



Expediente 15/17

Clasificación del informe: Posibilidad de que una sociedad municipal pueda convertirse en medio propio de otras entidades.

ANTECEDENTES

El Ayuntamiento de Manresa dirige escrito a esta Junta Consultiva de Contratación Administrativa solicitando se emita informe en los siguientes términos:

“1.- Planteamiento General

El Ayuntamiento de Manresa es propietario del 100% del capital de la sociedad Municipal Aguas de Manresa SA, que en la actualidad presta servicios en el ámbito del ciclo del agua, tales como el abastecimiento domiciliario de agua potable, la gestión del alcantarillado y la depuración de aguas residuales. Dentro de un objeto social más amplio.

Varios municipios de la comarca, el Consejo Comarcal del Bages y la Mancomunidad de Municipios del Bages para el Saneamiento tienen interés en que la sociedad municipal Aguas de Manresa SA gestione el servicio de abastecimiento en alta, el servicio de saneamiento de aguas residuales, el de abastecimiento domiciliario de agua potable y/o pueda recibir algún encargo de gestión para la realización de algún trabajo de los que se encuentran dentro de su objeto social.



Con este fin, a la luz de la Directiva 2014/24/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 26 febrero de 2014, sobre contratación pública y por la que se deroga la Directiva 2004/18/CE, de la Directiva 2014/23/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 26 de febrero de 2014, relativa a la adjudicación de contratos de concesión y de la Directiva 2014/25/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 26 de febrero de 2014 relativa a la contratación por entidades que operan en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales y por la que se deroga la Directiva 2004/17/CE, se ha considerado la posibilidad de que los municipios de otras entidades públicas que estén interesados puedan adquirir parte del capital de la sociedad Aguas de Manresa SA, para que de esta manera pasen a tener cada uno de ellos un representante en la Junta General de la sociedad (órgano supremo) y también un representante del Consejo Comarcal, uno de la Mancomunidad de Municipios del Bages para el Saneamiento y uno del conjunto de los ayuntamientos en representación de todos ellos dentro del Consejo de Administración de la sociedad, y así ejerzan un control conjunto sobre la sociedad, análogo al que puedan ejercer sobre sus propios servicios.

Esto se plantea porque, de conformidad con lo dispuesto en las directivas, por todos el art. 28.3 de la Directiva 2014/25/UE, un poder adjudicador que no ejerce sobre una persona jurídica de derecho público o privado un control a efectos del apartado 1 podrá (Art. 28,1, a) de la Directiva 2014/25/UE), sin embargo, adjudicar un contrato público a dicha persona jurídica sin aplicar la presente directiva si se cumplen todas las condiciones siguientes:

- a) El poder adjudicador ejerce conjuntamente con otros poderes adjudicadores un control sobre esta persona jurídica análogo al que ejerce sobre sus propios servicios;*



b) Más del 80% de las actividades de esta persona jurídica se llevan a cabo en el ejercicio de los cometidos que le han sido encomendados por los poderes adjudicadores que la controlan o para otras personas jurídicas controladas por los mismos poderes adjudicadores, y

c) Que no haya participación directa de capital privado en la persona jurídica controlada, con la excepción de las formas de participación de capital privado que no ejerzan un control o un bloqueo que estén impuestas por las disposiciones legislativas nacionales, de conformidad con los tratados, y que no ejerzan una influencia decisiva sobre la persona jurídica controlada.

Estos son los requisitos necesarios para que un poder adjudicador pueda realizar encargos de gestión a un medio propio. En los apartados siguientes planteamos las dudas sobre la concurrencia de estos requisitos en el caso que nos ocupa.

2.- Control análogo conjunto

La Directiva 2014/25/UE dispone que a los efectos del art. 28.1.a) se considera que los poderes adjudicadores ejercen un control conjunto sobre una persona jurídica si se cumplen todas y cada una de las condiciones siguientes (Art. 28.3 in fine):

a. Que los órganos decisorios de la persona jurídica controlada estén compuestos por representantes de todos los poderes adjudicadores participantes. Cada representante puede representar a varios poderes adjudicadores participantes o a su totalidad.



b. Que estos poderes adjudicadores puedan ejercer conjuntamente una influencia decisiva sobre los objetivos estratégicos y las decisiones significativas de la persona jurídica controlada, y

c. que la persona jurídica controlada no persiga intereses contrarios a los de los poderes adjudicadores que la controlan.

Los estatutos de la sociedad Aguas de Manresa SA han sido modificados para posibilitar la adquisición de capital por el Consejo Comarcal del Bages, por la Mancomunidad de Municipios del Bages para el Saneamiento, los ayuntamientos y por otras entidades públicas, administraciones o no, que tengan interés.

Conforme a la legislación mercantil, la adquisición de capital es el medio por el cual las entidades públicas mencionadas pueden estar presentes en la Junta General de accionistas, con los votos correspondientes a las acciones que posean, y también al consejo de administración, en este caso, como ya se ha indicado, se contempla un representante del Consejo Comarcal, uno de la Mancomunidad de Municipios del Bages para el Saneamiento y uno por el conjunto de los ayuntamientos que quedarían representados por éste.

Con ello pensamos que quedaría garantizado el control análogo conjunto, dado que se cumple el requisito del art. 28.3. a) de la Directiva 2014/25/UE, es decir, los órganos decisorios de la persona jurídica controlada estarían compuestos por representantes de todos los poderes adjudicadores participantes.



