

Informe 3/2015, de 1 de diciembre, sobre la capacidad de empresas públicas dependientes de la Mancomunidad de Municipios de la Sierra de Cádiz para prestar servicios a entidades locales no mancomunadas.

I – ANTECEDENTES

El Presidente de la Mancomunidad de Municipios de la Sierra de Cádiz solicita informe a esta Comisión Consultiva de Contratación Pública en los siguientes términos:

“Ruego, se emita informe sobre las cuestiones que a continuación se detallan, adjuntándose Informe de la Dirección General de la Administración Local emitido en su día referente a la prestación de servicios a las ELAS Guadalcaçín, Estella del Marqués y Torrecera, donde se nos sugiere que elevemos consulta a esa Comisión referente a:

• La primera y desde la perspectiva de la Mancomunidad y referente a la posibilidad de que las Empresas públicas dependientes de la misma y consideradas medios propios, puedan prestar sus servicios a entidades no mancomunadas.

• La segunda, relacionada con la anterior y desde la perspectiva de las ELAS, se refiere, si no podrá ser contrario a la legalidad que, aunque sea indirectamente, le presten sus servicios las mercantiles de la Mancomunidad, que no son medios propios de las mismas (ELAS), pudiendo tener la consideración de tercero”.

II – INFORME

1. La primera cuestión que se plantea se refiere a si empresas públicas dependientes y consideradas medios propios de la Mancomunidad de Municipios de la Sierra de Cádiz pueden prestar servicios a entidades no mancomunadas.

Según consta en la documentación adjunta a la consulta, la Mancomunidad de Municipios de la Sierra de Cádiz ha recibido la solicitud de tres entidades locales autónomas, siendo éstas Guadalcaçín, Estella del Marqués y Torrecera, pertenecientes al municipio de Jerez de la Frontera (Cádiz), para que las empresas públicas de AGUAS de la Sierra de Cádiz (en adelante AGUAS) y BASURAS Sierra de Cádiz (en adelante BASICA), dependientes y consideradas medios propios de la citada Mancomunidad, asuman la prestación de los servicios de agua y de recogida de basuras de aquéllas respectivamente.

Con respecto a las entidades locales de ámbito territorial inferior al municipio resulta necesario señalar lo establecido en la Ley 27/2013, de 27 de diciembre, de racionalización y sostenibilidad de la Administración Local. Estas entidades existentes a 31 de diciembre de 2013 (fecha de entrada en vigor de la Ley) mantendrán su personalidad jurídica y la condición de entidad local, debiendo presentar sus cuentas antes los organismos correspondientes del Estado y de la Comunidad Autónoma respectiva, con fecha 31 de diciembre de 2014, para no incurrir en causa de disolución. En los casos en que el



núcleo de población que antes del 1 de enero de 2013 hubiera iniciado el procedimiento para su constitución como entidad de ámbito territorial inferior al municipio, una vez que se constituya en el momento de la entrada en vigor de la Ley lo hará con personalidad jurídica y tendrá la condición de entidad local. En el resto de los casos, tras la entrada en vigor de la Ley, las entidades de ámbito territorial inferior al municipio carecen de personalidad jurídica y no son entes locales y se consideran una forma de organización desconcentrada del municipio para la administración de núcleos de población separados. Por tanto, conforme a lo dispuesto en esta Ley, el momento de creación de las entidades locales autónomas citadas supone que sigan manteniendo o no tengan personalidad jurídica, siendo una de las consecuencias de ello el tener o no capacidad para contratar con terceros.

Pues bien, esta primera cuestión está referida a la encomienda de gestión de los poderes adjudicadores a medios considerados como propios de estos, regulada en los artículos 4.1 n) y 24.6. del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público aprobado por el Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre (en adelante TRLCSP).

El artículo 4.1 n) del TRLCSP excluye de su ámbito de aplicación *“los negocios jurídicos en cuya virtud se encargue a una entidad que, conforme a lo señalado en el artículo 24.6, tenga atribuida la condición de medio propio y servicio técnico del mismo, la realización de una determinada prestación (...)”*.

