consultivas de Contratación Administrativa de nuestro país (JCCA). El art.26.4 del TRLCSP positiviza alguno de los requisitos que han de cumplir estos entes para que puedan ser considerados “medios propios”.

El punto de partida de estos requisitos es la sentencia del TJUE de 18 de noviembre de 1999, Teckal, que especifica los requisitos que justifican la adjudicación directa de un contrato público. De conformidad con el apartado 50 de aquella sentencia la adjudicación directa de un contrato está justificada, aunque el adjudicatario sea formalmente una persona jurídica distinta de la entidad adjudicadora, en el supuesto de que, a la vez, la entidad territorial ejerza sobre la persona de que se trate un **control análogo** al que ejerce sobre sus propios servicios y esta persona **realice la parte esencial de su actividad** con la entidad o entidades que la controlan. Se exige, si se trata de sociedades **que la totalidad del capital sea además de titularidad pública**. Se añade un requisito de carácter formal, la condición de medio propio y servicio técnico se ha de **reconocer expresamente por la norma que cree a la entidad o por sus estatutos**, que deben establecer el régimen de los encargos así como su ámbito subjetivo y objetivo. Además, recogido por la jurisprudencia e incorporado a los informes de las distintas JCCA se establece, como un requisito más **la idoneidad para ejecutar la encomienda**.

### EL CONTROL DE LA ACTIVIDAD.

En la sentencia de 13 de octubre de 2005, Parking Brixen, el Tribunal de Justicia estableció requisitos bastante rigurosos para el reconocimiento de la existencia de un “control análogo”. Posteriormente, el Tribunal de Justicia adoptó un criterio más abierto y suavizó los requisitos que debían reunirse para reconocer que se ejercía un “control análogo”, entre otras, las sentencias del TJUE de 19 de abril de 2007 (famosa sentencia en nuestro país por analizar el caso de Tragsa), de 17 de julio de 2008, 13 de noviembre de 2008 y la reciente sentencia de 29 de noviembre de 2012, en esta última, el Tribunal declara: *“Cuando varias administraciones públicas, en su condición de entidades adjudicadoras, crean en común una entidad encargada de realizar la misión de servicio público que incumbe a aquéllas o cuando una administración pública se adhiere a la mencionada entidad, el requisito sentado por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea - según el cual, para que tales administraciones públicas queden dispensadas de su obligación de tramitar un procedimiento de adjudicación de contratos públicos de conformidad con las normas del Derecho de la Unión, han de ejercer conjuntamente sobre dicha entidad un control análogo al que ejercen sobre sus propios servicios- se considerará cumplido cuando cada una de las administraciones públicas participe tanto en el capital como en los órganos de dirección de la entidad en cuestión”*.

La sentencia del TJUE de 13 de noviembre de 2008, Coditel Brabant SA señala que el control análogo es la *“posibilidad de influencia determinante, tanto sobre los objetivos estratégicos como sobre las decisiones importantes de dicha entidad”*. En el caso concreto, para su determinación acude a tres parámetros: la posesión del capital de la entidad concesionaria; la



## DIPUTACIÓN DE VALLADOLID

*Servicio de Asesoramiento Local*

composición de los órganos de decisión de ésta y el alcance de las facultades reconocidas a su consejo rector.

Del análisis jurisprudencial se observa como el TJUE expande progresivamente el ámbito de aplicación de la excepción “in house” y del concepto de medio propio, con la finalidad de garantizar la autonomía organizativa de los Estados, la cooperación administrativa y una mayor eficacia y eficiencia de las autoridades públicas. Señala el Informe 4/2009, de 27 de noviembre, de la JCCA de las Islas Baleares, refiriéndose a la sentencia de Tragsa *“En esta sentencia el Tribunal de Justicia flexibiliza el criterio del control análogo y permite una interpretación más amplia de este requisito frente a la jurisprudencia existente, ya que admite que puede haber un control análogo incluso si la participación de un sujeto es simbólica, como en el caso de algunas comunidades autónomas”*.

