

**ASUNTO: Informe solicitado por la Mancomunidad xxx  
sobre "POSIBILIDAD DE SOLICITUD A PROMEDIO DE LA EXPLOTACIÓN DEL  
SERVICIO DE ABASTECIMIENTO DE AGUA EN ALTA A LOS AYUNTAMIENTOS  
MANCOMUNADOS A TRAVÉS DE LOS MEDIOS PROPIOS DEL CONSORCIO".  
405/18**

**E**

\*\*\*\*\*

En relación con el asunto epigrafiado, y a petición del Sr/a. Presidente/a de **LA MANCOMUNIDAD xxx** se emite el presente

## **INFORME**

### **I. HECHOS. ANTECEDENTES**

Mediante escrito el Sr/a. Presidente/a de la **MANCOMUNIDAD xxx** solicita informe en relación con el asunto

*"Solicitud Informe Jurídico de la Mancomunidad xxx como miembro del Consorcio Promedio, sobre la posibilidad de solicitud a Promedio de la explotación de servicio de abastecimiento de agua en alta a los Ayuntamientos Mancomunados a través de los medios propios del Consorcio"*

### **II. LEGISLACIÓN APLICABLE**

- Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público
- Ley de Bases de Régimen Local
- Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público

### **III. CONSIDERACIONES JURÍDICAS**

**PRIMERA.-** El Consorcio debe considerarse como una de las figuras cuya creación permiten los artículos 118 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público y 57 de la Ley de Bases de Régimen Local. La creación de tales consorcios y la atribución a ellos de funciones específicas que impliquen la gestión de competencias atribuidas legalmente a las Corporaciones Locales tiene, así pues, cobertura legal suficiente. En efecto, el primero de los preceptos mencionados dispone que:

*«1. Los consorcios son entidades de derecho público, con personalidad jurídica propia y diferenciada, creadas por varias Administraciones Públicas o entidades integrantes del sector público institucional, entre sí o con participación de entidades privadas, para el desarrollo de actividades de interés común a todas ellas dentro del ámbito de sus competencias.*

*2. Los consorcios podrán realizar actividades de fomento, prestacionales o de gestión común de servicios públicos y cuantas otras estén previstas en las leyes.*

*3. Los consorcios podrán utilizarse para la gestión de los servicios públicos, en el marco de los convenios de cooperación transfronteriza en que participen las Administraciones españolas, y de acuerdo con las previsiones de los convenios internacionales ratificados por España en la materia.»*

Ello significa que una vez constituido el Consorcio la gestión de los servicios directamente encomendados a éste se produce mediante la integración de la entidad local en él ( Mancomunidad de Municipios...), en la forma prevista en los propios estatutos, sin necesidad, salvo que en ellos se prevea otra cosa, de un específico negocio jurídico de atribución. Es decir, la atribución de competencias para la gestión de servicios propios de las entidades locales a un Consorcio creado por varias de ellas para este fin, mediante el acto constitutivo es título suficiente para el ejercicio de las mismas, sin que sea necesario otro acto concreto de encomienda de gestión del mismo.

El consorcio se configura, así, como una entidad interadministrativa nacida de la asociación de varios entes administrativos para la consecución de fines colectivos o de común interés, en especial la realización de obras o en la prestación de determinados servicios de interés local o común, gozando para su cometido de personalidad jurídica.

Lo que caracteriza al consorcio, como ha señalado la doctrina científica, es que se constituye como una organización independiente respecto de los entes que se asocian. La titularidad de las competencias de los miembros que lo integran no se asumen por el consorcio, sino que es la gestión lo que se traspa, total o parcialmente, con lo que el consorcio gestiona fiduciariamente los intereses que, en otro supuesto, sólo mediante la actividad unilateral de cada uno de los entes consorciados podrían ser alcanzados. Esa naturaleza asociativa se deduce de la normativa en que se prevé; así mismo tiene personalidad propia e independiente respecto de las entidades integradas en él. Éstas ni desaparecen ni pierden poder dispositivo para constituir el consorcio, entrar en uno ya creado o separarse del mismo, lo que significa que se presentan caracteres coincidentes con los de la mancomunidad de municipios. Y debe recordarse como en la STJUE Teckal (destacado leading case), se niega por el contrario, que la mancomunidad de municipios pueda tener la consideración de medio propio de las entidades locales que la conforman.