Sin embargo, debido a que el capital de Aguas de Manresa SA está representado por 40.000 acciones, cada una de las cuales otorga un voto, y los ayuntamientos y entidades públicas supramunicipales adquirirían un número pequeño de estas acciones, entre 1 y 20 cada uno, se plantea la duda de si se puede predicar el control análogo conjunto de todos los poderes adjudicadores sobre la sociedad, a pesar de la desproporción de votos que existiría entre el Ayuntamiento de Manresa y el resto de entidades públicas representadas en los órganos de gobierno de la sociedad. El sentido literal de la norma no vincula la posesión de un determinante porcentaje mínimo del capital para predicar la existencia de control análogo conjunto, dado que según el mencionado tenor literal éste se da con el mero requisito de disponer de al menos un representante de cada poder adjudicador en los máximos órganos de gobierno de la sociedad.

Por otra parte, los estatutos de la sociedad mencionan expresamente que la Junta General ejerce conjuntamente una influencia decisiva sobre los objetivos estratégicos y las decisiones significativas de la persona jurídica controlada (Art. 9 de los estatutos), lo que también se puede deducir de las atribuciones legales y estatutarias de la Junta General, que según el art. 13 de los estatutos ejerce el “poder supremo de la compañía” y tiene, entre otras atribuciones, la de censurar la gestión social, aprobar las cuentas anuales, acordar la distribución de resultados, nombrar, renovar y ratificar el consejo de administración, modificar los estatutos sociales, aumentar o disminuir el capital social, emitir obligaciones y las determinadas por la ley. Todas ellas del máximo nivel decisorio.

La sociedad no persigue en ningún caso intereses contrarios a los de las entidades públicas, Consejo Comarcal, Mancomunidad de Municipios del



Bages para el Saneamiento o Ayuntamientos, dado que su objeto social, art. 2 de los estatutos, es perfectamente compatible con las finalidades de estas entidades establecidas por la legislación de régimen local (Arts. 25 y 26 de la Ley 7185, de 2 de abril).

Esto se puede verificar que, entre otras actividades, el objeto social de la compañía contempla lo siguiente:

a) El suministro de agua potable en el término municipal de Manresa, la gestión del abastecimiento en los términos municipales de los alrededores con los que concierte este servicio y la gestión de los saneamientos respectivos.

b) La captación, almacenamiento y tratamiento de aguas para su suministro a la población; la conducción y distribución de agua potable para usos urbanos, agrícolas e industriales.

c) La evacuación y depuración de aguas residuales.

d) La prestación de servicios de alcantarillado y de riego.

3.- Volumen de negocio y capital íntegramente público.

El requisito exigido por el art. 28.3. b) de la Directiva 2014/25/UE por el que más del 80% de las actividades de la persona jurídica deben ser llevadas a cabo en el ejercicio de los cometidos que le han sido encomendados por los poderes adjudicadores que la controlan o por otras personas jurídicas controladas por los mismos poderes adjudicadores, se cumpliría, dado que el



volumen de actividad de la sociedad, muy por encima del 80%, se dedicaría al conjunto de los poderes adjudicadores de los que se constituiría medio propio.

Esta condición, sin embargo, debe verificarse en cada ejercicio, cosa de la que se ocupa el proyecto de Ley de contratos del sector público actualmente en tramitación parlamentaria (Art. 33.2. c)

Otro de los requisitos exigidos por el art. 28.1. a) de la Directiva 2014/25/UE es que no haya participación directa de capital privado en la persona jurídica controlada, en este punto el arte. 6.2 de los estatutos de Aguas de Manresa SA sólo autorizan la enajenación de las acciones en favor de entes públicos, administraciones públicas o no, y éstos, en caso de querer deshacerse de sus participaciones, sólo lo podrían hacer en favor del Ayuntamiento de Manresa. De este modo se garantiza que el capital de la sociedad será siempre íntegramente público. A los efectos, el art. 6.2 de los estatutos de la sociedad dispone lo siguiente: 2.- Las acciones pueden ser enajenadas en favor del Consejo Comarcal del Bages, de la Mancomunidad de Municipios del Bages para el Saneamiento, de ayuntamientos y otras entidades públicas, tengan naturaleza de administraciones públicas o no. Estos ayuntamientos y entidades públicas sólo podrán enajenar las acciones en favor del Ayuntamiento de Manresa al precio vigente en el momento de la venta.

4.- Delegación de funciones entre entidades públicas

Al margen del planteamiento anterior, por parte de los servicios jurídicos de uno de los municipios interesados se plantea si es posible, a la luz del artículo 28.4 de la misma Directiva 2014/25/UE, hacer que el Ayuntamiento de Manresa siga siendo el accionista único de aguas de Manresa SA y que la



prestación del servicio de aguas a los demás municipios se hiciera en virtud de una delegación interadministrativa, los términos de la que garanticen un control análogo al que se tiene sobre los propios servicios.

5.- Requisitos formales

Los estatutos de aguas de Manresa SA contienen las menciones formales exigidas por la legislación de contratos del sector público, la actualmente vigente, pero especialmente los de la futura ley de contratos del sector público.

A los efectos de esto y también de comprobar el resto de cuestiones, se adjunta copia de los estatutos de la sociedad para que por la Junta Consultiva se puedan hacer las comprobaciones que se consideren oportunas.