Son varios los informes que hacen referencia a que se entiende por “control análogo”, entre ellos:

El informe 1/2010, de 21 de julio de 2010, de la JCCA de las Islas Baleares señala *“En cuanto al control que debe ejercer quien realiza el encargo sobre quien lo recibe, análogo a sus propios servicios, la Ley contiene una presunción para entender, en todo caso, que existe este control, e indica los dos requisitos siguientes: la existencia de unas instrucciones fijadas unilateralmente por quien hace el encargo y de unas tarifas aprobadas previamente por la entidad de la cual depende quien recibe el encargo que sirven para fijar la retribución del encargo de gestión”*.

El informe 18/2012, de 30 de noviembre, de la JCCA de la Generalidad de Cataluña, señala *“Este control análogo se da cuando los poderes adjudicadores puedan conferirles encargos de gestión que sean de ejecución obligatoria, de acuerdo con instrucciones fijadas unilateralmente por quien hace el encargo y cuya retribución se fije por referencia a tarifas aprobadas por la entidad pública de la cual dependa”*.

El informe 65/2007, de 29 de enero de 2009, de la JCCA del Estado, señala *“La Ley señala que en todo caso, se entenderá que los poderes adjudicadores ostentan sobre un ente, organismo o entidad un control análogo al que tienen sobre sus propios servicios si pueden conferirles encomiendas de gestión que sean de ejecución obligatoria para ellos de acuerdo con instrucciones fijadas unilateralmente por el encomendante y cuya retribución se fije por referencia a tarifas aprobadas por la entidad pública de la que dependen ...”*

### LA REALIZACIÓN DE LA PARTE ESENCIAL DE LA ACTIVIDAD:

Consiste este requisito en que la totalidad o la parte principal de la actividad del medio propio debe estar destinada a la Entidad adjudicadora. La actividad restante, si la hubiera, habrá de ser marginal. El TJUE entiende que cuando son varios los entes territoriales que controlan una empresa, este requisito puede considerarse satisfecho si dicha empresa realiza lo esencial de su actividad, no necesariamente con uno u otro de esos entes territoriales, sino con todos ellos considerados en su conjunto.

Así, la sentencia TJCE en el caso Cabotermo y Consorzio Alisei, indica que este requisito se puede considerar cumplido si la empresa realiza lo esencial de su actividad *“no necesariamente*



## DIPUTACIÓN DE VALLADOLID

*Servicio de Asesoramiento Local*

*con uno u otro de estos entes territoriales, sino con dichos entes territoriales considerados en su conjunto”.*

### RECONOCIMIENTO EXPRESO POR LA NORMA DE CREACIÓN.

El artículo 24.6 de la LCSP incorpora un requisito de carácter formal al exigir que la condición de medio propio y servicio técnico se reconozca expresamente por la norma que cree la entidad o por sus estatutos, que deben establecer el régimen de los encargos así como su ámbito subjetivo y objetivo.

El informe 65/2007, de 29 de enero de 2009 de la JCCA del Estado señala: *“La condición de medio propio y servicio técnico de las entidades que cumplan tales requisitos deberá reconocerse expresamente por la norma que la cree o por sus estatutos, que deberán determinar las entidades respecto de las cuales tienen ésta condición y precisar el régimen de las encomiendas que se les puedan conferir o las condiciones en que podrán adjudicárseles contratos.”*

El informe 1/2010, de 21 de julio de 2010, de la JCCA de las Islas Baleares señala: *“Ciertamente, la mención en la norma de creación o los estatutos de una entidad se podría considerar una presunción de que se dan las circunstancias exigidas, en el sentido de que hay una apariencia de dependencia entre ellas, y que, por tanto, los encargos formalizados entre la entidad y aquellas otras respecto de las cuales se ha atribuido la condición de medio propio y servicio técnico se ajustarían a Derecho. No obstante, debe decirse que la simple mención en la norma de creación o en los estatutos de que una entidad tiene la condición de medio propio y servicio técnico de otra entidad sin que se cumplan los requisitos exigidos por la jurisprudencia comunitaria, no convierte aquella entidad en un medio propio.*

