

Informe 5/2010, de 7 de julio, sobre diversas cuestiones relativas a las encomiendas de gestión entre una Administración Local y un medio propio y servicio técnico perteneciente a la misma.

I - ANTECEDENTES

El Alcalde del Ayuntamiento de Alcalá de Guadaíra solicita informe a esta Comisión Consultiva de Contratación Administrativa en los siguientes términos:

“PRIMERO.- El Ayuntamiento de Alcalá de Guadaíra ha constituido una sociedad mercantil anónima de capital íntegramente municipal denominada Alcalá Territorial, S.A.. Su objeto social viene recogido en el artículo 2 de sus Estatutos con la siguiente redacción:

Artículo 2º. Objeto social.

1.- El objeto de la sociedad es la gestión y ejecución de actuaciones de carácter urbanístico tanto sistemáticas y por cualesquiera de los sistemas de actuación públicos y privado, como asistemáticas, la ejecución de infraestructuras municipales o destinadas a entidades públicas y privadas, la ejecución de actuaciones de mantenimiento urbano del municipio y la construcción y promoción de viviendas, pudiendo intervenir a tal efecto como modo de gestión directa, siendo medio propio y servicio técnico del Ayuntamiento de Alcalá de Guadaíra (Sevilla).

2. El contenido del objeto social se concreta en la realización de las siguientes actividades, todo ello referido a las actuaciones que el Ayuntamiento determine:

- a) Actuar como modo de gestión directa de conformidad con la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las Bases de Régimen Local, siendo medio propio y servicio técnico del Ayuntamiento de Alcalá de Guadaíra y sus entidades y organismos públicos, en los términos contemplados en la Ley 30/2007, de Contratos del Sector Público, y demás normativa que la complemente,, desarrolle o sustituya, para cualesquiera encomiendas y en cualesquiera condiciones de adjudicación de contratos en las materias comprendidas en su objeto social.*
- b) Gestión del Patrimonio Público Municipal de Suelo, en los términos legalmente establecidos.*
- c) Actuar como agente urbanizador en la ejecución de actuaciones urbanísticas por cualesquiera de los sistemas de actuación.*
- d) Redacción, gestión y ejecución de instrumentos de planeamiento.*
- e) Consultoría y asistencia técnica en actuaciones urbanísticas e infraestructurales, ya en la modalidad de prestación de servicios o de encomienda de gestión.*
- f) Comprar, vender o permutar suelo y edificaciones en el término municipal, así como promocionar actuaciones sobre los mismos conforme a los usos y determinaciones permitidas por el planeamiento urbanístico.*



- g) *Vender, alquilar y permutar la propiedad y constituir derechos de superficies sobre suelos de su propiedad o del Patrimonio Público Municipal del Suelo.*
- h) *Promocionar, gestionar, construir y rehabilitar viviendas y otros inmuebles.*
- i) *Explotar directamente cualquier actividad en promociones que lleve a cabo.*
- j) *Contratar, en nombre propio, la realización de obras y prestación de servicios resultantes de la actividad propia de su objeto, y aquéllas que el Ayuntamiento de Alcalá de Guadaíra considere precisas para desarrollar el objeto social reconocido el presente artículo.*
- k) *Contratar la realización de obras, encargos y proyectos de gestión, tanto técnicos como jurídicos, ya sean respecto de la propia gestión urbanística como para la construcción de viviendas, urbanizaciones o cualesquiera otras infraestructuras municipales.*
- l) *Suscribir convenios que puedan coadyuvar al mejor éxito de la gestión en fines y objetivos de la sociedad.*
- m) *Formar parte de empresas o entidades públicas, privadas o mixtas.*
- n) *Concertar todo tipo de créditos, hipotecas, recibir ayudas y subvenciones de cualquier entidad, Administración u organismo público.*
- o) *Intervenir como órgano instrumental del Ayuntamiento de Alcalá de Guadaíra en el desarrollo de las actuaciones contempladas en los planes estatales, autonómicos y municipal de vivienda.*
- p) *Intervenir como órgano instrumental del Ayuntamiento de Alcalá de Guadaíra en las actuaciones contempladas en el Plan Centro municipal.*

3. *La sociedad podrá desarrollar las actividades integrantes de su objeto social, total o parcialmente, de modo indirecto, mediante la titularidad de acciones o participaciones en sociedades o entidades con análogo objeto.*

SEGUNDO.- Que de conformidad con lo dispuesto expresamente en sus Estatutos, la entidad tiene la consideración de medio propio del Ayuntamiento de Alcalá de Guadaíra, estando el Consejo de Administración constituido además por personas designadas expresamente por la Corporación.

