

Informe 24/12, de 14 de diciembre de 2012. “Posibilidad de que una empresa medio propio del Ayto de Figueras pueda ser medio propio de otros Ayuntamientos. Ayto de Figueras.”
Clasificación de los informes. 18. Otras cuestiones de carácter general

ANTECEDENTES

El Alcalde del Ayuntamiento de Figueras, solicita a la Junta Consultiva de Contratación Administrativa que emita un informe en base a lo que expone a continuación:

El Ayuntamiento de Figueras gestiona de manera directa a través de una empresa municipal (en adelante, la empresa), entre otros, los servicios públicos de suministro y depuración de aguas, mantenimiento del alcantarillado y transporte urbano.

El capital de la empresa es íntegramente público participado al cien por cien por el Ayuntamiento de Figueras.

El Ayuntamiento de Figueras y varios ayuntamientos próximos se han planteado la posibilidad de que la empresa pueda ser considerada por terceros ayuntamientos como medio propio de los mismos en los términos previstos en el artículo 24.6 del Texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público que fue aprobado por el Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, de tal forma que estos pudieran prestar servicios en sus términos municipales a través de la empresa siempre que tales servicios estuvieran comprendidos dentro de los que como objeto social de ésta ha establecido el Ayuntamiento de Figueras.

Una vez expuesto todo lo anterior, se solicita informe a la Junta Consultiva de Contratación Administrativa sobre las siguientes cuestiones:

1. Si el Ayuntamiento de Figueras puede pactar mediante convenio o a través de cualquier otro instrumento con otros ayuntamientos que estos consideren a la empresa como medio propio de los mismos de tal forma que estos pudieran prestar servicios en sus términos municipales a través de la empresa siempre que tales servicios estuvieran comprendidos dentro de los que como objeto social de ésta ha establecido el Ayuntamiento de Figueras y sin que los terceros ayuntamientos participaran en el capital social de la empresa.

2. Para el supuesto de que la conclusión de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa a la cuestión planteada en el número anterior fuera afirmativa, si la empresa debería cambiar sus estatutos modificando su objeto social en el sentido de ser expresamente considerada como medio propio de terceros ayuntamientos identificados nominativamente en la modificación y respecto del servicio cuya prestación pretenden realizar éstos a través de la empresa o si sería suficiente incluir la consideración como medio propio y el servicio afectado en el convenio o en cualquier otro instrumento empleado con la finalidad mencionada.

CONSIDERACIONES JURÍDICAS

1. La cuestión planteada se refiere a la posibilidad de que el Ayuntamiento de Figueras pacte mediante convenio o través de cualquier otro instrumento que una empresa, medio propio del mismo, sea utilizada por otros ayuntamientos como medio propio, en los términos a que se refiere el artículo 24.6 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre (en adelante TRLCSP), sin que éstos participen en el capital social de la empresa.

Plantea también si, en el caso de ser afirmativa la respuesta, la empresa debería modificar sus estatutos y cambiar su objeto social para ser expresamente considerada como medio propio de terceros ayuntamientos identificados nominativamente y también respecto del servicio cuya prestación pretenden realizar éstos a través de la empresa o bien, si sería suficiente incluir la consideración como medio propio y el servicio afectado en el convenio o en cualquier otro instrumento empleado con la finalidad mencionada.

2. La regulación jurídica de los “medios propios” la encontramos en nuestro ordenamiento jurídico en los artículos 4.1.n) y 24.6 del TRLCSP.

Determina el primer artículo que están excluidos del ámbito de la Ley 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.

De aquí deriva la importancia de la consideración como medio propio puesto que implica la exclusión de la aplicación del TRLCSP así como la necesidad de respetar la libre concurrencia, esencial en el ámbito de la contratación pública.

Por su parte, el segundo artículo, define la regulación correspondiente a los medios propios al establecer que a los efectos previstos en ese 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.