*Por tanto, con la finalidad de evitar el uso fraudulento de esta técnica organizativa es imprescindible verificar ex ante que se cumplen los requisitos comunitarios, dado que debe considerarse contraria a Derecho la mención de entidades respecto de las cuales no se cumplen los requisitos comunitarios o el uso de expresiones que pretendan evidenciar que una entidad tiene la condición de medio propio y servicio técnico de cualquier ente del sector público”.*

### IDONEIDAD PARA EJECUTAR LA ENCOMIENDA.

Requisito que no contempla el art. 24.6 del TRLCSP no obstante, tanto el TJUE como la doctrina de las distintas JCCA lo recogen de forma reiterada.

El informe 6/2010, de 28 de julio, de la JCCA de la Generalidad de Cataluña señala: *“Este precepto no contiene, por lo tanto, ningún límite expreso en relación con el porcentaje del encargo que los medios propios y servicios técnicos pueden contratar con tercero (13). No obstante, hay que plantear si esta falta de previsión expresa implica que una Administración pública puede efectuar un encargo a un medio propio que no tiene ningún medio para llevarlo a cabo, de manera que éste se limite a constituirse en entidad contratante, en sustitución de la Administración que efectúa el encargo.*

(...)



## DIPUTACIÓN DE VALLADOLID

*Servicio de Asesoramiento Local*

*Efectuar una interpretación diferente de este precepto supondría considerar que las administraciones públicas, ante la necesidad de obtener una determinada prestación, pudieran optar libremente por recurrir a un contrato administrativo o a un contrato privado – con la pérdida de las prerrogativas administrativas y el consiguiente detrimento para la salvaguardia del interés público que esta actuación comportaría–, por la vía de interponer, mediante un encargo, un medio propio que no tuviera el carácter de administración pública a efectos de la LCSP”.*

El informe 1/2010, de 21 de julio de 2010, de la JCCA de las Islas Baleares se plantea la cuestión de si es posible que la Administración encargue a un ente instrumental que tenga la condición de medio propio y servicio técnico para la realización de una determinada prestación a pesar de no tener los medios necesarios para llevarla a cabo, limitándose a sustituir a la Administración en la posición de entidad contratante y tramitar el expediente de contratación correspondiente del cual resultará adjudicatario un empresario que es el que realmente ejecutará la prestación. Señala este informe: *“El artículo 4.1 n dispone que los contratos que deben celebrar las entidades que tengan la consideración de medio propio y servicio técnico para llevar a cabo las prestaciones objeto de los encargos deben someterse a la LCSP, de acuerdo con la naturaleza del ente y la cuantía de los contratos. Además, el artículo 4.1 n dispone que en los contratos de obras, servicios o suministros en los que se superen los umbrales comunitarios deben aplicarse, como mínimo, las normas de los artículos 121.1 y 174 de la LCSP, esto es, las reglas propias de los poderes adjudicadores, aunque el ente que reciba el encargo no lo sea. Por tanto, no establece ningún límite, ni cuantitativo ni cualitativo, a la posibilidad de que el medio propio no disponga de los medios suficientes”... “La importancia de esta cuestión radica en que si se hace un encargo a un ente instrumental que no dispone de los medios para llevarlo a cabo y, por tanto, este ente se limita a sustituir a la Administración en la posición de entidad contratante, sin asumir la ejecución efectiva del encargo, podría suceder que el ente encomendante acudiese a un ente instrumental con la finalidad de alterar el régimen del contrato, lo que podría suponer que el órgano de contratación puede elegir libremente un régimen contractual u otro. Este criterio implicaría ir más allá de lo que es una cuestión de organización, que es el aspecto que considera la normativa comunitaria para admitir que la Administración pueda desposeerse de unas prerrogativas atribuidas por el Derecho interno sin una causa que lo justifique”.*