De acuerdo con lo anterior, se plantean las siguientes

CUESTIONES:

1.- ¿Se puede considerar que se cumple el requisito del control análogo conjunto si los poderes adjudicadores tienen un representante cada uno de ellos en la Junta General, órgano supremo de la sociedad y están presentes mediante un representante, unos directamente (Consejo Comarcal y Mancomunidad) y otros por representación (ayuntamientos) en el Consejo de Administración?

2.- ¿Puede considerarse que ostenta cada uno de los ayuntamientos (poderes adjudicadores) un control análogo sobre el ente instrumental Aguas de Manresa SA para que sea considerado medio propio con independencia del



porcentaje de participación en el capital social y de acuerdo con la representación que ostentarían los nuevos miembros en los órganos decisorios de la sociedad municipal? ¿Se puede considerar que se cumple el requisito de control análogo al que se tiene sobre los servicios propios, si otra administración (Ayuntamiento de Manresa) puede imponer su criterio en caso de controversia?

3.- ¿Se entiende que se cumple el requisito de control análogo al que se tiene sobre los servicios propios, si en caso de que concurra una discrepancia entre el Ayuntamiento de Manresa y alguno de los otros Ayuntamientos, prevalece necesariamente el criterio del primero?

4.- ¿Existe algún tope mínimo de acciones por Ayuntamiento para que éste se considere que tiene un control efectivo sobre Aguas de Manresa SA?

5.- ¿Se considera que existe un control análogo al que se tiene sobre los propios servicios cuando éste actúa a través de un representante en el consejo de administración que no está sujeto a mandato imperativo por parte de los ayuntamientos distintos del de Manresa?

6.- ¿Cumpliendo el control análogo conjunto y demás requisitos, materiales y formales, exigidos por la Directiva 2014/25/UE, es posible que los diversos poderes adjudicadores puedan hacer encargos de gestión para la prestación de servicios tales como el abastecimiento domiciliario de agua potable a los usuarios o también para la gestión de los servicios de abastecimiento en alta a los municipios que presta el Consejo Comarcal?



7.- *¿Es adecuada la calificación como medio propio y necesario que conste en los estatutos cuando la Directiva 2014/25/UE en su artículo 28.3 no ha previsto en esta institución?*

8.- *¿Sería posible, en la luz del artículo 28.4 de la misma Directiva 2014/25/UE, hacer que el Ayuntamiento de Manresa siga siendo el accionista único de Aguas de Manresa SA y que la prestación del servicio de aguas a los demás municipios se hiciera en virtud de una delegación interadministrativa, los términos de la que garanticen un control análogo al que se tiene sobre los propios servicios?*

9.- *¿Pueden los ayuntamientos encargar a Aguas de Manresa SA las prestaciones propias de contratos que requieran que este ente las subcontrate por no disponer de medios personales y materiales apropiados para su ejecución?*

10.- *¿En el caso de encomiendas de gestión de prestaciones complementarias a las propias del servicio de suministro de agua potable, es necesario que los ayuntamientos antes de hacerlos directamente al medio propio, acrediten que las prestaciones forman parte del objeto social del ente instrumental?*

11.- *¿En el caso de encomiendas de gestión de prestaciones complementarias a las propias del servicio de suministro de agua potable, es necesario que los ayuntamientos antes de hacerlos directamente al medio propio, acrediten que esta es la opción más eficiente en términos de rentabilidad económica?*

12.- *¿Las encomiendas de gestión que se realicen en el medio propio deben prever gastos generales, beneficio industrial e IVA?*



13.- *¿Podría la sociedad Aguas de Manresa SA, participar en licitaciones públicas de un ayuntamiento del que fuera medio propio?”.*

CONSIDERACIONES JURIDICAS.

1. El Ayuntamiento de Manresa dirige un escrito de consulta a la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado planteando diversas cuestiones respecto de la posibilidad de que la sociedad municipal de aguas, cuyas acciones pertenecen en un 100 % al Consistorio, pueda considerarse medio propio de otras entidades locales de la misma comarca. La consulta se plantea a la luz de las vigentes Directivas en materia de contratación.

Antes de entrar en el análisis separado de cada una de las cuestiones que se plantean debe recordarse que la Junta Consultiva sólo puede evacuar informes en los términos previstos dentro del artículo 328 de Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014 (en adelante LCSP), desarrollado a estos efectos en el Real Decreto 30/1991, de 18 de enero, por el que se establece el régimen orgánico y funcional de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa, en virtud del cual los informes de la Junta Consultiva solo podrán recaer sobre cuestiones de contratación pública que presenten carácter general, careciendo de competencia para emitir informes en relación con casos concretos y determinados, como es el



caso objeto de consulta, para lo cual, los órganos de contratación disponen del correspondiente Servicio jurídico.

A este respecto, cabe recordar los criterios de esta Junta expuestos, por ejemplo, en su informe de 28 de octubre de 2011 (expediente 23/11), en el doble sentido de que a la Junta Consultiva no le corresponde emitir informes en expedientes concretos de los distintos órganos de contratación, ni sustituir las funciones que los preceptos legales vigentes atribuyen a órganos distintos de esta Junta, como sucede, por ejemplo, con el examen y valoración de las proposiciones de los interesados o el informe preceptivo de los pliegos. Por tanto, el informe se pronunciará declarando los criterios de aplicación general en relación con las cuestiones sometidas a consulta, correspondiendo a los servicios jurídicos municipales informar sobre los aspectos concretos del caso.