Continúa señalando que, en todo caso, se entenderá que los poderes adjudicadores ostentan sobre un ente, organismo o entidad un control análogo al que tienen sobre sus propios servicios, si pueden conferirles encomiendas de gestión que sean de ejecución obligatoria para ellos de acuerdo con instrucciones fijadas unilateralmente por el encomendante y cuya retribución se fije por referencia a tarifas aprobadas por la entidad pública de la que 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 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.

3. Esta regulación está inspirada en la jurisprudencia del TJUE, la cual debe ser tenida en cuenta a la hora de interpretar e integrar la normativa española en materia de “medios propios”. Así, la Sentencia Teckal, asunto C-107/98, ya se refiere a la cuestión del control que deben ejercer varios entes de los que una empresa es medio propio y a la relación con la participación de éstos en el capital social.

Por otro lado, la Sentencia TRAGSA, dictada en el asunto C-295/05, establece claramente que el porcentaje de participación no puede utilizarse para cuantificar la facultad de control.

También en la Sentencia CODITEL, dictada en el asunto C-324/07, en la que el TJUE refuerza la posibilidad de ejercicio conjunto del control análogo requerido por Teckal. En efecto, el TJUE señala expresamente que su jurisprudencia exige que el control sea análogo pero no que sea totalmente idéntico a éste, subrayando que lo esencial es que el control ejercido sea efectivo, no siendo indispensable que sea individual.

La Sentencia Carbotermo, asunto C-340/04, por su parte, entiende que la titularidad tiende a indicar, sin ser un hecho decisivo, que el poder adjudicador ejerce sobre la sociedad un control análogo al que ejerce sobre sus propios servicios. Esta afirmación se matiza más tarde en la sentencia TRAGSA, antes mencionada, al sustituir la frase “sin ser un indicio decisivo” por la frase “en principio”.

El TJUE estableció en la Sentencia Parking Brixen, dictada en el asunto C-458/03, los elementos complementarios citados al señalar que el control debe permitir a la autoridad pública influir en las decisiones de la entidad y que dicha influencia debe ser determinante, tanto sobre los objetivos

estratégicos como sobre las decisiones importantes. La sentencia enumera una serie de criterios significativos a estos efectos.

4. Por su parte, la Junta Consultiva de Contratación Administrativa también se ha referido a esta cuestión en varios de sus informes. Así, por ejemplo, el Informe 65/07 sobre la consideración como medio propio de un Ayuntamiento y de sus organismos autónomos de una sociedad municipal y el procedimiento de encomienda de gestión. O, más recientemente, el Informe 2/12, que hace referencia a la posibilidad de que una empresa medio propio de una Diputación Provincial, se convierta en medio propio de otras entidades locales de la misma provincia.

5. Del conjunto formado por la normativa vigente en la materia, apuntada anteriormente, ha derivado lo que se conoce como doctrina “de los medios propios” o *“in house providing”*.

Conforme a dicha doctrina, un ente con personalidad jurídica propia y diferenciada del poder adjudicador podrá ser medio propio de éste siempre que se reúnan los siguientes requisitos de manera cumulativa:

a) Los entes, organismos y entidades del sector público podrán ser considerados medios propios de aquellos poderes adjudicadores que ostenten sobre los mismos un control análogo al que puedan ejercer sobre sus propios servicios (Sentencia Teckal apartado 50 y artículo 26.6 del Texto Refundido de la LCSP).

b) Además es necesario que este ente, organismo o entidad del sector público realice la parte esencial de su actividad con el poder adjudicador que lo controla (Sentencia Teckal apartado 50 y artículo 26.6 del Texto Refundido de la LCSP).

c) Es necesario que se reconozca expresamente por la norma que lo cree o por sus estatutos su condición de medio propio, en los términos y con el detalle que especifica el artículo 24.6 último párrafo del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público.

d) El ente, organismo o entidad habrá de ser idóneo para ejecutar la encomienda de gestión y “en tal sentido debe disponer de personal y medios materiales y técnicos necesarios para ejecutar la encomienda” (Informe de esta Junta Consultiva número 65/07, de 29 de enero de 2009).