La JCCA del Estado, en el informe 65/2007, de 29 de enero de 2009, manifiesta al respecto: *“Habrá que añadir un último requisito, como es la idoneidad para ejecutar la encomienda de gestión y en tal sentido debe disponer de personal y medios materiales y técnicos para ejecutar la encomienda”.*

No obstante, la posibilidad de que las entidades consideradas medios propios no dispongan de los medios suficientes para ejecutar los encargos por sí mismas y, por tanto, deban trasladar la ejecución del encargo a un tercero la admiten, por ejemplo, la Intervención General de la Administración del Estado en el informe circularizado de 5 de junio de 2006, si bien referido al artículo 3.1 I del Texto refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por el Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio, y la JCCA de Andalucía en el informe 2/2008.



## DIPUTACIÓN DE VALLADOLID

*Servicio de Asesoramiento Local*

### EL REQUISITO DE LA FORMA

El informe 65/2007, de 29 de enero de 2009 de la JCCA del estado señala: *“Tal configuración del concepto medio propio, revela una característica principal, como es que el poder adjudicador, en la relación de control que ejerce, y el medio propio actúan en una relación que no es contractual sino de instrucciones unilaterales de ejecución cursadas por el poder adjudicador que el medio propio ha de ejecutar”*.

*El informe 6/2009 de la JCCA de las Islas Baleares señala: “... los encargos de gestión a los que hace referencia la doctrina in house no son contratos stricto sensu sino que suponen una manifestación de la potestad autoorganizativa de la Administración, ya que no hay una autonomía de la voluntad por parte de quien recibe el encargo.*

*Así, se trata de encargos que los poderes adjudicadores hacen a sus servicios internos en cuanto organizaciones especializadas y segregadas en régimen de descentralización funcional, que habitualmente adoptan una forma jurídico privada. Dado que estas personas jurídicas no se consideran independientes, el Tribunal de Justicia considera que este encargo de trabajo no es un auténtico trabajo inter partes sino una convención interna entre servicios. De hecho, no son actos administrativos ad extra con efectos sobre terceros sino verdaderas órdenes de servicio mediante las cuales los órganos administrativos organizan y dirigen la actividad de sus órganos o entes dependientes, si bien estos últimos pueden tener personalidad jurídica diferente.*

*Estos negocios jurídicos unilaterales u órdenes de servicio, a pesar de que en los casos en que se dirigen a entidades instrumentales con personalidad jurídica propia (particularmente si se trata de entidades de derecho privado) no se corresponden exactamente con las previstas en el artículo 21.2 de la Ley 30/1992 (ya que el alcance de esta norma se limita a los órganos o servicios internos jerárquicamente dependientes), sí que, en todo caso, cuando son dictadas por poderes adjudicadores que sean administraciones públicas a efectos de la Ley 30/1992, se pueden considerar como actos administrativos, si bien con efectos ad intra, que deben adoptar la forma inherente a estos actos (resolución, acuerdo, etc.), deben comunicarse al ente destinatario del acto y deben considerarse ejecutivos de acuerdo con la reglas generales de la Ley 30/1992.*

*En definitiva, los encargos de gestión deben adoptar la forma oportuna de acuerdo con la naturaleza de la entidad y del órgano concreto que haga el encargo. En particular, en el caso de que el encargo lo haga una administración pública a efectos de la Ley 30/1992 (de conformidad con su artículo 2), este negocio jurídico unilateral constituye un auténtico acto administrativo (si bien con efectos ad intra), con las consecuencias que ello implica”*.