**SEGUNDA.-** El artículo 32 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, respecto a los llamados in house providing, considera que estos encargos son una expresión de la potestad organizativa de los poderes adjudicadores («podrán organizarse»,

nos dice), por tanto discrecional, si bien sometida a un específico conjunto de aspectos reglados que conforman un complejo marco jurídico.

La clave de comprensión de ese marco jurídico reside en la siguiente regla básica: «*El encargo que cumpla dichos requisitos no tendrá la consideración de contrato*» (art. 32.1.in fine). Dicho sea negativamente: si el encargo en el caso concreto no cumple las reglas del artículo 32, deberá merecer la consideración de un contrato público.

Para propiciar este «*levantamiento del velo*» y la eventual depuración de contenido del contrato para adecuarlo a su verdadera naturaleza, el artículo 40 c) considera causa simple de anulabilidad de los actos firmes relativos a los «*encargos que acuerden los poderes adjudicadores para la ejecución directa de prestaciones a través de medios propios, cuando no observen alguno de los requisitos establecidos en los apartados 2, 3 y 4 del artículo 32, relativos a la condición de medio propio*». A ello se debe añadir que la LCSP/2017 establece una serie de obligaciones de publicidad, y otorga recurso especial frente a los acuerdos de encargo incluso de manera generosa, como veremos. Por expresarlo brevemente, y a modo de titular: la Ley ha mejorado sustancialmente la eficacia del sistema de «*levantamiento del velo*» de los encargos.

Dicho lo anterior, interesa subrayar ahora el alcance de la *naturaleza básica* de ese nuevo marco, dictada al amparo del art. 1491.1.18º.

Las reglas del artículo 32 se aplican a todo el sector público, tal y como se define en la propia LCSP.

Estamos ante las reglas básicas sobre los medios propios e instrumentales que la Ley 40/2015 no aprobó, al limitarse a dar en su artículo 86 ciertas reglas sobre los medios propios de la Administración General del Estado, fundamentalmente requisitos de control de eficiencia en la creación y una técnica de exteriorización de la condición de medio propio. Ahora bien, la LCSP ha hecho bastante más que esto.

Por un lado, el artículo 32.1 señala que la validez de los encargos depende de que «*(...) la persona jurídica que utilicen merezca la calificación jurídica de medio propio personificado respecto de ellos de conformidad con lo dispuesto en los tres apartados siguientes, y sin perjuicio de los requisitos establecidos para los medios propios del ámbito estatal en la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de régimen jurídico del sector público*». Se salva aquí con bastante limpieza la validez de los requisitos incluidos a mayores para el sector público estatal por la Ley 40/2015. Sin embargo, debe tenerse presente la disposición final segunda de la Ley, que fija en su párrafo tercero la siguiente regla: «*En relación con el régimen jurídico de los medios propios personificados, en lo no previsto en la presente Ley, resultará de aplicación lo establecido en la Ley 40/2015 de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público*».

Dado que, de conformidad con la disposición final primera, esta disposición final segunda tiene carácter básico, puede concluirse que el legislador ha querido rectificar su criterio de la Ley 40/2015 y convertir sobrevenidamente en básico –por tanto, de aplicación general para todas las Administraciones–, el artículo 86 de la Ley 40/2015, incluidas las obligaciones de control de eficiencia y de instalación de «*collar*» en las denominaciones de los medios propios.

Pocos argumentos jurídicos sólidos pueden oponerse a esta conclusión. Los nuevos requisitos organizativos del artículo 86 de la Ley 40/2015, en definitiva, se ha convertido en básico por voluntad del legislador básico de contratos, corrigiendo así uno de los aspectos criticados por la doctrina y el propio Tribunal de Cuentas. Recuérdese en consecuencia que

