

Informe 15/07, de 26 de marzo de 2007. «Consideración como medio propio de unos Ayuntamientos de una sociedad mercantil cuyo capital pertenece a una mancomunidad de municipios en los que aquellos participan».

Clasificación de los informes: 1.1 Ámbito de aplicación subjetiva. Entidades sometidas a la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas.

ANTECEDENTES

1. Por el Presidente de la Mancomunidad de Municipios Campiña Sur Cordobesa se dirige a esta Junta Consultiva escrito de consulta redactado en los siguientes términos:

«El Pleno de la Mancomunidad de Municipios Campiña Sur Cordobesa, en sesión Extraordinaria celebrada el día 11 de octubre de 2.006, acordó por mayoría absoluta legal de sus miembros la aprobación definitiva de los Estatutos de la Sociedad Avance Local S.L., que se publicaron en el Boletín oficial de la Provincia nº 200, de 8 de noviembre, y que se incluyen como anexo en esta consulta.

-Dicha sociedad se constituye como Sociedad Mercantil, cuyo capital pertenece íntegra y exclusivamente a la Mancomunidad de Municipios Campiña Sur Cordobesa y tiene por objeto el ejercicio de una serie de actividades y servicios, que se establecen en el Artículo 2 de los Estatutos, para los municipios integrantes de la Mancomunidad, así como para otras administraciones y empresas en general.

-La Mancomunidad de Municipios Campiña Sur Cordobesa, por tanto, cuenta entre sus medios propios a dicha empresa, y pretende celebrar Convenio de Colaboración con sus Ayuntamientos, a fin de que éstos puedan disponer de ella como medio propio instrumental.

-En consideración a lo anteriormente expuesto, y ante algunas dudas que se nos suscitan, por medio del presente escrito se solicita INFORME sobre los siguientes extremos:

1.-El alcance y la aplicación práctica del apartado 1º del artículo 2º, así como de la letra 1) del artículo 3º y de la disposición adicional sexta del Real Decreto Legislativo 2/2.000 de 16 de junio, en la redacción dada por la disposición final cuarta de la Ley 42/2006 de 28 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2.007.

2.-Si resultaría de aplicación el régimen establecido en los artículos anteriormente citados a la Empresa Pública Avance Local S.L. y si se mantiene o no la interpretación que la Junta Consultiva de Contratación Administrativa hizo de los principios de publicidad y concurrencia en su Informe 24/95 de 24 de octubre.

3.-Si cabe considerar a la Sociedad Avance Local S.L. como instrumento propio de los Municipios que componen la Mancomunidad de Municipios Campiña Sur Cordobesa, habida cuenta de que su capital pertenece íntegra y exclusivamente a los mismos y por tanto, es posible la celebración de convenios de colaboración entre los Ayuntamientos que componen la Mancomunidad y Avance Local S.L. en tal sentido.

4.-En caso contrario, conocer cuál sería el instrumento por el que se tendrían que formalizarse estos acuerdos entre nuestros Ayuntamientos y la Sociedad Avance Local S.L.».

2. Conforme se indica en el anterior escrito se acompaña al mismo copia del Boletín Oficial de la Provincia de Córdoba nº 200, de 8 de noviembre de 2006, en el que se insertan los Estatutos de la Sociedad Avance Local, S.L., detallándose en el artículo 2º las actividades o servicios que constituyen el objeto de la sociedad e indicándose en el mismo artículo 2º de los estatutos que “el mecanismo de actuación de la Entidad Mercantil Avance Local, S.L., con otras administraciones se realizará mediante la figura de la encomienda de gestión”.

CONSIDERACIONES JURÍDICAS

1. Ante la confusión en que incurre el escrito de consulta en relación con la cita de artículos - 2.1, 3.1 letra l) y disposición adicional sexta de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas -y con la cita de figuras jurídicas incorporadas a los mismos- principios de publicidad y concurrencia, convenios de colaboración y encomiendas de gestión, conviene agrupar las

cuestiones planteadas en dos grandes apartados según hagan referencia a la actividad contractual de la Sociedad Avance Local, S.L. o a las relaciones de la sociedad con la Mancomunidad y Municipios que la componen.

2. En cuanto a la actividad contractual de la Sociedad Avance Local, S.L., a la que expresamente se hace referencia en las preguntas 1 y 2 del escrito de consulta, al solicitar informe sobre el alcance y la aplicación práctica del apartado 1 del artículo 2 y la disposición adicional sexta de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, en la redacción dada a dichos preceptos por la disposición final cuarta de la Ley 42/2006, de 28 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2007 y sobre si se mantiene o no la interpretación que la Junta Consultiva de Contratación Administrativa hizo de los principios de publicidad y concurrencia en su informe 24/95, de 24 de octubre, hay que empezar por señalar que los preceptos citados de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas -artículo 2.1 y disposición adicional sexta- tratan de delimitar el ámbito de aplicación subjetivo de la propia Ley.