Por otra parte, es importante destacar que en la fecha de la emisión de este informe se encuentra vigente la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, de modo que las cuestiones que se plantean deberán analizarse a la vista de la regulación concreta que en ella se contiene, sin perjuicio de tener en consideración la normativa comunitaria que viene a trasponer y la Jurisprudencia europea en la que se apoya.

Esta Junta Consultiva ya ha tenido ocasión de pronunciarse en diversos informes sobre el alcance y contenido de los requisitos exigidos para la consideración de una determinada entidad como medio propio, tanto en lo que hace a la normativa vigente con anterioridad (en particular conforme al Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, en adelante, TRLCSP)



como a la jurisprudencia comunitaria. A este respecto, cabe citar los informes de 23 de julio de 2010 (Expediente 10/10), de 7 de junio de 2012 (expediente 2/12) y de 14 de diciembre de 2012 (expediente 24/12). El presente informe permite actualizar la doctrina expuesta a la vista de los requisitos contenidos en la nueva LCSP.

2. El Ayuntamiento de Manresa plantea hasta trece cuestiones sobre diversos aspectos concretos del régimen jurídico de los encargos de los poderes adjudicadores a medios propios personificados. Tales aspectos se encuentran regulados por el artículo 32 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, precepto que alude en su apartado 4 al supuesto de un medio propio al que pueden realizar encargos diversas Administraciones Públicas independientes. Este es el caso que, como resulta de la consulta, nos atañe en este informe.

La regulación legal establece como consecuencia general de su aplicación la exclusión del régimen de contratación del sector público, puesto que, de acuerdo con el artículo 32.1. *in fine* de la LCSP, estos encargos no tendrán la consideración de contrato siempre que se cumplan los requisitos fijados.

Por otro lado, es importante destacar que los requisitos establecidos en la LCSP resultan de aplicación al caso formulado porque, aun refiriéndose la actividad analizada al ámbito del agua, la condición de Administraciones Públicas de los sujetos sobre los que recae la consulta determina la aplicación de las disposiciones generales aplicables al sector público contenidas en la LCSP (disposición adicional octava LCSP, de carácter básico de acuerdo con la disposición final primera de la Ley, y artículo 5 de la Ley



31/2007, de 30 de octubre, sobre procedimientos de contratación en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales).

Por último, hay que señalar que por lo que se refiere al régimen de los medios propios personificados deberá aplicarse también lo dispuesto en la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público, de acuerdo con la Disposición Final cuarta.3 de la LCSP.

Teniendo en cuenta las normas antes citadas, procedemos a abordar las cuestiones planteadas de forma agrupada, atendiendo a las concretas materias sobre las que versan.

3. Las cinco primeras cuestiones se refieren a diversos aspectos relacionados con el requisito del control conjunto análogo. Tal requisito viene establecido y desarrollado en el artículo 32.4.a) de la LCSP que, de acuerdo con el artículo 12.3 de la Directiva 2014/24/UE, señala lo siguiente:

“Tendrán la consideración de medio propio personificado respecto de dos o más poderes adjudicadores que sean independientes entre sí aquellas personas jurídicas, de derecho público o de derecho privado, que cumplan todos y cada uno de los requisitos que se establecen a continuación:

a) Que los poderes adjudicadores que puedan conferirle encargos ejerzan sobre el ente destinatario del mismo un control conjunto análogo al que ostentarían sobre sus propios servicios o unidades.

Se entenderá que existe control conjunto cuando se cumplan todas las condiciones siguientes:



1º Que en los órganos decisorios del ente destinatario del encargo estén representados todos los entes que puedan conferirle encargos, pudiendo cada representante representar a varios de estos últimos o a la totalidad de ellos.

2º Que estos últimos puedan ejercer directa y conjuntamente una influencia decisiva sobre los objetivos estratégicos y sobre las decisiones significativas del ente destinatario del encargo.

3º Que el ente destinatario del encargo no persiga intereses contrarios a los intereses de los entes que puedan conferirle encargos.”

El requisito del control análogo ha sido objeto de análisis por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, concluyendo que tal circunstancia concurre cuando existe una posibilidad de influencia determinante de la entidad que realiza el encargo, tanto sobre los objetivos estratégicos como sobre las decisiones importantes de la entidad sometida a control (sentencias Parking Brixen, apartado 65, Coditel Brabant, apartado 28, y Sea, apartado 65). El Tribunal ha señalado también que la entidad adjudicadora debe estar en condiciones de ejercer sobre la entidad de que se trate un control estructural y funcional (sentencia Comisión/Italia, apartado 26).

En el caso de un medio propio de diversos poderes adjudicadores, el control análogo puede ser conjunto (Sentencia Coditel Brabant, apartados 47 y 50) y, por tanto, ejercido conjuntamente por aquellos, sin que sea indispensable que cada una de ellas lo ejerza individualmente (Sentencia Sea, apartado 59)



siendo lo esencial que se trate un control efectivo (sentencia Coditel Brabant, apartado 46).