Y el artículo 24.6 del TRLCSP dispone que:

“A los efectos previstos en este artículo y en el artículo 4.1 n), los entes organismos y entidades del sector público podrán ser considerados medios propios y servicios técnicos de aquellos poderes adjudicadores para los que realicen la parte esencial de su actividad cuando éstos ostenten sobre los mismos un control análogo al que pueden ejercer sobre sus propios servicios. Si se trata de sociedades, además, la totalidad de su capital tendrá que ser de titularidad pública.

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 condición de medio propio y servicio técnico de las entidades que cumplan los criterios mencionados en este apartado deberá reconocerse expresamente por la norma que las cree o por sus estatutos, que deberán determinar las entidades respecto de las cuales tienen esta condición y precisar el régimen de las encomiendas que se les puedan conferir o las condiciones en que podrán adjudicárseles contratos, y determinará para ellas la imposibilidad de participar en licitaciones públicas convocadas por los poderes adjudicadores de los que sean medios propios, sin perjuicio de que, cuando no concurra ningún licitador, pueda encargárseles la ejecución de la prestación objeto de las mismas”.

Nos encontramos ante un contrato en virtud del cual una Administración encarga una determinada prestación a un ente que conforme al artículo 24.6 del TRLCSP tiene la calificación de



medio propio de ésta pero sin aplicar las normas en materia de contratación pública lo que supone una excepción a la aplicación de los principios de competitividad y libre concurrencia. Esta regulación recoge el criterio jurisprudencial sentado por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en torno a este tipo de contrataciones que denomina *“in house providing”*. Así, la sentencia Teckal de 18 de noviembre de 1999, asunto C-107/98, la sentencia Parking Brixen de 13 de octubre de 2005, asunto C458/03 o la sentencia TRAGSA de 19 de abril de 2007, asunto C-295/05, entre otras.

El Tribunal de Justicia de la Unión Europea en la sentencia de 13 de octubre de 2005, asunto C-458/03, se pronuncia con respecto a la exclusión de este tipo de contrataciones de las directivas comunitarias señalando que *“en efecto, en el ámbito de la contratación pública y de las concesiones de servicios públicos, el principio de igualdad de trato y sus expresiones específicas, que son la prohibición de discriminación por razón de nacionalidad y los artículos 43 CE y 49 CE, son aplicables en el supuesto de que una autoridad pública encomiende la prestación de actividades económicas a un tercero. En cambio, no procederá aplicar las normas comunitarias en materia de contratación pública o de concesiones de servicios públicos en caso de que una autoridad pública realice las tareas de interés público que le corresponden con sus propios medios administrativos, técnicos y de cualquier otro tipo, sin recurrir a entidades externas”*.

No obstante, para que pueda admitirse una encomienda de gestión entre un poder adjudicador y su ente instrumental, éste deberá ser considerado medio propio de aquél para lo cual sólo procederá si éste cumple los siguientes requisitos: la condición de medio propio debe reconocerse expresamente en la norma de creación del ente o en sus estatutos; el poder adjudicador debe ostentar sobre el ente un control análogo al que ejerce sobre sus propios servicios; y el ente debe realizar la parte esencial de su actividad para el poder adjudicador.

Así, lo manifestaba el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en la sentencia de 19 de abril de 2007, asunto C-295/05, ASEMFO/TRAGSA, en la que examinaba si las relaciones entre TRGASA y la Administración General del Estado y las Comunidades Autónomas estaban sujetas o no a las disposiciones comunitarias sobre contratos públicos: *“en cualquier caso, es preciso recordar que, según jurisprudencia reiterada del Tribunal de Justicia, de conformidad con las Directivas relativas a la adjudicación de contratos públicos, la licitación no es obligatoria, aunque el cocontratante sea una persona jurídicamente distinta del poder adjudicador, cuando se cumplan dos requisitos. Por una parte, la autoridad pública que es poder adjudicador debe ejercer sobre la persona distinta de que se trate un control análogo al que ejerce sobre sus propios servicios y, por otra parte, dicha persona debe realizar la parte esencial de su actividad con el ente o entes públicos que la controlan”*.