En cuanto al artículo 2.1 en su redacción actual, procedente de la disposición final cuarta de la Ley de Presupuestos para el año 2007, motivada por la necesidad de incorporar a la legislación española los criterios de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas y considera sujetas a las normas de la Ley relativas a la preparación y adjudicación de los contratos superiores a los umbrales que fija a las entidades de derecho público o de derecho privado que, sin estar comprendidas en el ámbito definido en el artículo 1 hayan sido creadas para satisfacer necesidades de interés general que no tengan carácter mercantil o industrial, siempre que concurra en ellas alguno de los requisitos referidos en el párrafo b) del apartado 3 del artículo 1.

Por otra parte, la disposición adicional sexta, también en la redacción dada a la misma por la Ley de Presupuestos para el año 2007, motivada por el mismo argumento, señala que las sociedades mercantiles, en cuyo capital social la participación directa o indirecta de una Administración Pública o de un Organismo autónomo o Entidad de derecho público dependiente de ella o vinculada a la misma sea superior al 50 por 100 se ajustarán en su actividad contractual, cuando no estén sometidas a las previsiones del artículo 2.1, a los principios de publicidad y concurrencia, salvo que la naturaleza de la operación a realizar sea incompatible con estos principios.

En definitiva, el régimen de la actividad contractual de la Sociedad Avance Local, S.L. vendrá determinado por la circunstancia de que dicha Sociedad haya sido creada para satisfacer necesidades de carácter general que no tengan carácter mercantil o industrial, en cuyo caso quedará sometida a la Ley en los términos reseñados al artículo 2.1 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas o por el contrario que tengan tal carácter, en cuyo supuesto quedaría sometida al régimen de la disposición adicional sexta de la propia Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, es decir, a los principios de publicidad y concurrencia.

Esta Junta Consultiva, examinando el artículo 2 de los Estatutos de la Sociedad, se inclina a pensar que las actividades y servicios que se enumeran no tienen carácter mercantil o industrial y, por tanto, dicha Sociedad queda sometida al artículo 2.1 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas.

Por último, en este extremo, se solicita el parecer de esta Junta sobre si se mantiene o no la interpretación que realizó en su informe de 24 de octubre de 1995 (expediente 24/95) sobre los principios de publicidad y concurrencia, lo que merece una respuesta afirmativa, dado que, aunque hayan podido alterarse los supuestos de aplicación de la citada disposición adicional sexta, ninguna alteración se ha producido, ni ha podido producirse en la configuración de tales principios, por lo que pueden reproducirse las palabras del citado informe expuestas en el siguiente sentido:

“Aparte de las salvedades de que la naturaleza la operación a realizar sea incompatible con los principios de publicidad y concurrencia la disposición adicional sexta la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas sujeta la actividad contractual a los reseñados principios e, insistiendo en que la misma regulación existía con anterioridad a su entrada en vigor, cabe únicamente resaltar que la sujeción a los principios de publicidad y concurrencia, no supone en modo alguno la sujeción a las normas concretas sobre publicidad y concurrencia de Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, pues de haber querido el legislador este efecto lo hubiera consignado expresamente.

Sobre la sujeción a los indicados principios no pueden darse soluciones concretas, pues será la propia Empresa la que deberá decidir la manera más adecuada de dar efectividad a los mismos, sin que para ello sea necesario, aunque sí posible, acudir a las normas concretas (plazos, supuestos de publicidad, procedimiento negociado, prohibiciones de contratar, etc...) que contiene la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, a cuyos preceptos no queda sujeta ENASA”.

3. Se solicita en el escrito de consulta informe sobre la posibilidad de que se celebren convenios entre los Ayuntamientos que componen la Mancomunidad y Avance Local, S.L., para lo que hay que tener en cuenta que el artículo 34 del Real Decreto Ley 5/2005, de 11 de marzo, da nueva redacción a la letra c) del artículo 3.1 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas que, en su actual redacción, establece que quedan excluidas del ámbito de aplicación de la Ley “los convenios de colaboración que celebre la Administración General del Estado con la Seguridad Social, las Comunidades Autónomas, las Entidades Locales, sus respectivos Organismos autónomos y las restantes entidades públicas o cualquiera de ellos entre sí, siempre que la materia sobre la que verse no sea objeto de un contrato de obras, de suministro, de consultoría y asistencia o de servicios o que siendo objeto de tales contratos su importe sea inferior, respectivamente, a las cuantías que se especifican en los artículos 135.1, 177.2 y 203.2”. Por su parte la letra d) del mismo artículo y apartado, considera excluidos de la Ley “los convenios de colaboración que, con arreglo a las normas específicas que la regulan celebre la Administración con personas físicas y jurídicas sujetas al derecho privado, siempre que su objeto no esté comprendido en los contratos regulados en esta Ley o en normas administrativas especiales”.

