

**Informe 19/2016, de 28 de septiembre, de la Junta Consultiva de
Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón.**

**Asunto: Delegación por un ayuntamiento a un consorcio de la gestión del
servicio de limpieza de las instalaciones municipales.**

I. ANTECEDENTES

La Sra. Alcaldesa del Ayuntamiento de Jaca se dirige, con fecha 26 de julio de 2016 y fecha de Registro de 1 de agosto de 2016, a la presidencia de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón, mediante escrito, y solicita consulta del siguiente tenor literal:

«El ayuntamiento de Jaca tiene contratado el servicio de limpieza de las diversas instalaciones municipales con una empresa del sector tras la tramitación del correspondiente expediente de contratación, finalizando la vigencia del mismo con fecha de 15 de diciembre de 2016.

Por su parte, el Consorcio para la gestión de Residuos sólidos urbanos de la Agrupación nº 1, al que pertenece el Ayuntamiento de Jaca, ha modificado el objeto de sus Estatutos incluyendo los servicios de limpieza de edificios quedando redactado como sigue.

Artículo nº 5.-Objeto y fines, cuya redacción es la siguiente:

5.1. “El objeto del Consorcio es la puesta en marcha y ejecución del Plan de Ordenación de la Gestión de Residuos Sólidos Urbanos de la Comunidad autónoma de Aragón en la agrupación nº1 de Huesca.

5.2. Los fines del Consorcio son los siguientes:

a) Organizar y gestionar el servicio de recogida, transporte, valorizar y tratar y/o eliminar las distintas fracciones de los residuos urbanos generados en los municipios integrados en el ámbito territorial del Consorcio Agrupación nº 1 de Huesca, de acuerdo con el mencionado Plan y las decisiones que se vayan tomando en el seno el Consorcio. Servicios de limpieza en general de toda clase de instalaciones públicas, como pueden ser la limpieza de edificios, administraciones, viaria, fuentes, parques, etc....en los municipios integrados en el ámbito territorial del Consorcio, por sus propios medios o mediante las oportunas contrataciones.

b) Contratar o realizar por sus propios medios la recogida, el transporte y el tratamiento de residuos urbanos y limpieza en general generados en los municipios integrados en el ámbito territorial del Consorcio por medio de instalaciones y los medios que se ponen a disposición del mismo por las Administraciones que lo forman.

c) Informar a la Diputación General de Aragón de los resultados obtenidos en cuanto a la gestión de los residuos, recogida selectiva y recuperación de diferentes materiales.”

Se está planteando por parte de esta entidad local delegar en el consorcio la limpieza de las instalaciones municipales como consecuencia de la ampliación del objeto social mediante el abono de la correspondiente contraprestación por el servicio prestado, teniendo en cuenta que el consorcio presta sus servicios mediante una sociedad mercantil de capital exclusivamente público, denominada GRHUSA

Por otro lado, se tiene conocimiento de la Sentencia del Tribunal De justicia de la Unión europea, cuya copia se adjunta, de fecha de 13 de junio de 2013, en un caso similar que concluye que:

“una entidad pública encomienda a otra entidad pública la tarea de limpiar determinados edificios destinados a oficinas, locales administrativos y centros escolares, si bien la primera entidad se reserva la potestad de controlar que se lleva a cabo de manera correcta esta tarea, mediante una compensación económica que se considera debe corresponder a los costes incurridos por la ejecución de dicha tarea, estando además la segunda entidad autorizada a recurrir a terceros que pueden tener capacidad de operar en el mercado para la ejecución de la mencionada tarea, constituye un contrato público de servicios en el sentido del artículo 1, apartado 2, letra d), de la Directiva 2004/18/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 31 de marzo de 2004, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, de suministro y de servicios.”

Por todo lo anterior interesa conocer la opinión de esta Junta Consultiva, si a la vista de la citada sentencia y actuales Directivas sobre contratación pública, la delegación que pretende realizar el Ayuntamiento de Jaca en el Consorcio para la gestión de Residuos Sólidos Urbanos de la Agrupación nº 1, para la limpieza de edificios y dependencias municipales es posible, o por el contrario constituye un contrato público de servicios y debe contratarse mediante la correspondiente licitación pública teniendo en cuenta que el valor estimado del actual contrato implica su sujeción a una regulación armonizada».

Se acompaña a la consulta como documentación los Estatutos del Consorcio así como la modificación tramitada de los mismos. Se adjunta también copia de STJUE (sección quinta) de 13 de junio de 2013.