También señala la Jurisprudencia comunitaria que para verificar la efectividad del control conjunto debe analizarse el conjunto de disposiciones legales y circunstancias pertinentes (estatutos, pactos societarios,...), cabiendo considerar que el control ejercido por las entidades accionistas sobre la referida sociedad es análogo al que ejercen sobre sus propios servicios cuando (Sentencia Sea, apartado 90):

- la actividad de dicha sociedad se limita al territorio de las mencionadas entidades y se realiza esencialmente en beneficio de éstas;
- la actividad de dicha sociedad se realiza a través de los órganos estatutarios integrados por representantes de las mencionadas entidades, de modo que éstas ejercen una influencia determinante tanto sobre los objetivos estratégicos como sobre las decisiones importantes de dicha sociedad.

Además, la efectividad del control conjunto se deduce cuando del análisis de las disposiciones aplicables al medio propio, éste está obligado a realizar los trabajos que le encomienden los participantes (Sentencia Tragsa, apartado 60) y cuando cada una de las administraciones públicas participe tanto en el capital como en los órganos de dirección de la entidad en cuestión (Sentencia Econord, apartado 33).



Ha sido sobre la base de este acervo jurisprudencial, que ha permitido la redacción de las normas legales aplicables, sobre el que cabe responder a las cuestiones planteadas.

En primer lugar, siendo requisito imprescindible que cada Administración pública participe en el capital social del medio propio conjunto (Sentencia Econord, apartado 33, e Informes 2/12, apartado 7, y 24/12, apartado 6) de esta Junta Consultiva), no cabe considerar en abstracto la exigencia de un porcentaje de capital mínimo para cada uno de los entes que controlan el medio propio. Ni la Directiva ni la LCSP contienen previsión alguna al respecto, y la jurisprudencia, como posteriormente veremos, muta en su apreciación atendiendo las circunstancias del caso.

Por tanto, el capital mínimo necesario para que pueda sostenerse el control conjunto debe ser el suficiente para que de acuerdo con las disposiciones estatutarias pueda ejercerse un control conjunto efectivo y real (Sentencia Sea, apartados 61, 62 y 63).

Esto supone que cada Administración pueda participar directamente o mediante representantes en los órganos estatutarios que ejercen una influencia determinante tanto sobre los objetivos estratégicos como sobre las decisiones importantes de dicha sociedad. Parece razonable considerar como tales tanto a la Junta General como al Consejo de Administración, pero también a cuantos órganos puedan preverse estatutariamente con el fin de influir en estas decisiones. Por otro lado, lo verdaderamente relevante a este respecto es verificar la participación en estos órganos de representantes de las entidades que puedan realizar los encargos. Tales representantes pueden representar a varios o a la totalidad de aquellas (artículo 32.4.1º) siendo, por



tanto, posible que existan representantes individuales de una Administración y representantes conjuntos de varias de ellas.

Por tanto, la cuestión referente a si se puede considerar que se cumple el requisito del control análogo conjunto si los poderes adjudicadores tienen un representante cada uno de ellos en la Junta General y están presentes mediante un representante, unos directamente y otros por representación en el Consejo de Administración debe ser respondida en sentido afirmativo, pero no tanto por lo que hace a la íntegra condición de medio propio, sino únicamente en lo que se refiere al cumplimiento del requisito establecido en el artículo 32.4. a) 1º de la Ley, en la medida en que para ser un medio propio deben cumplirse los tres números (1º, 2º y 3º) de forma cumulativa.

Las siguientes cuestiones (2ª a 5ª) se refieren respectivamente a si cada uno de los ayuntamientos ostenta un control análogo con independencia del porcentaje de participación en el capital social, si existe un porcentaje mínimo de acciones de las que se ha de ser titular y a si se puede considerar que se cumple el requisito de control análogo si una de las administraciones dispone de un criterio prevalente en caso de controversia.

Las dos primeras de ellas derivan de lo establecido en el artículo 32.4 a) 2ª de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público y han sido, como antes expusimos, resueltas por la Jurisprudencia comunitaria de forma casuística. En efecto, las Sentencias Sea y Econord han señalado que si una Administración Pública se convierte en socio minoritario de una sociedad anónima de capital íntegramente público con el fin de encargarle la gestión de un servicio público de su competencia, estaremos ante un supuesto de control análogo. Por su parte, la Sentencia Asemfo aludió a un



supuesto en que el control de una de las sociedades controladoras alcanzaba únicamente el 0,25% del capital social, declarando que, en este caso, sí que existía control análogo. Por el contrario, la Sentencia Econord, en su apartado 30, señala que el control no puede ser exclusivo de la entidad mayoritaria porque ello vaciaría de contenido el requisito del control análogo, lo que ocurriría típicamente si el resto de participantes no tiene la más mínima posibilidad de decidir. No parece compatible con el carácter conjunto del control la posibilidad de que una Administración pueda condicionar por sí sola y de forma absoluta la actividad del medio propio conjunto de varias Administraciones. Ello supondría materialmente que en lugar de control conjunto estaríamos en presencia de un control individual de la Administración preponderante, resultando con evidencia que no estaríamos en presencia de un medio propio de tales entidades.

Es importante destacar que, por un lado, las decisiones que se adopten sobre el medio propio deberán tomarse por mayoría de los participantes por tratarse de órganos colegiados (Sentencia Coditel, apartado 51, Sentencia SEA, apartado 60) y, por otro lado, que el resultado de la actuación conjunto de todas las entidades participantes debe ser que medio propio conjunto quede obligado a realizar los trabajos que le encomienden, de manera análoga a cuando el control lo realiza una sola entidad (artículo 32.2.a) LCSP), de acuerdo con la Sentencia TRAGSA, apartado 60. Esto implica que es posible que una entidad que tiene una participación muy pequeña pueda, no obstante, conferir encargos obligatorios en el seno de este control conjunto y que, en otras condiciones, otra entidad que disponga de una participación mayor no pueda hacerlo.