*El informe de la JCCA de las Islas Baleares 1/2010 de 21 de julio de 2010, señala: “Los encargos de gestión del artículo 4.1 n de la LCSP deben adoptar la forma oportuna de acuerdo con la naturaleza de la entidad y del órgano concreto que realiza el encargo y deben comunicarse al ente instrumental que lo debe cumplir, sin que sea necesaria la formalización ni, por tanto, la publicación, de ningún convenio o acuerdo entre la entidad que efectúa el encargo y la entidad destinataria de éste. Todo ello sin perjuicio de que, ante el silencio de la Ley, pueda plantearse la necesidad o la conveniencia de establecer un régimen de publicidad a efectos de control, en los términos que se indican más adelante” Debe tenerse en cuenta que el encargo de gestión a una entidad que tenga la condición de medio propio es de ejecución obligatoria siempre que la actividad esté incluida en el objeto social de la entidad, y es inmediatamente ejecutivo, no siendo susceptible de recurso, de acuerdo con lo que establecen las letras b y c del artículo 20 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa”*.



## DIPUTACIÓN DE VALLADOLID

*Servicio de Asesoramiento Local*

Estas consideraciones jurídicas han de finalizar poniendo de manifiesto que del estudio comparado que se ha realizado de la doctrina de algunas JCCA, la doctrina de la JCCA de Andalucía es más flexible en la interpretación de los requisitos que configuran los “contratos in house”. El resto de JCCA incluida la del Estado se decantan, siguiendo al TJUE, por una aplicación bastante más estricta y restrictiva de los requisitos que configuran este régimen especial de contratación. Así, el informe de la JCCA de Andalucía 13/2008, de 22 de diciembre, en el que refiriéndose a la empresa pública EGMASA, cuyo capital social está suscrito íntegramente por la Junta de Andalucía, en el que después de analizar los requisitos para que una entidad sea medio propio, concluye: *“La sociedad EGMASA se considera medio propio instrumental de las entidades locales en el ámbito territorial de la Comunidad Autónoma de Andalucía con las que suscriba convenio de colaboración en los términos establecidos en el artículo 67 de la Ley 8/1997, de 23 de diciembre, a los efectos previstos en el artículo 24.6 de la LCSP”*. Por su parte la JCCA del Estado, en el informe 21/2008, de 28 de julio de 2008, al analizar si TRAGSA puede ser medio propio de un ayuntamiento señala *“En la sentencia el Tribunal de Justicia declara la condición de medios propio de TRAGSA respecto de las aquellas Administraciones que son titulares de su capital al considerar que respecto de las mismas se cumplen los requisitos. Sin embargo, no puede decirse lo mismo respecto del Ayuntamiento de Riveira, ya que al no ser titular de su capital ni disponer de ninguna acción de control sobre la actividad de TRAGSA no se cumple la primera condición, y tampoco se cumple la segunda, toda vez que TRAGSA no realiza la parte esencial de su actividad para la Corporación. En consecuencia, no puede ser encomendada por el Ayuntamiento de Riveira la gestión referida a la ejecución de las obras citadas a la mercantil TRAGSA.”*

El Ayuntamiento, además de a este Servicio de Asesoramiento Local, podría solicitar informe sobre esta cuestión a la JCCA de Castilla y León (adscrita actualmente a la Secretaría General de la Consejería de Hacienda). También, y dada la trascendencia de esta cuestión, trascendencia que tiene que ser apreciada por el Consejo, podría el Ayuntamiento solicitar informe facultativo al Consejo Consultivo de Castilla y León, al amparo de lo dispuesto en el art. 6 de la Ley 1/2002, de 9 de abril, Reguladora del Consejo Consultivo de Castilla y León.

A continuación se va a responder a las concretas cuestiones que plantea el Ayuntamiento, las cuales se transcriben literalmente:

*1º.- Es cierto que el nuevo apartado Tercero del art. 5 de la Ley 2/2006, introducido por la Disposición Final Tercera de la Ley 19/2010, faculta a las Corporaciones Locales a la utilización de la sociedad como medio propio instrumental, pero “siguiendo los procedimientos establecidos y de acuerdo con las fórmulas legalmente previstas”. Es decir se podría sin procedimiento alguno llegar a suscribir sin más el convenio que se remite.*

En primer lugar señalar que el Ayuntamiento se está refiriendo a la Ley 12/2006, de 26 de octubre, de creación de la empresa pública Sociedad Pública de Medio Ambiente de Castilla y León, y no a la Ley 2/2006.