Cualquiera que sea la consideración de Avance Local, S.L. como Entidad pública o privada y los precedentes de la letra c) del artículo 3.1 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas hay que mantener una respuesta negativa a la pregunta expresamente formulada en el apartado 3 del escrito de consulta de si es posible la celebración de convenios de colaboración ente los Ayuntamientos que componen la Mancomunidad y Avance Local, S.L., respuesta negativa que debe cambiar de signo cuando el convenio no tenga por objeto verdaderos contratos administrativos o estos sean inferiores a los umbrales en el supuesto de la letra c) del artículo 3.1.

4. Como en el nº 4 de las preguntas del escrito de consulta se desea conocer “cuál sería el instrumento por el que se tendrían que formalizar estos acuerdos entre nuestros Ayuntamientos y la Sociedad Avance Local, S.L”, ha de hacerse constar que procede el examen de las encomiendas de gestión y de los contratos de gestión de servicios públicos como fórmulas de instrumentalización de las relaciones entre los Ayuntamientos que componen la Mancomunidad y Avance Local, S.L.

5. En cuanto a la figura de la encomienda de gestión que figuraba en el artículo 15 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, pero no en la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, fue incorporada al texto de esta última en el artículo 3.1 letra l) por el artículo 34 del Real Decreto Ley 5/2005, de 11 de marzo, al considerar excluidos de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas “las encomiendas de gestión que se realicen a las entidades y a las sociedades cuyo capital pertenezca totalmente a la propia Administración Pública”.

La circunstancia de que en esta redacción no figurase, por error, el requisito de que para que fuesen admisibles las encomiendas de gestión era necesario que quien efectúe la encomienda ostente un control análogo al que ejerce sobre sus propios servicios y que las sociedades y entidades a las que se encomienda la gestión realicen la parte esencial de su actividad con la entidad o entidades que las controlan, motivó el que la disposición final cuarta de la Ley 42/2006, de 28 de diciembre, modificase la redacción de la letra l) del artículo 3.1 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, que en la actualidad, por tanto, queda redactado de la siguiente manera.

“l) Las encomiendas de gestión que se confieren a entidades y sociedades cuyo capital sea en su totalidad de titularidad pública y sobre las que la Administración que efectúa la encomienda ostente un control análogo al que ejerce sobre sus propios servicios, siempre que estas sociedades y entidades realicen la parte esencial de su actividad con la entidad o entidades que las controlan”.

Esta nueva redacción de la letra l) del artículo 3.1 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, se inspira directamente en las consideraciones de la Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 18 de noviembre de 1999 (Asunto C-107/98 Teckal) y en la Instrucción número 2/2005, de 21 de julio, de la Dirección General del Servicio Jurídico del Estado sobre el régimen jurídico aplicable a los convenios de colaboración y a los acuerdos de encomienda de gestión celebrados por la Administración General del Estado, sus Organismos autónomos, entidades públicas empresariales y restantes entidades públicas y privadas del sector público estatal.

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.

6. En cuanto a la posibilidad de que los Ayuntamientos acudan a la figura de los contratos de gestión de servicios públicos con Avance Local, S.L, tal posibilidad debe quedar descartada si se tiene en cuenta que el artículo 154 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas exige para que estos supuestos de gestión de servicios públicos que se encomienden a Sociedades de Derecho privado en cuyo capital sea exclusiva la participación de la Administración o de un ente público de la misma, sin que este requisito concorra en el presente caso, dado que como se ha indicado, el capital de Avance Local, S.L. no pertenece a los Ayuntamientos sino a la Mancomunidad.

7. Todo lo expresado en los apartados 5 y 6 anteriores, debe entenderse sin perjuicio de que los encargos se realicen por la Mancomunidad, no por los municipios y de conformidad con lo que se establezca en los propios estatutos de la Mancomunidad.

CONCLUSIONES

Por lo expuesto la Junta Consultiva de Contratación Administrativa entiende:

1. Que la Sociedad Avance Local, S.L. en su actividad contractual está sujeta al artículo 2.1 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, por cuanto, según se desprende del artículo 2 de los estatutos las necesidades que satisface no tienen carácter mercantil o industrial.

2. Que, en cuanto a la aplicación de la disposición adicional sexta de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, esta Junta mantiene los criterios expuestos respecto a los principios de publicidad y concurrencia en su informe de 24 de octubre de 1995 (expediente 24/95).

3. Que entre los Ayuntamientos que componen la Mancomunidad y la Sociedad Avance Local, S.L., no caben convenios de colaboración que tengan por objeto contratos de obras, suministro, consultoría y asistencia o servicios superiores a los umbrales comunitarios (artículo 3.1 letra c) de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas), ni tampoco por aplicación del artículo 3.1 letra d) de la misma Ley, ni encomiendas de gestión por no reunir los requisitos establecidos en la letra l) del mismo artículo y apartado, ni contrato de gestión de servicios públicos al no pertenecer el capital de Avance Local, S.L. a los Ayuntamientos, sin perjuicio de la aplicación de los Estatutos de la Mancomunidad para encargos realizados por la misma, cuando sean superiores a los umbrales en el supuesto de la letra c) el artículo 3.1. de la Ley.