Teniendo presente las consideraciones realizadas sobre la figura de las encomiendas de gestión, procede ver si tales consideraciones son aplicables a las relaciones entre entidades no mancomunadas y las empresas públicas AGUAS y BASICA dependientes de la Mancomunidad de Municipios de la Sierra de Cádiz:

A. En relación con el reconocimiento expreso de la condición de medio propio en la norma de creación del ente o en sus estatutos, de acuerdo con el artículo 1 de los Estatutos Sociales de la empresa pública AGUAS, *“la sociedad intervendrá como órgano instrumental de la Mancomunidad de Municipios de la Sierra de Cádiz y de los Ayuntamientos que la integran en la prestación de los*



servicios y obras que sean necesarios en el Ciclo Integral de Agua, teniendo por tanto la condición de Medio Propio y Servicio Técnico de la Mancomunidad de Municipios de la Sierra de Cádiz y los Ayuntamientos que la integran, así como de aquellas otras entidades locales que cumplan los requisitos sustantivos que, por indicación del artículo 4.1 n) de la Ley CSP, vienen recogidos en el apartado 6 del Art. 24 de la Ley citada”.

Y el artículo 1 de los Estatutos Sociales de la empresa pública BASICA dispone en iguales términos que *“la sociedad intervendrá como órgano instrumental de la Mancomunidad de Municipios de la Sierra de Cádiz y de los Ayuntamientos que la integran en la prestación de actividades económicas, industriales y de servicios que son objeto de la Sociedad y se encuentran asimismo recogidas en el artículo 2º de los presentes Estatutos, teniendo por tanto la condición de Medio Propio y Servicio Técnico de la Mancomunidad de Municipios de la Sierra de Cádiz y los Ayuntamientos que la integran, así como de aquellas otras entidades locales que cumplan los requisitos sustantivos que, por indicación del Art. 4.1 n) de la Ley CSP, vienen recogidos en el apartado 6 del Art. 24 de la Ley citada”.*

Del examen de estos artículos comprobamos que se ha reconocido como medio propio e instrumental a las empresas públicas AGUAS y BASICA respecto de otras entidades locales no mancomunadas con sujeción a lo preceptuado en el apartado 6 del artículo 24 del TRLCSP.

B. Con respecto a que el poder adjudicador ostente un control análogo al que ejerce sobre sus propios servicios, la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 19 de abril de 2007, asunto C-295/05, ASEMFO/TRAGSA, ponía de manifiesto que *“en lo que se refiere al primer requisito, relativo al control de la autoridad pública, de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia resulta que el hecho de que el poder adjudicador posea, por sí solo o junto con otros poderes públicos, la totalidad del capital de una sociedad adjudicataria tiende a indicar, en principio, que este poder adjudicador ejerce sobre dicha sociedad un control análogo al que ejerce sobre sus propios servicios (sentencia Carbotermo y Consorzio Alisei, antes citada, apartado 37).*

En el asunto principal resulta de los autos, y a reserva de comprobación por el órgano jurisdiccional remitente, que el 99% del capital social de TRAGSA pertenece al Estado español, directamente y a través de una sociedad holding y de un fondo de garantía, y que cuatro Comunidades Autónomas, titulares cada una de una acción, poseen el 1% de dicho capital.

A este respecto, no cabe acoger la tesis de que sólo se cumple este requisito para los trabajos realizados por encargo del Estado español, quedando excluidos los que hayan sido encargados por las Comunidades Autónomas, con respecto a las cuales Tragsa debe ser considerada un tercero.

En efecto, del artículo 88, apartado 4, de la Ley 66/1997 y de los artículos 3, apartados 2 a 6, y 4, apartados 1 y 7, del Real Decreto 371/1999 parece derivarse que Tragsa está obligada a realizar los trabajos que le encomienden los poderes públicos, incluidas las Comunidades Autónomas. De esta normativa nacional también parece deducirse que, en el marco de sus actividades con las Comunidades Autónomas como medio propio e instrumental y servicio técnico de éstas, y al igual que ocurre en sus relaciones con el Estado español, Tragsa no tiene la posibilidad de fijar libremente la tarifa de sus intervenciones y sus relaciones con dichas Comunidades no tiene naturaleza contractual.



Por consiguiente, parece que Tragsa no puede tener la consideración de tercero con respecto a las Comunidades Autónomas que poseen una parte de su capital”.