el artículo 86 no define los medios propios como una categoría propia de administración instrumental, sino como una «consideración» o «declaración» para cuya atribución ya no es necesaria una norma, sino que basta con que el acto de creación o norma así lo disponga. Es necesario que cumplan los requisitos de la Ley de Contratos y, además, acreditar: a) la disposición de medios suficientes e idóneos para realizar prestaciones en el sector de actividad que se corresponda con su objeto social, y b) alguna de las dos circunstancias siguientes: (1) ser una opción más eficiente que la contratación pública y resultar sostenible y eficaz, aplicando criterios de rentabilidad económica (2) 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. El artículo 86.2 establece además que los criterios de eficiencia y eficacia que deben motivarse en la atribución de la condición de medio propio y servicio técnico deben proyectarse en el funcionamiento del servicio propio mediante un control o fiscalización de eficacia. No obstante ello, debe entenderse, que la fiscalización de las encomiendas o encargos de la entidad matriz debe realizarse conforme a los criterios de racionalidad y consistencia previstos en cada caso por la LCSP/2017 y la normativa autonómica de desarrollo. En cualquier caso, en la denominación de las entidades integrantes del sector público institucional que tengan la condición de medio propio deberá figurar necesariamente la indicación «Medio Propio» o su abreviatura «M.P.».

Otro aspecto general destacable del artículo 32 es su mención expresa de los objetos «encargables». La regla es que pueden ser objeto de encargo todo tipo de prestaciones. Esto es, lo que constituya el objeto propio de todas las modalidades contractuales típicas: obras, suministros, servicios y, también, concesiones de obras y servicios.

Esta última mención expresa constituye una novedad destacable; novedad que no es cosecha propia, sino derivada de la Directiva 2014/23/UE, relativa a la adjudicación de los contratos de concesión, en cuyos artículos 17, 13 y 14 se contemplan diversas hipótesis de exclusión respecto de la Directiva de la utilización de medios propios para este tipo de contratos. Así, la regulación de la LCSP –o más precisamente, la ausencia de regulación específica para esta modalidad contractual– dará lugar, sin duda, a un escenario de inseguridad jurídica, dado que no parece que los criterios generales de riesgo operativo establecidos por la Directiva 2014/23/UE y la propia LCSP casen bien con el régimen general de compensación fija al medio propio que establece el propio artículo 32 de la LCSP para las encomiendas.

Piénsese que en una concesión, sea de obra o servicio, lo suyo es que la remuneración del medio propio por su explotación se obtenga a través de las contraprestaciones de los usuarios/as, y no por las compensaciones tarifarias de la entidad matriz fijadas para cubrir el coste real, pues éstas anularían el riesgo operacional y obligarían a calificar el contrato de concesión como contrato de servicios.

En este ámbito, la única hipótesis regulada positivamente en la LCSP es la prevista por la disposición adicional vigésima segunda para la adjudicación de contratos de concesión de obras y de concesión de servicios a sociedades de economía mixta, previsión que sigue el criterio recogido por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en su Sentencia de 15 de octubre de 2009 en el asunto C-196/08, *Acoset SpA*, y en la Comunicación Interpretativa de la Comisión Europea relativa a la aplicación del derecho comunitario en materia de

contratación pública y concesiones a la colaboración público-privada institucionalizada de 5 de febrero de 2008.

Dicho lo anterior, retomamos nuestro hilo conductor. El punto 2 del artículo 32 desarrolla los tres grandes requisitos comunitarios de definición de un medio propio e instrumental bilateral previstos en el art. 12 de la Directiva 2014/24/UE. Aunque esos requisitos deban darse acumulativamente, se impone a nuestros efectos un análisis por partes.

Por su parte, el apartado 4, en transposición del art. 12.3 de la Directiva, aborda la modalidad de los medios propios con control conjunto de varios poderes adjudicadores. Tal es el caso del buque insignia de los medios propios españoles, TRAGSA. Se trata de uno de los aspectos en los que la casuística del TJUE se muestra más oscilante y ambigua.

El apartado otorga la consideración de medio propio a aquellas personas jurídicas instrumentales, de derecho público (consorcios, para el caso, PROMEDIO) o privado (sociedades y fundaciones) que dependan de dos o más poderes adjudicadores a su vez independientes entre sí, siempre y cuando se den todos y cada uno de los siguientes requisitos o parámetros de ese **control conjunto** :

a) *Que los poderes adjudicadores que puedan conferirle encargos **ejercen** 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:*

*1.º 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.*

*2.º 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.*

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

Además de estos requisitos, el apartado 4 del artículo 32 ha entendido oportuno reproducir el tenor del sistema de retribución o «*compensación*» para tales medios propios de control conjunto, que es similar al previsto en el artículo 32.2.a):

*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.*

El precepto continúa reiterando los requisitos del control conjunto y la parte esencial de la actividad:

*b) **Que más del 80 por ciento de las actividades del ente destinatario del encargo se lleven a cabo en el ejercicio de los cometidos que le han sido confiados por los poderes adjudicadores que lo controlan** o por otras personas jurídicas controladas por los mismos poderes adjudicadores. El cálculo del 80 por ciento se hará de acuerdo con lo establecido en la letra b) del apartado 2 de este artículo.*

*El cumplimiento del requisito establecido en la presente letra deberá quedar reflejado en la Memoria integrante de las Cuentas Anuales del ente destinatario del encargo, y, en consecuencia, ser objeto de verificación por el auditor de cuentas en la realización de la auditoría de dichas cuentas anuales de conformidad con la normativa reguladora de la actividad de auditoría de cuentas.*

*c) Que cumplan los requisitos que establece este artículo en su **apartado 2 letras c) y d)**.*

**TERCERA.-** Señalado lo anterior, se plantea en primer lugar, la posibilidad de si la Mancomunidad de Municipios xxx, en lo que se refiere a la gestión del abastecimiento de agua en alta a los ayuntamientos mancomunados, pudiera llevarla a efectos a través de PROMEDIO como medio propio de la misma.

La siguiente cuestión, es determinar si dando por sentado que la Mancomunidad como poder adjudicador puede resolver que la gestión de dicho abastecimiento en alta se lleve a cabo por parte de un tercero, y en tal caso, si es necesario sacarlo a licitación o si por el contrario, existen supuestos que suponen dispensa de acudir a la normativa pública de contratos, es decir, si puede llevarse a efectos dicha gestión a través de los llamados "in house providing", mediante un encargo a PROMEDIO.

Por tanto hay que analizar si la gestión a realizar por Promedio posee su encuadre dentro de esta categoría. Como señala el Tribunal Central de Recursos Contractuales (TCRC) en Sentencia 11 abril 2014, en tanto la doctrina del "in house providing" se caracteriza precisamente por constituir una excepción a la obligación y necesidad de adjudicar los contratos públicos a través de procedimientos encaminados a hacer efectivos dichos principios, resulta plenamente coherente exigir que la entidad instrumental realice la parte esencial de su actividad para la autoridad pública o entidad pública respecto de la que aquélla tiene dicho carácter.

Por ello, y siguiendo lo sostenido por el Tribunal Superior de Justicia de Extremadura, en la reciente Sentencia de 6 de marzo de 2018, cuya argumentación y en particular la de su Fundamento de Derecho Tercero, es aplicable "mutatis mutandi" al supuesto a que el presente se contrae, en tanto en cuanto afecta al Consorcio-Promedio, y ser este un Consorcio formado por entidades públicas locales, entre ellas la M.M. xxx, cuya finalidad precisamente es la de gestionar servicios como el que nos ocupa y dado además que de ese Consorcio forma parte la M.M. xxx, quien por tanto también posee decisiones no sólo como Entidad que presta el servicio sino en el organismo que lo presta, y por ello y como sostiene la Sentencia que mencionamos,"..... *no vemos óbice para que una entidad pública acuda a otra con el fin de gestionar un servicio de su competencia, máxime cuando se realiza a través de fórmulas administrativas previstas en la legislación, bien sean Convenios, Encomiendas de gestión, etc. De lo hasta aquí expuesto y entendiendo que no existe ningún fraude y que el modo de gestión posee cobijo en la contratación "in house providing".....*"

#### **IV. CONCLUSIONES.-**

La Mancomunidad xxx, dando cumplimiento a lo señalado en el cuerpo del presente, puede atribuir la gestión del servicio del abastecimiento de agua en alta de los ayuntamientos mancomunados al Consorcio (PROMEDIO) en tanto por este se cumplan los requisitos señalados en su consideración de medio propio o instrumental de aquella.

Este es el informe de la Oficialía Mayor en relación con el asunto de referencia, con efectos meramente ilustrativos y no vinculantes para con lo solicitado por **LA MANCOMUNIDAD xxx**, advirtiéndose expresamente que su contenido no pretende, en modo alguno, sustituir o suplir el contenido de aquellos otros Informes que se hayan podido solicitar o que preceptivamente, y en su caso, se deban emitir para la válida adopción de acuerdos, motivo por el cual se somete este informe a cualesquiera otro mejor fundado en Derecho.

**EL OFICIAL MAYOR**

Badajoz, 2018