## DIPUTACIÓN DE VALLADOLID

### *Servicio de Asesoramiento Local*

Como se desprende de las consideraciones jurídicas que se han realizado y de acuerdo con el art. 4 del TRLCSP, relativo a los negocios y contratos excluidos, están excluidos del ámbito de aplicación del TRLCSP, y por lo tanto no sujetos a licitación pública, entre otros, los negocios jurídicos celebrados entre un poder adjudicador, en este caso el Ayuntamiento y aquella sociedad que tenga la condición de medio propio del Ayuntamiento. Para que una sociedad tenga la condición de medio propio hay que analizar, con anterioridad a la celebración del negocio jurídico, si se dan los requisitos señalados en el art. 24.6 del TRLCSP, interpretados conforme a la jurisprudencia del TJUE, a la que se ha hecho referencia en la primera parte de este informe.

A este respecto es ilustrativo el informe de la JCCA 17/2012, de 30 de noviembre, de la Generalidad de Cataluña que señala: “...sin aplicar la normativa sobre contratación pública, si esta entidad pública empresarial tiene la condición de medio propio y servicio técnico respecto de los entes, organismos y entidades citados, por reunir los requisitos determinados en el artículo 24.6 del TRLCSP (LA LEY 21158/2011) e interpretados conforme con la jurisprudencia del TJUE. Por lo tanto, será necesario analizar, en cada caso, y en función del tipo de ente, de organismo o de entidad que hace el encargo, si concurren los requisitos mencionados”

*2º.- En base al art. 4, in fine de la ley de su creación de la empresa pública citada, dice “En ningún caso podrá disponer de facultades que impliquen el ejercicio de potestades públicas”. Es decir, como quiera que el Ayuntamiento no dispone de las instalaciones hasta el final del periodo de la explotación (de los 25 años), y una vez que se liquide en su caso toda la deuda contraída por el Municipio, con carácter previo a la formalización del acta de entrega, es posible esto, pues qué pinta la titularidad municipal. En caso de posible responsabilidad de la obra, que trascendencia tendría el Municipio.*

Que el art. 4 de la ley 12/2006, recoja la imposibilidad de que aquellos servicios que impliquen ejercicio de autoridad sean ejercidos por entidades con personalidad jurídica privada, aunque su capital sea íntegramente de titularidad pública, no es más que reiteración de la de la normativa estatal y autonómica. Así, también lo recoge, la Disposición adicional duodécima Ley 6/1997, de 14 de abril, de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado y el art. 94 la Ley 3/2001, de 3 de julio, del Gobierno y de la Administración de la Comunidad de Castilla y León.

De forma tradicional nuestro ordenamiento jurídico atribuye funciones soberanas únicamente a los sujetos públicos, es decir solamente a aquellas personas que son titulares del “ius imperium”, y sin que estas personas jurídico públicas pueden transferir a los sujetos privados competencias que conlleven ejercicio autoridad pública, así lo recoge nuestra legislación de régimen local: El art. 69.1 del Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales de 1995, establece que los servicios que impliquen ejercicio de autoridad serán atendidos necesariamente por gestión directa. Por su parte, el art. 95 del Texto Refundido de Régimen Local, aprobado por Real Decreto Legislativo 781/1986, de 18 de abril, establece que los servicios públicos que impliquen ejercicio de autoridad solamente podrán ser ejercidos de forma directa. Limita aun más el art. 85.3 de la Ley 7/85, de 2 de abril, de Bases de Régimen Local, al señalar que los servicios públicos que impliquen ejercicio de autoridad no podrán prestarse ni por gestión indirecta ni mediante sociedad mercantil. Por tanto, la gestión de cualquier servicio público que implique ejercicio de autoridad ha de ejercerse mediante cualquier forma de gestión directa a excepción de por sociedad mercantil.