Y en la sentencia de 11 de mayo de 2006, asunto C-340/04, *“el hecho de que el poder adjudicador posea, por sí solo o junto con otros poderes públicos, la totalidad del capital de una sociedad adjudicataria tiende a indicar, sin ser un indicio decisivo, que dicho poder adjudicador ejerce sobre dicha sociedad un control análogo al que ejerce sobre sus propios servicios, según los términos del apartado 50 de la sentencia Teckal, antes citada”.*

Asimismo, la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado en el Informe 2/2012, de 7 de junio, manifiesta que *“ello, entiende esta Junta Consultiva, significa que la tenencia de esta participación no es condición suficiente para concluir la existencia de control análogo pero sí es condición necesaria y sin la cual no cabe alcanzar dicha conclusión en ningún caso. El que un indicio no sea decisivo no significa que no sea un requisito necesario para determinar la existencia de control análogo. Dicho en otras palabras, no es decisivo porque no es determinante, pero sí ha de estar presente para poder concluir que hay control análogo, consideradas todas las circunstancias que procedan en cada caso. A mayor abundamiento, si analizamos la jurisprudencia del TJUE, en todos los casos en los que el alto Tribunal estudia si hay o no control análogo se parte de un supuesto de hecho en el cual el poder adjudicador tiene una participación en el ente candidato a ser medio propio del primero”.*

Y en el Informe 15/2007, de 26 de marzo, *“Consideración como medio propio de unos Ayuntamientos de una sociedad mercantil cuyo capital pertenece a una mancomunidad de municipios en los que aquellos participan”* consideraba que:

“A la vista de lo anterior procede examinar si, como resulta en el apartado 4 de las preguntas formuladas en el escrito de consulta serían posibles acuerdos de encomienda de gestión entre los Ayuntamientos que componen la Mancomunidad y la Avance Local, S.L.

La respuesta negativa a esta pregunta deriva del examen de los estatutos de Avance Local, S.L., pues, aunque no se entiende el alcance de la expresión que figura en el párrafo tercero del artículo 2º de que “el mecanismo de actuación de la Entidad Mercantil Avance Local, S.L., con otras administraciones, se realizará mediante la figura de encomienda de gestión” el capital de la Sociedad no pertenece a los Ayuntamientos sino a la Mancomunidad (artículos 2 y 6 y siguientes de los Estatutos) ni del examen de estos últimos se desprende algún control efectivo de los Ayuntamientos sobre la Sociedad, por lo que, incluso prescindiendo del requisito de que la mayor parte de la actividad se realice con los Ayuntamientos no concurre el requisito de control efectivo idéntico a los de sus propios servicios que exige la letra l) del artículo 3.1 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas para admitir acuerdos de encomiendas de gestión con régimen jurídico excluido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas”.

En el caso que nos ocupa, tanto el capital de la empresa pública AGUAS como el capital de la empresa pública BASICA pertenecen en su integridad a la Mancomunidad de Municipios de la Sierra de Cádiz, así consta en sus normas de creación y en sus respectivos Estatutos, por lo que no hay participación en el capital de otras entidades locales. Asimismo, respecto a otros requisitos que



podieran evidenciar la existencia de un control análogo, del mismo modo comprobamos que en los estatutos de las empresas públicas AGUAS y BASICA no consta participación en los órganos de gobierno y dirección ni influencia en la toma de decisiones de otros entes no mancomunados.

C. Por último, con relación a la realización de la parte esencial de su actividad para el ente que lo controla, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en la sentencia de 19 de abril de 2007, asunto C-295/05, ASEMFO/TRAGSA, en el apartado 62 dice *“en cuanto al segundo requisito, conforme al cual Tragsa debe realizar lo esencial de su actividad con el ente o entes públicos a los que pertenece, de la jurisprudencia resulta 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 otros de estos entes territoriales, sino con dichos entes territoriales considerados en su conjunto (sentencia Carbotermo y Consorzio Alisei, antes citada, apartado 70)”*.

Según consta en los certificados que se aportan, las empresas públicas AGUAS y BASICA realizan el 100% de su actividad para la Mancomunidad de Municipios de la Sierra de Cádiz, por tanto, no realizan la parte esencial de sus actividades para otros entes no mancomunados. Además, a pesar del reconocimiento de estas empresas como medios propios de otras entidades no mancomunadas, tampoco se evidencia del artículo 1 de los dos estatutos una ejecución obligatoria de prestaciones a encomendar por parte de entidades no mancomunadas.