El Pleno de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa, en sesión celebrada el 28 de septiembre de 2016, acuerda informar lo siguiente:

II. CONSIDERACIONES JURÍDICAS

I. Competencia de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón y legitimación para solicitarle informe.

En primer lugar es necesario recordar, como criterio de carácter general, que de conformidad con el artículo 3.1 y 2 del Reglamento de organización y funcionamiento de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón, aprobado por Decreto 81/2006, de 4 de abril, del Gobierno de Aragón, a esta Junta Consultiva de Contratación no le corresponde informar expedientes concretos de contratación, ni suplir las funciones que a otros órganos atribuye la legislación de contratos del Sector Público. Por otra parte, según el artículo 3.2 de su norma constitutiva, no es menos cierto que la función consultiva y de asesoramiento de la Junta Consultiva no puede ni debe sustituir las facultades de informe que la legislación en el ámbito de la contratación pública, atribuye a órganos específicos y determinados.

No existe, sin embargo, impedimento alguno, en que se pronuncie sobre cuestiones propias de un determinado procedimiento de contratación si de las mismas puede extraerse un criterio de general aplicación, que sirva de base a la interpretación de la legislación en materia de contratos públicos, como ocurre con la cuestión planteada por la alcaldesa de Jaca, relativa a la posibilidad de atribuir mediante delegación a un consorcio del que forma parte, la prestación del servicio de limpieza de instalaciones municipales a cambio de la correspondiente contraprestación, prescindiendo de la aplicación de la normativa de contratación pública. Sobre dicha cuestión pone de manifiesto el conocimiento del criterio establecido en un asunto de naturaleza similar por la STJUE de 13 de junio de 2013.

La Sra. Alcaldesa del Ayuntamiento de Jaca, es órgano competente para formular solicitud de informe a la Junta, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 6 g) del mencionado Reglamento.

II. La delegación de la prestación de servicios entre entidades públicas. Los consorcios. Requisitos objetivos y subjetivos.

Aunque en la solicitud de informe se utiliza el término «delegación de funciones» de una entidad local en un consorcio del que forma parte; dicho término se utiliza de manera impropia, entendiéndose que de lo que se trata es de una atribución de la gestión de determinados servicios de un municipio a otra entidad pública que en este caso es un consorcio, del que forma parte entre otras muchas, la entidad solicitante del informe. Es decir nos encontramos ante una relación de colaboración interadministrativa articulada mediante la creación de un consorcio.

El consorcio es una de las figuras cuya creación permiten los artículos 57 de la Ley de Bases de Régimen local y 110 del texto refundido de disposiciones legales vigentes en materia 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.

La definición clásica de los consorcios (que tiene hoy su reflejo en el artículo 118 de la ley 40/2015 de 1 de octubre de Régimen Jurídico del Sector Público) configura los mismos como entidades de derecho público con personalidad jurídica propia y diferenciada, constituidas por la asociación de Administraciones u otros organismos públicos, en las que también pueden integrarse personificaciones privadas, y ello con el fin de realizar actividades de interés común a todas ellas dentro del ámbito de sus competencias. De modo que el consorcio es una figura organizativa de cooperación administrativa.

Es amplio el ámbito subjetivo y también el ámbito objetivo que puede desenvolverse a través de un consorcio. Las actividades que integran su objetivo pueden tener distinta naturaleza: de fomento, prestacionales o de gestión común de servicios públicos y cuantas otras estén previstas en las leyes. Recuerda también esta definición que los fines deben de estar claramente incluidos dentro del ámbito de competencias de las Administraciones y organismos consorciados. De modo que el límite de la actividad de esta personificación pública está en el marco de dichas competencias.

Desde el punto de vista subjetivo solo el titular de la competencia puede delegar o encomendar el ejercicio de las mismas en otra entidad. Así en el presente caso, del análisis de los estatutos del consorcio remitidos, resulta haber asumido el mismo la gestión de la función pública local de gestión de residuos. Por lo tanto es requisito objetivo imprescindible para tal “delegación” que se plantea, la naturaleza pública de dicho servicio. Esto es, que se trate de un servicio público competencia de la entidad delegante.

En el artículo 1 de los estatutos remitidos se refleja esta naturaleza de cooperación en la prestación de un servicio de interés común, como es la ejecución y gestión en común del Plan de Ordenación de la Gestión de Residuos Sólidos Urbanos de la Comunidad Autónoma de Aragón.

En consecuencia, cuando no concurren los citados elementos subjetivos y objetivos, la figura pública de la delegación o atribución de funciones a otras entidades, no podrá ser un instrumento para exceptuar la prestación de determinados servicios no públicos prestados a un ayuntamiento del procedimiento exigido por la normativa de contratación.