## DIPUTACIÓN DE VALLADOLID

*Servicio de Asesoramiento Local*

El TRLCSP en el art. 8.2 establece: *“Las disposiciones de esta Ley referidas a este contrato no serán aplicables a los supuestos en que la gestión del servicio público se efectúe mediante la creación de entidades de derecho público destinadas a este fin, ni a aquellos en que la misma se atribuya a una sociedad de derecho privado cuyo capital sea, en su totalidad, de titularidad pública”*.

En definitiva, cuando está en juego la “autoridad pública”, cuando es preciso ejercer poder público autoritario, la Administración no puede confiar en sujetos privados la prestación del servicio. Los sujetos particulares no pueden, en principio ejercer potestades públicas autoritarias.

En cuanto a la titularidad de la obra, nada señala el convenio, es de suponer que durante los primeros veinticinco años en los que SOMACYL se va a encargar de la conservación, reposición y mantenimiento del colector la titularidad de este bien, que es de dominio público por estar destinado a la prestación de un servicio público, será de la Junta de Castilla y León y que pasados estos años, una vez que se realice el acta de entrega de la instalación a los Ayuntamientos, pase a titularidad municipal momento en el cual y a falta de un nuevo convenio serán responsables tanto de la obra como de la prestación del servicio.

*3º.- Esta fórmula en principio se hace por eludir el tema del IVA (21%), que resulta muy gravoso para los cofinanciadores, dado que los fondos europeos no financian IVA alguno. ¿Resultaría el Ayuntamiento afectado en el caso de que la Agencia Tributaria estimara que la obra es municipal, y que se ha hecho en fraude de ley?*

El borrador del convenio remitido se refiere al Real Decreto 1022/1984, de 11 de abril, *el ANEXO I letra B)* recoge como funciones del estado que asume la comunidad autónoma: *“a) Programar, aprobar y tramitar, hasta el abono de las certificaciones, las inversiones en las obras de su interés en materia de abastecimientos de aguas y saneamiento, todo ello en relación con la función estatal de ayudas a las Corporaciones Locales y de acuerdo con la normativa específica que la regule”*.

Por tanto, de acuerdo con este Real Decreto, no se observa inconveniente en que sea la Junta de Castilla y León quien se haga cargo de la obra de inversión no obstante, ello no implica que no haya que pagar IVA por la realización de la obra, lo que ocurre es que el Ayuntamiento no es el sujeto pasivo, por no ser el promotor de la obra.

*4º.- Dado que los convenios de colaboración en principio están excluidos de la LCSP, art. 4.1 C), se está aludiendo alguna norma contractual, al firmar este Convenio sin más, que afecta tanto a un contrato de obras como luego, de servicios.*

El convenio es un tanto confuso, pues de la lectura del mismo no queda suficientemente claro si lo que se pretende es suscribir un convenio administrativo al amparo del art. 4.1c) o si por el contrario se pretende utilizar a SOMACYL como medio propio del Ayuntamiento al amparo de lo previsto en el art. 4.1n) y 24.6 deL TRLCSP.



## DIPUTACIÓN DE VALLADOLID

### *Servicio de Asesoramiento Local*

Los convenios a los que se refiere el 4.1c) son convenios realizados entre administraciones o entre estas y otros entes de derecho público, convenios que se podrán realizar salvo que, por su naturaleza, tengan la consideración de contratos sujetos al TRLCSP. Por tanto no se puede enmarcar en este artículo un convenio hecho con una sociedad mercantil, aunque su capital sea íntegramente público. Es la letra d) de este art. 4.1 la que hace referencia a la posible celebración de convenios entre una administración y una persona física o jurídica sujeta a derecho privado cuya celebración es posible siempre que su objeto no esté comprendido en el de los contratos regulados en esta Ley o normas administrativas especiales.