6. Procedemos pues a comprobar si concurren o no los requisitos mencionados en el caso que nos ocupa.

El primero de los requisitos para ser medio propio es que los poderes adjudicadores ostenten sobre el mismo un control análogo al que puedan ejercer sobre sus propios servicios. Como establece la Sentencia Carbotermo, dictada en el asunto C-340/04, para apreciar si el poder adjudicador ejerce un control análogo al que ejerce sobre sus propios servicios, es preciso tener en cuenta el conjunto de disposiciones legales y circunstancias pertinentes. Del referido examen ha de resultar que la sociedad adjudicataria está sometida a un control que permite que el poder adjudicador influya en sus decisiones. Debe tratarse de una influencia potencialmente determinante, tanto sobre los objetivos estratégicos como sobre las decisiones importantes de dicha sociedad (véase la sentencia Parking Brixen, C-458/03, Rec. p. I-0000, apartado 65). 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.

Desde este punto de vista, el primer requisito implicaría que la totalidad de Ayuntamientos que quieren considerar medio propio a la empresa pública que ya lo es del Ayuntamiento de Figueres, participasen en el capital social de la misma de manera que todo su capital social fuese de titularidad pública. Sin embargo, el texto de la propia consulta ya nos aclara que los Ayuntamientos que pretenden que la empresa sea medio propio no participan en el capital social de la misma. Así, en la

pregunta primera, aclara el Ayuntamiento de Figueras “y sin que los terceros ayuntamientos participaran en el capital social de la empresa”. A la vista de esta afirmación, si bien se trata de un elemento indiciario, podemos concluir que no se da este primer requisito.

En cuanto al segundo requisito, éste implica que la empresa, para ser medio propio, realice la parte esencial de su actividad con el poder adjudicador que la controla. En el texto de la consulta no se aporta información suficiente sobre si la empresa realiza la parte esencial de su actividad con el poder adjudicador. Tan sólo se nos dice que “el Ayuntamiento de Figueras gestiona de manera directa a través de una empresa municipal (en adelante, la empresa), entre otros, los servicios públicos de suministro y depuración de aguas, mantenimiento del alcantarillado y transporte urbano.” Nos faltaría por lo tanto la información suficiente para determinar si existe o no uno de los elementos esenciales para ser considerado como medio propio.

El tercer requisito, el reconocimiento expreso del carácter de medio propio en la norma de creación o en los estatutos del ente, aparece claramente recogido en el mencionado artículo 24.6 del TRLCSP. Especifica, además, que habrá de determinar las entidades para las cuales tenga ese carácter y el régimen de las encomiendas que se les puedan conferir o las condiciones en que se les podrán adjudicar contratos. En el caso que nos ocupa, el propio enunciado nos aclara ya que no se da este reconocimiento expreso en la medida en que la segunda pregunta se refiere a la necesidad de modificar los estatutos para incorporar el citado reconocimiento respecto de todos los Ayuntamientos de los que sería considerado medio propio.

Por lo tanto, la respuesta a la primera pregunta habría de ser negativa toda vez que no concurren los requisitos del control análogo y de la participación en el capital social de todos los Ayuntamientos de los que pretenda ser medio propio, así como tampoco el de reconocimiento expreso.

La respuesta a la segunda pregunta se encuentra condicionada por la primera de manera que habría de ser también negativa en tanto en cuanto es necesario que se den las condiciones necesarias para poder realizar el convenio entre los Ayuntamientos.

CONCLUSIONES:

1. El Ayuntamiento de Figueras, atendiendo a la regulación vigente en el TRLCSP así como a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea y la derivada doctrina de los medios propios o “*in house providing*”, no podría pactar con otros Ayuntamientos que la empresa en cuestión fuese medio propio también de éstos, siempre que se den los requisitos necesarios para ello, lo cual, según se deduce del texto de la consulta, no se da en este caso.
2. Sobre la posibilidad de hacerlo mediante convenio, no podría darse en este caso. Si nos encontramos ante una sociedad mercantil, habrá que estar a lo dispuesto en sus estatutos sociales.
3. Sobre la segunda pregunta, no cabe entrar en ello, al ser negativa la respuesta a la pregunta anterior.