TERCERO.- Por esta Corporación se entiende que la dicción expresa del artículo 2.2k) de los Estatutos permite que el Ayuntamiento pueda encargar expresamente a la entidad Alcalá Territorial, S.A. la realización de una determinada prestación, debiendo estar el negocio jurídico en virtud del cual se formule, excluido del ámbito de aplicación de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público, al amparo de lo dispuesto en el artículo 4.1.n). Señala asimismo este precepto que *los contratos que deban celebrarse por las entidades que tengan la consideración de medio propio y servicios técnicos para la realización de las prestaciones objeto del encargo quedarán sometidas a esta Ley, en los términos que sean procedentes de acuerdo con la naturaleza de la entidad que lo 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 art. 121.1 y 174.

Concluimos que la entidad Alcalá Territorial, S.A. tiene la consideración de poder adjudicador en los términos que resultan del artículo 3.3 de la citada Ley 30/2007, por expresa aplicación de lo dispuesto en la letra b), y ello en base al cumplimiento de los tres requisitos que dicho artículo cita:

- a) Porque la personalidad jurídica deviene de su inscripción en el Registro Mercantil.
- b) Porque ha sido creada para satisfacer necesidades de interés general que no tengan carácter industrial o mercantil. Para ello partimos de la interpretación que de dicho concepto se hace por la Jurisprudencia Comunitaria (Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 27 de febrero de 2003, asunto C-373/2000, Adolf Truley GmbH, entre otras). Así, resulta de los Estatutos la finalidad de consecución de necesidades de interés general, sin que quede desvirtuada dicha afirmación por el hecho de la calificación formal de la entidad como ente sujeto a régimen privado, por la adopción de forma mercantil en su constitución, por la posible intervención de la entidad en régimen de competencia en el mercado, o
- c) Porque las actividades conducentes a la satisfacción de necesidades de interés general se lleven a cabo en un entorno liberalizado pero sobre el que el poder público decida intervenir.
- d) Porque el Ayuntamiento de Alcalá de Guadaíra, en su condición de poder adjudicador – art.3.3.a) de la Ley 30/2007-, financia mayoritariamente su actividad, controla su gestión o, en todo caso, ha nombrado a la totalidad de los miembros del Consejo de Administración.

Y, en su condición de poder adjudicador, al celebrar contratos para la realización de las prestaciones objeto del encargo, éstos quedarán sometidos a la Ley 30/2007, en los términos que sean procedentes de acuerdo con la naturaleza de la entidad que lo celebre y el tipo y cuantía de los mismos, lo que implica el atender a lo dispuesto en el artículo 174 para los supuestos de contratos sujetos a regulación armonizada y 175 para los contratos no sujetos a regulación armonizada.

A los encargos referidos en el artículo 4.1.n) de la Ley 30/2007, les es de aplicación lo dispuesto en el artículo 24.6 que señala: *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 aquéllos 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 dependan.

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 las que podrán adjudicárseles contratos, y determinará 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.

Sin que nos ofrezca dudas la redacción de dicho apartado 6 del art. 24, sí las origina el hecho de que dicho apartado esté incluido en el artículo 24 referido a la ejecución de obras y fabricación de bienes muebles por la Administración y ejecución de servicios en colaboración con empresarios particulares. Y, expresamente la limitación contenida en el apartado 4 del art. 24 que dispone: *Cuando la ejecución de obras, la fabricación de bienes muebles, o la realización de los servicios se efectúe en colaboración con empresarios particulares, los contratos que se celebren con éstos tendrán carácter administrativo especial, sin constituir contratos de obras, suministros o servicios, por estar la ejecución de los mismos a cargo del órgano gestor de la Administración. La selección del empresario colaborador se efectuará por los procedimientos de adjudicación establecidos en el artículo 122, salvo en el caso previsto en las letras a) y d) del apartado I, la contratación con colaboradores no podrá sobrepasar el 50% del importe total del proyecto.*