Por tanto, la consideración de medio propio de una entidad depende en buena medida de la finalidad con la que se integra en el capital de una entidad que es medio propio, así como de las circunstancias de ejercicio de los derechos que confieren las participaciones en el capital del medio propio, y no tanto del porcentaje de participación, debiendo resolverse cada cuestión de modo ajustado a las circunstancias del caso concreto.

Lo mismo cabe predicar de las cuestiones 3ª y 5ª. Si no existe la más mínima posibilidad de influir en las decisiones de la sociedad participada no cabe predicar el requisito del control análogo.

4. A continuación se formulan por la entidad consultante diversas cuestiones respecto a los aspectos formales de la sociedad y respecto a los encargos a realizar por parte de los Ayuntamientos (preguntas 6, 7, 9, 10, 11, 12 y 13).

Antes de resolverlas, no obstante, cabe señalar que respecto de los medios públicos conjuntos, además del requisito del control conjunto análogo, el artículo 32.4.b) de la LCSP fija la regla de que más del 80 por ciento de las actividades del medio propio conjunto se realicen en ejercicio de los cometidos confiados por los poderes adjudicadores que lo controlan o por otras personas jurídicas controladas por éstos –aspecto sobre el cual no se realizan preguntas específicas-, y la letra c) remite al cumplimiento de los requisitos contemplados en el artículo 32.2, letras c) y d) de la LCSP.

De estos últimos requisitos, para responder a las cuestiones formuladas por el Ayuntamiento de Manresa, cabe recordar lo señalado en la letra d):



“d) La condición de medio propio personificado de la entidad destinataria del encargo respecto del concreto poder adjudicador que hace el encargo deberá reconocerse expresamente en sus estatutos o actos de creación, previo cumplimiento de los siguientes requisitos:

1º Conformidad o autorización expresa del poder adjudicador respecto del que vaya a ser medio propio.

2º Verificación por la entidad pública de que dependa el ente que vaya a ser medio propio, de que cuenta con medios personales y materiales apropiados para la realización de los encargos de conformidad con su objeto social.

Los estatutos o acto de creación del ente destinatario del encargo deberá determinar: el poder adjudicador respecto del cual tiene esa condición; precisar el régimen jurídico y administrativo de los encargos que se les puedan conferir; y establecer la imposibilidad de que participen en licitaciones públicas convocadas por el poder adjudicador del que sean medio propio personificado, sin perjuicio de que, cuando no concurra ningún licitador, pueda encargárseles la ejecución de la prestación objeto de las mismas.

En todo caso, se presumirá que cumple el requisito establecido en el número 2º de la presente letra cuando haya obtenido la correspondiente clasificación respecto a los Grupos, Subgrupos y Categorías que ostente.”



También deberá aplicarse, en lo no previsto por la LCSP, lo dispuesto en la LRJSP en su artículo 86:

“1. Las entidades integrantes del sector público institucional podrán ser consideradas medios propios y servicios técnicos de los poderes adjudicadores y del resto de entes y sociedades que no tengan la consideración de poder adjudicador cuando cumplan las condiciones y requisitos establecidos en el Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por el Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre.

2. Tendrán la consideración de medio propio y servicio técnico cuando se acredite que, además de disponer de medios suficientes e idóneos para realizar prestaciones en el sector de actividad que se corresponda con su objeto social, de acuerdo con su norma o acuerdo de creación, se dé alguna de las circunstancias siguientes:

a) Sea una opción más eficiente que la contratación pública y resulta sostenible y eficaz, aplicando criterios de rentabilidad económica.

b) Resulte necesario por razones de seguridad pública o de urgencia en la necesidad de disponer de los bienes o servicios suministrados por el medio propio o servicio técnico (...).”

De acuerdo con ello, y teniendo en cuenta que la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público ha resuelto muchas de las



cuestiones sobre las que no se pronunciaba la Directiva, para que estemos en presencia de un medio propio será necesario:

- a) Acreditar la conformidad o autorización expresa de cada uno de los poderes adjudicadores respecto del que vaya a ser medio propio (Ayuntamientos y demás corporaciones locales interesadas).
- b) La verificación por la entidad pública de que dependa el ente que vaya a ser medio propio (Ayuntamiento de Manresa), de que cuenta con medios personales y materiales apropiados para la realización de los encargos de conformidad con su objeto social. Esta condición no es meramente formularia, sino que debe ser efectiva.
- c) Acreditar que la creación del medio propio conjunto sea una opción más eficiente que la contratación pública y que resulta sostenible y eficaz, aplicando criterios de rentabilidad económica o que resulte necesario por razones de seguridad pública o de urgencia en la necesidad de disponer de los bienes o servicios suministrados por el medio propio o servicio técnico, lo cual deberá reflejarse en una memoria justificativa, que acompañará a la decisión de cada poder adjudicador de dar conformidad o autorización expresa.