De todo lo expuesto hasta ahora, conforme a los datos aportados, consideramos que, en la actualidad, la situación de medio propio e instrumental, tal como viene configurado en el artículo 24.6 del TRLCSP y de acuerdo con la interpretación jurisprudencial, no se produce entre las empresas públicas AGUAS y BASICA y otras entidades locales no mancomunadas.

2. La segunda cuestión hace referencia a si las empresas públicas AGUAS y BASICA pueden prestar servicios a entidades locales autónomas actuando en este caso aquéllas como terceros.

El artículo 2 de los Estatutos de la empresa pública BASICA establece que *“podrá realizar, mediante los oportunos acuerdos, los mismos fines en otros municipios, Organismos, Corporaciones y Entidades públicas o privadas”*.

Asimismo, el artículo 2 de los estatutos de la empresa pública AGUAS dispone que la sociedad tendrá por objeto la prestación de servicios relativos al ciclo integral del agua siendo una de las actividades la *“potenciación y formalización de convenios, contratos o acuerdos de colaboración para la gestión del abastecimiento y para la extensión del suministro en materia de abastecimiento, depuración o saneamiento y reutilización de aguas, con municipios o cualquiera otras entidades, tanto de derecho público como privado interesadas, incluidas las fórmulas de aportación de bienes previstas en la legislación vigente, mediante la aportación a esta sociedad, entendida como ente instrumental propio de la mancomunidad y de los municipios que los conforman y los poderes adjudicadores dependientes de ellos, de la concesión demanial de los municipios mancomunados”*.

Por tanto, los artículos citados permiten que las empresas públicas AGUAS y BASICA puedan realizar la gestión del servicio de agua y basura, mediante los mecanismos indicados, a otras entidades. No obstante, estas empresas se configuran como medios propios e instrumentales de la



Mancomunidad de Municipios de la Sierra de Cádiz por lo que deberán realizar la parte esencial de su actividad para la misma.

En este sentido, resulta significativo el pronunciamiento de esta Comisión Consultiva en el Informe 5/2010, de 7 de julio, en el que una de las cuestiones que se planteaba hacía referencia a si una entidad instrumental considerada medio propio de un Ayuntamiento podía desarrollar actividades propias de su objeto social mediante la concreción de negocios jurídicos con terceros:

“Como queda expuesto, uno de los requisitos sustantivos para que pueda admitirse una encomienda de gestión entre un poder adjudicador y su ente instrumental (medio propio y servicio técnico), es que ésta última debe realizar, necesariamente, la parte esencial de su actividad para el ente que la controla. La aceptación de las encomiendas de gestión a favor de entes instrumentales, como técnica no sujeta a las reglas de la contratación pública, está basada exactamente en su estricto y exclusivo carácter instrumental. Si dicha entidad tiene también, como regla habitual de actuación, relaciones de provisión a favor de otros poderes adjudicadores o simplemente a favor de entes privados evidenciaría su condición de algo más que un simple instrumento de autoprovisión del poder adjudicador; lo que conllevaría la ausencia del requisito de relación esencial con la entidad que la controla y, por ende, el sometimiento de sus negocios contractuales con ella a la LCSP.

Lógicamente, para determinar si existe relación esencial entre una determinada entidad instrumental con respecto a su poder adjudicador, hay que tener en cuenta todos aquellos contratos que no tengan ninguna relación con las encomiendas recibidas, pero no los negocios que precise concluir la entidad instrumental para llevar a puro y debido efecto la encomienda recibida. La necesaria compatibilidad de estos contratos con la figura de la encomienda de gestión, a cuya ejecución deben estar directamente orientados, está expresamente admitida en el propio tenor literal de supuesto recogido en el artículo 4.1 n) de la LCSP”.

III – CONCLUSIONES

Las empresas públicas AGUAS y BASICA dependientes de la Mancomunidad de Municipios de la Sierra de Cádiz no podrán ser consideradas medios propios e instrumentales de entidades locales no mancomunadas al no concurrir los requisitos del artículo 24.6 del TRLCSP.

Las empresas públicas AGUAS y BASICA pueden prestar servicios a otras entidades locales no miembros de la Mancomunidad de Municipios de la Sierra de Cádiz de acuerdo con sus estatutos, si bien es necesario que para ser consideradas medios propios de ésta realicen para ella la parte esencial de su actividad.

Es todo cuanto se ha de informar.