En atención a los antecedentes expuestos se plantean a la Comisión Consultiva de Contratación Administrativa las siguientes cuestiones:

- 1. Respecto de los encargos que la sociedad Alcalá Territorial, S.A. reciba del Ayuntamiento de Alcalá de Guadaíra al amparo del artículo 4.1.n) de la Ley 30/2007, y art.2.2.k) de los Estatutos sociales, ¿pueden tener por objeto la ejecución de obras públicas?.*
- 2. Respecto de los referidos encargos que conlleven la celebración de contratos por la citada entidad mercantil para la realización de la prestación objeto del encargo, ¿le es de aplicación el límite del 50% contenido en el artículo 24.4 de la Ley 30/2007, o por el contrario debemos entender que no le es de aplicación tal limitación pudiendo la entidad celebrar tales contratos conforme a las previsiones de los art. 174 y 175?.*
- 3. Siendo la entidad Alcalá Territorial, S.A. medio propio del Ayuntamiento de Alcalá de Guadaíra por realizar para dicha Administración la parte esencial de su actividad, ¿puede desarrollar actividades propias de su objeto social mediante la concreción de negocios con terceros, o dicha condición de medio propio implica una cláusula de exclusividad respecto de la intervención sólo de la Administración de la que es medio propio?.*
- 4. En caso de considerar que la condición de medio propio no supone cláusula de exclusividad frente a la Administración, ¿los contratos que celebre la entidad Alcalá Territorial, S.A para la realización de las prestaciones que se le encarguen por terceros, quedan sometidos al mismo régimen jurídico recogido en los artículos 174 y 175 de la Ley 30/2007?.*

II - INFORME

1. La primera de las cuestiones que se plantea en la consulta es la relativa a si las encomiendas de gestión que se efectúen al amparo del artículo 4.1.n) de la Ley 30/2007, pueden tener por objeto la ejecución de obras públicas.



La figura jurídica de la “encomienda de gestión” contemplada en el artículo 4.1.n) de la Ley de Contratos del Sector Público no está circunscrita a ninguna tipología especial de contratos. Por tanto, a través de ella se podrían instrumentalizar relaciones jurídicas similares a las previstas para cualquier contrato típico previsto en la LCSP y, entre ellos, el contrato de obras, siempre que las actuaciones se encuentren dentro del objeto social de la entidad mercantil.

2. En relación con la segunda cuestión planteada relativa a si es aplicable a las encomiendas de gestión el límite del 50 por ciento del importe total del proyecto para los supuestos de obras incluidas en las letras a) y b) del apartado 1 del mismo artículo contenido en el artículo 24.4 de la Ley 30/2007, ha de indicarse que La LCSP regula dos distintas técnicas organizativas para que la Administración lleve a cabo prestaciones, de las previstas en los contratos típicos, a través de medios pertenecientes a la propia Administración. Tales técnicas son, por una parte, las **“encomiendas de gestión”** y, por otro, la que podríamos denominar genéricamente como **“actuaciones por la propia Administración”**.

Las mencionadas técnicas, aunque guarden claras similitudes, son conceptualmente diferentes debido a los siguientes extremos:

- a) En primer lugar, tienen una diferente regulación jurídica: así, las encomiendas de gestión están previstas y reguladas en los artículos 4.1.n) y 24.6 de la LCSP. Por el contrario, las actuaciones por la propia Administración están reguladas en el artículo 24, en todos sus apartados.

Como se puede apreciar, existe un precepto común a ambas figuras: el apartado 6 del artículo 24, pues ambas comparten la circunstancia de que la Administración utilice a entes, organismos y entidades que, a estos efectos, tienen la consideración de “medios propios y servicios técnicos”, de acuerdo con los requisitos establecidos en la citada norma.

Esta distinta regulación, también evidencia un distinto tratamiento de ambas figuras por parte de la propia LCSP. Así, mientras que las “encomiendas de gestión” están excluidas de su regulación ex artículo 4.1.n), las “actuaciones por Administración” tienen cabida en su articulado, si bien no por ello tiene una identificación con algún contrato sino más bien, y como ya se ha expuesto, con una determinada técnica organizativa.