También será necesario concretar estatutariamente el objeto social, los poderes adjudicadores respecto del cual tiene la condición, precisar el régimen jurídico y administrativo de los encargos que se les puedan conferir,



y establecer la imposibilidad de que participe en licitaciones públicas convocadas por los poderes adjudicadores del que sean medio propio personificado, sin perjuicio de que, cuando no concurra ningún licitador, pueda encargárseles la ejecución de la prestación objeto de las mismas.

Una vez completados estos requisitos podrán los Ayuntamientos formular sus encargos con arreglo al régimen que se establezca, cumpliendo lo dispuesto con carácter básico en el apartado 6 del artículo 32:

“a) El medio propio personificado deberá haber publicado en la Plataforma de Contratación correspondiente su condición de tal; respecto de qué poderes adjudicadores la ostenta; y los sectores de actividad en los que, estando comprendidos en su objeto social, sería apto para ejecutar las prestaciones que vayan a ser objeto de encargo.

b) El encargo deberá ser objeto de formalización en un documento que será publicado en la Plataforma de Contratación correspondiente en los supuestos previstos del artículo 63.6. El documento de formalización establecerá el plazo de duración del encargo.”

La ley también se pronuncia en cuanto al coste de cada encargo, pues el artículo 32.4.a) in fine de la LCSP, establece:

“La compensación se establecerá, por referencia a tarifas aprobadas por la entidad pública de la que depende el medio propio personificado para las actividades objeto de encargo



realizadas por el medio propio directamente y, en la forma que reglamentariamente se determine, atendiendo al coste efectivo soportado por el medio propio para las actividades objeto del encargo que se subcontraten con empresarios particulares en los casos en que este coste sea inferior al resultante de aplicar las tarifas a las actividades subcontratadas.

Dichas tarifas se calcularán de manera que representen los costes reales de realización de las unidades producidas directamente por el medio propio.”

Por otra parte, el artículo 32 en su apartado 7 regula las reglas de los negocios jurídicos que realice el medio propio para la ejecución del encargo recibido, que quedan sometidos a la propia LCSP en los términos que sean procedentes (apartado a) del artículo 32.7), sin que el importe de las prestaciones parciales que el medio propio pueda contratar con terceros pueda superar el 50 por ciento de la cuantía del encargo (apartado b) del artículo 32.7).

En base a estos criterios ya fijados por la LCSP, y respecto a las preguntas formuladas, cabe señalar lo siguiente:

- La calificación como medio propio debe constar expresamente en los Estatutos de acuerdo con el artículo 32.2.d) de la LCSP (pregunta 7).
- Los encargos deben realizarse dentro del objeto social del medio propio, debiendo precisarse en la Plataforma de contratación los sectores de actividad en los que, estando comprendidos en su objeto



social, sería apto para ejecutar las prestaciones que vayan a ser objeto de encargo de acuerdo con el artículo 32.6.a) de la LCSP (preguntas 6 y 10).

- El encargo no impide que el medio propio subcontrate la realización de determinadas prestaciones objeto del encargo sin superar el 50 por ciento de la cuantía del mismo (apartado b) del artículo 32.7 de la LCSP). (pregunta 9)
- En el momento de creación del medio propio conjunto hay que justificar que su creación sea una opción más eficiente que la contratación pública y resulta sostenible y eficaz, aplicando criterios de rentabilidad económica o que resulte necesario por razones de seguridad pública o de urgencia en la necesidad de disponer de los bienes o servicios suministrados por el medio propio o servicio técnico.
- La tarifa deberá calcularse de manera que representen los costes reales en los términos fijados en el artículo 32.4.a) in fine de la LCSP. Respecto al IVA, los servicios prestados conforme a la normativa tributaria no están sujetos al impuesto en los términos previstos en la disposición final décima de la LCSP, que modifica la Ley 37/1992, de 28 de diciembre, del Impuesto sobre el Valor Añadido, que regula el régimen de sujeción al impuesto en estos casos (pregunta 12).
- El medio propio conjunto no puede participar en licitaciones públicas convocadas por las ayuntamientos de los que sea medio propio personificado, sin perjuicio de que, cuando no concurra ningún licitador, pueda encargárseles la ejecución de la prestación objeto de



las mismas de acuerdo con el artículo 32.2.d) segundo párrafo de la LCSP (pregunta 13).

5. Finalmente el Ayuntamiento de Manresa plantea en la pregunta 8ª, que por razones sistemáticas debemos contestar en último lugar, si legalmente cabría una fórmula alternativa consistente en que el Ayuntamiento de Manresa siga siendo el accionista único de Aguas de Manresa SA y que la prestación del servicio de aguas a los demás municipios se hiciera en virtud de una delegación interadministrativa de competencias.

Lo primero que cabe advertir es que en tal hipótesis, si fuese posible, ya no resultaría de aplicación el régimen de los medios propios conjuntos del artículo 32.4 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público por razones evidentes. Tal como hemos visto, si el capital pertenece en exclusiva al Ayuntamiento de Manresa, para el resto de Corporaciones Locales faltaría el requisito inicial exigido por la ley española para la existencia del control conjunto análogo. Es claro que si el resto de las entidades locales no participan en el capital social de la empresa no resulta posible ejercer una influencia decisiva sobre los objetivos estratégicos y sobre las decisiones significativas del ente, por lo que no resultaría posible la realización de encargos por parte de aquellos.

Dicho lo anterior, la posibilidad de realizar una delegación de competencias no es estrictamente una cuestión propia de la contratación pública ni de la competencia de esta Junta Consultiva, sino que se trata más bien de una materia general del derecho administrativo y que se rige por otras normas distintas.