Si por el contrario lo que se pretende es utilizar a SOMACYL como medio propio, la forma no será un convenio, ni tampoco un contrato “stricto sensu”, sino un negocio jurídico unilateral, un “encargo de gestión” que adoptará la forma de resolución o acuerdo que será notificado y será inmediatamente ejecutivo, constituyendo por tanto un verdadero acto administrativo. Así y entre otros lo recogen los informes 65/2007, de 29 de enero de 2009 y 6/2009, de 30 de marzo de 2010, de la JCCA del Estado.

*5º.- Se podría someter a la jurisdicción contenciosa administrativa, en vez de la ordinaria. Cómo es posible, siendo un ente propio, remisión a la J.O.*

De acuerdo con lo que se ha señalado anteriormente, si se está utilizando a SOMACYL como medio propio, ese negocio será un acto administrativo y por lo tanto su impugnación será ante el orden jurisdiccional contencioso administrativo.

Si la relación entre el Ayuntamiento y SOMACYL es en base al art. 4.1d), que como ya hemos señalado solamente será posible si su objeto no esté comprendido en el de los contratos regulados en el TRLCSP o en normas administrativas especiales, la regla general es que conozca el orden jurisdiccional contencioso administrativo por la “vis atractiva” de esta jurisdicción respecto de la actuación de cualquier administración pública, no obstante habrá que estar al caso concreto del objeto que se impugne.

*6º.- Si se establece que la cantidad fija es la que se reseña, incluida en su caso, las posibles Modificaciones contractuales, sería posible.*

Al parecer, según el borrador del convenio, el Ayuntamiento se compromete a abonar una cantidad fija de 450.000 €, con independencia de cual sean las vicisitudes de esa obra. Por tanto no tendrá que plantearse a este respecto posibles modificaciones.

*7º.- Se puede eliminar la cláusula del mantenimiento del Equilibrio económico-financiero, o dado que es una cláusula de concesión, estaría implícita.*

No estamos en una concesión administrativa, la concesión administrativa es una forma indirecta de gestión de un servicio público, por la cual el empresario gestiona el servicio a su riesgo y ventura. Al contrato de gestión de servicios públicos, cualquiera que sea su modalidad se le aplica el TRLCSP. Como ya hemos señalado, el art. 8.2 del TRLCSP, referido al contrato de gestión de servicios públicos señala: “Las disposiciones de esta Ley referidas a este contrato no serán aplicables a los supuestos en que la gestión del servicio público se efectúe mediante la creación de



## DIPUTACIÓN DE VALLADOLID

*Servicio de Asesoramiento Local*

*entidades de derecho público destinadas a este fin, ni a aquellos en que la misma se atribuya a una sociedad de derecho privado cuyo capital sea, en su totalidad, de titularidad pública”.*

Por tanto se entiende que se podría prescindir de esta cláusula.

*8º.- Se podría eliminar la fórmula de la revisión de precios de la forma en la que consta, estableciendo únicamente IPC, más el IVA.*

Este contrato, tal y como hemos señalado en la repuesta anterior, no está sujeto al TRLCSP y por tanto se entiende que se podría eliminar la cláusula de la revisión de precios.

A pesar de lo extenso informe, y por este motivo, es posible que no se haya dado respuesta suficientemente concreta, o bien que de las consideraciones jurídicas expuestas se plantee alguna cuestión nueva, por lo que este Servicio está, como bien es sabido a su disposición para cualquier nuevo asunto o aclaración que la materia requiera. No obstante, les recordamos, que pueden solicitar informe sobre esta cuestión a la JCCA de Castilla y León (adscrita actualmente a la Secretaría General de la Consejería de Hacienda). También, y dada la trascendencia de esta cuestión, trascendencia que tiene que ser apreciada por el Consejo, podría el Ayuntamiento solicitar informe facultativo al Consejo Consultivo de Castilla y León, al amparo de lo dispuesto en el art. 6 de la Ley 1/2002, de 9 de abril, Reguladora del Consejo Consultivo de Castilla y León.

Se emite el presente informe sin perjuicio de otro de mejor criterio fundado en derecho.

En Valladolid, a 13 de junio de 2013