- b) Derivada de la anterior diferencia, y como uno de sus más importantes efectos, las dos técnicas en análisis se diferencian por los límites a la contratación que puedan llevar a cabo los entes instrumentales para llevar a efecto las actuaciones que les han encargado sus poderes adjudicadores.

De esta manera, mientras que en las actuaciones por la propia Administración, el artículo 24.4 impone que la colaboración con empresarios colaboradores, en los supuestos de obras incluidas en las letras a) y b) del apartado 1 del propio precepto, no pueda sobrepasar el 50 por ciento del total del proyecto; no ocurre lo mismo en las encomiendas de gestión. En esta segunda figura no existe límite cuantitativo alguno en la contratación que deba llevar a cabo el ente instrumental.

- c) Finalmente, las dos figuras también se diferencian en cuanto a las posibilidades que ofrecen sus posibles destinatarios. Las actuaciones por Administración pueden encargarse a servicios o medios intraadministrativos sin personalidad jurídica. Esto no es



posible en las encomiendas de gestión al requerir esta figura, ineludiblemente, una entidad dotada de personalidad jurídica.

Tratándose, como conclusión de todo lo expuesto, de técnicas jurídicamente diferentes, es fácil deducir, tal y como se ha indicado anteriormente, que el límite del 50 por ciento previsto en el artículo 24.4 de la LCSP solo es de aplicación a las actuaciones por la propia Administración, pero no a las encomiendas de gestión.

3. La consulta plantea también la cuestión de si la condición de medio propio de una Administración de una entidad instrumental implica una cláusula de exclusividad con dicha Administración o si por el contrario puede desarrollar actividades propias de su objeto social mediante la concreción de negocios jurídicos con terceros.

La utilización de las encomiendas de gestión como técnica que excluye la aplicabilidad de la LCSP, requiere tres requisitos de orden sustantivo y uno de carácter formal.

Los tres primeros vienen recogidos, por indicación del artículo 4.1. n) de la LCSP, en el apartado 6 del artículo 24 de este mismo cuerpo legal.

Los requisitos sustantivos que deben concurrir acumulativamente son:

- a) Los poderes adjudicadores deben ostentar sobre las entidades receptoras de las encomiendas de gestión un control análogo al que pueden ejercer sobre sus propios servicios.
- b) Las entidades instrumentales deben realizar la parte esencial de su actividad para aquellos, y
- c) Si las entidades instrumentales fuesen sociedades, la totalidad de su capital tendrá que ser de titularidad pública.

Por su parte, el requisito formal, también incluido en el artículo 24.6 de la LCSP, es que la condición de medio propio y servicio técnico de las entidades que cumplan los criterios mencionados "...deberá reconocerse expresamente por la norma que las creen o por sus estatutos, que deberán determinar las entidades respecto de las cuales tienen esa condición....".

Como queda expuesto, uno de los requisitos sustantivos para que pueda admitirse una encomienda de gestión entre un poder adjudicador y su entidad 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 (“...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....”).

4. Por último, en relación con la última cuestión planteada sobre cuál es el régimen jurídico aplicable a los contratos que celebren las entidades instrumentales que tengan la condición de medio propio para la realización de las prestaciones que se le encarguen por terceros, como se ha recogido en la respuesta de la anterior pregunta analizada, las entidades instrumentales deben realizar la parte esencial de su actividad para los poderes adjudicadores de los que son medios propios. Al respecto, el artículo 4.1. n) de la LCSP, tras declarar excluido de su ámbito este tipo de negocios jurídicos, establece que: “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 celebra 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 2ª 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”.

En este caso los contratos que para el cumplimiento de la encomienda celebre la sociedad Alcalá Territorial S.A. con terceros serían contratos privados, de manera que respecto a su cumplimiento, efectos y extinción se regirán por el derecho privado (art. 20.2 LCSP), careciendo la entidad mercantil de las prerrogativas y derechos propios que, para los contratos administrativos, la LCSP atribuye a la Administración.

Es todo cuanto se ha de informar.