No obstante, la propia Jurisprudencia comunitaria se ha ocupado de supuestos similares. La sentencia del TJUE de 13 de julio de 2013, dictada en el caso Piepembrock, (Asunto C-386/2011), trata un supuesto parecido en que una entidad local atribuye a otra la competencia para prestar el servicio de limpieza a través de un tercero. En dicho pronunciamiento el Tribunal comunitario señala que éste no es un supuesto de cooperación horizontal entre las dos entidades públicas de que se trata, sino que estaríamos en presencia de una relación jurídica sujeta a la Directiva.

En efecto, no estaríamos ante un encargo (apartado 35) pero tampoco ante un supuesto de cooperación que tenga por objeto garantizar la realización de una misión de servicio público común a ambas entidades (véase, en este sentido, la sentencia Ordine degli Ingegneri della Provincia di Lecce y otros, apartado 34). Destaca la sentencia últimamente citada que sólo cabría excluir la aplicación de la Directiva cuando se cumplan tres condiciones de forma cumulativa:

- Que los acuerdos en cuestión hubieran sido celebrados exclusivamente por entidades públicas sin la participación de una empresa privada.
- Que no se favoreciese a ningún prestador privado respecto a sus competidores.
- Que la cooperación que establecieran sólo se regulase por consideraciones y exigencias características de la persecución de objetivos de interés público que, por añadidura, deben ser objeto de un tratamiento competencial común de ambas entidades.

En el caso que nos atañe, no parece posible la citada delegación competencial conforme a las normas administrativas que establecen las



competencias propias de las entidades locales. Tampoco es dudoso que la competencia para la prestación de servicios de competencia municipal no pueden ser objeto gestión a través de otro Ayuntamiento con unas competencias territoriales diferentes, sin perjuicio de que tal cosa se pudiese hacer a través de una entidad supramunicipal especialmente creada o por una entidad territorial de ámbito superior.

A todo lo expuesto debe sumarse el hecho de que el empleo de un mecanismo como la delegación de competencias municipales para poder hacer uso de un medio propio que pertenece a otra entidad pública pudiera constituir incluso un fraude de ley.

A la vista de las anteriores consideraciones esta Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado alcanza las siguientes

CONCLUSIONES

- Siendo requisito imprescindible que cada Administración pública participe en el capital social del medio propio conjunto, no cabe considerar en abstracto la exigencia de un porcentaje de capital mínimo para cada uno de la Administraciones públicas de las que se considera la entidad conjunta medio propio a los efectos de la LCSP.
- Para que pueda existir un control conjunto análogo cada Administración debe participar mediante representantes en los órganos estatutarios que ejercen una influencia determinante tanto



sobre los objetivos estratégicos como sobre las decisiones importantes de dicha sociedad, debiéndose considerar a este respecto tanto la Junta General, el Consejo de Administración y cuantos órganos puedan preverse con el fin de influir en estas decisiones.

- Los representantes pueden representar a varios o a la totalidad de las Administraciones partícipes (artículo 32.4.1º), siendo por tanto compatible con el citado artículo representantes individuales de una Administración con representantes conjuntos de varias de ellas.
- No resulta compatible con el carácter conjunto del control la posibilidad de que una Administración pueda condicionar por sí sola la actividad de la sociedad medio propio conjunto de varias Administraciones.
- La calificación como medio propio debe constar expresamente en los Estatutos de acuerdo con el artículo 32.2.d) de la LCSP.
- Los encargos deben realizarse dentro del objeto social del medio propio, debiendo precisarse en la Plataforma de contratación los sectores de actividad en los que, estando comprendidos en su objeto social, sería apto para ejecutar las prestaciones que vayan a ser objeto de encargo de acuerdo con el artículo 32.6.a) de la LCSP.
- El encargo no impide que el medio propio subcontrate la realización de determinadas prestaciones objeto del encargo sin superar el 50 por ciento de la cuantía del mismo (apartado b) del artículo 32.7 de la LCSP).



- En el momento de creación del medio propio conjunto hay que justificar que su creación sea una opción más eficiente que la contratación pública y resulta sostenible y eficaz, aplicando criterios de rentabilidad económica o que resulte necesario por razones de seguridad pública o de urgencia en la necesidad de disponer de los bienes o servicios suministrados por el medio propio o servicio técnico. (artículo 86.2. LRJSP y 32.2.d) y 32.6 LCSP).
- La tarifa deberá calcularse de manera que represente los costes reales en los términos fijados en el artículo 32.4.a) in fine de la LCSP. Respecto al IVA, los servicios prestados conforme a la normativa tributaria no están sujetos al impuesto en los términos previstos en la disposición final décima de la LCSP, que modifica la Ley 37/1992, de 28 de diciembre, del Impuesto sobre el Valor Añadido.
- El medio propio conjunto no puede participar en licitaciones públicas convocadas por los ayuntamientos de los que sea medio propio personificado, sin perjuicio de que, cuando no concurra ningún licitador, pueda encargárseles la ejecución de la prestación objeto de las mismas de acuerdo con el artículo 32.2.d) segundo párrafo de la LCSP.
- No cabe acudir al mecanismo de delegación de competencias entre dos Ayuntamientos para la utilización de un medio propio que sólo pertenece a uno de ellos.