III. Requisitos para calificar los acuerdos entre entidades públicas como decisión organizativa de cooperación y excluir su consideración como contratos públicos.

Al igual que sucedió con los encargos a medios propios, el TJUE ha excepcionado de aplicación de la normativa de contratación a los acuerdos de cooperación entre entidades públicas cuando concurren una serie de requisitos. Los criterios para determinar en qué supuestos dichos negocios jurídicos quedan fuera del ámbito de aplicación de las Directivas comunitarias en materia de contratación se encuentran dispersos en diversas sentencias que el TJUE ha dictado a lo largo de los últimos años. Además, para contribuir a una mejor comprensión y correcta aplicación del marco jurídico vigente, la Comisión Europea ha elaborado el *Documento de trabajo de los servicios de la Comisión relativo a la aplicación de la normativa sobre contratación pública de la Unión Europea a las relaciones entre poderes adjudicadores*, de carácter orientativo y no vinculante, en el que se recopilan y resumen los pronunciamientos jurisprudenciales en los que se fijan los criterios aplicables para determinar cuándo las actuaciones de cooperación dentro del sector público no se rigen por las normas comunitarias sobre contratación pública.

Dicho documento, partiendo del principio general de que no cabe presumir que los contratos entre poderes adjudicadores queden automáticamente excluidos del ámbito de aplicación de la normativa de contratación pública (como ya fijó la STJUE de 13 de enero de 2005, Comisión/Reino de España), se refiere a las tres formas en que las Administraciones pueden llevar a cabo las tareas de interés público que les han sido encomendadas, pudiendo optar entre diversas fórmulas: emplear sus propios recursos; utilizar instrumentos de colaboración público-público; o desempeñar tareas públicas mediante recursos externos redistribuyendo competencias entre autoridades públicas. Dentro de los instrumentos de colaboración público-público, distingue entre la cooperación vertical (encargos a medios propios) y la horizontal, entre entidades públicas sin control de una de ellas. Respecto de este tipo de cooperación, hay que

señalar que el pronunciamiento jurisprudencial más relevante hasta el momento se contiene, según se indica en el documento de la Comisión que aquí se examina, en la STJUE dictada en el asunto Hamburgo de 9 de junio de 2009. De conformidad con lo dispuesto en la misma, para entender excluidos del ámbito de las Directivas de contratación pública estos supuestos de colaboración público-público, es necesario que se den las siguientes circunstancias: a) que en la cooperación intervengan sólo poderes adjudicadores que no cuenten con participación de capital privado; b) que el acuerdo revista el carácter de una cooperación real con el objetivo común de garantizar el desempeño de una tarea de servicio público cuya realización compete a todas las partes cooperantes; c) que la cooperación se rija sólo por razones de interés público, de tal manera que pueda comportar derechos y obligaciones recíprocos, pero no transferencias financieras entre las partes, salvo las relativas al reembolso de los costes reales de las obras, servicios o suministros y d) que las partes cooperantes no desarrollen actividades de mercado en el marco de la cooperación.

Pero además de la cooperación distingue un supuesto en el que la tarea de interés público asignada a un poder adjudicador se realiza mediante recursos ajenos al poder adjudicador, en estos casos el desempeño de una determinada tarea puede encomendarse a otra entidad. En estos casos hay una transferencia de competencia para el desempeño de una tarea pública que implica ceder la autoridad oficial. Sobre esta figura la Comisión explica que con arreglo a la jurisprudencia no hay cesión de competencias si: la entidad pública inicialmente competente sigue siendo esencialmente responsable del proyecto ya que tiene la obligación jurídica de no desprenderse de su tarea, y si la nueva entidad está financiada por la entidad inicialmente competente, con el resultado de que no dispone de margen de maniobra.

De entre las diferentes formas de prestar las tareas públicas las entidades, el consorcio es una fórmula organizativa de cooperación, ya que pese a que ostenta personalidad jurídica propia y diferenciada, no se produce una

delegación de la responsabilidad de tarea en dicho consorcio sino una encomienda de gestión de tal servicio, manteniendo la responsabilidad sobre tal competencia los diversos organismos públicos encomendantes.

IV. Los requisitos sobre los que se configura la «cooperación horizontal» en la nueva Directiva.

Las distintas formas de colaboración entre entidades públicas se regulan en el artículo 12 de la nueva Directiva bajo la denominación “contratos públicos entre entidades del sector público”. Y en este artículo se incluyen tanto la contratación doméstica o colaboración vertical, como la colaboración horizontal. En relación con esta última, sobre la base de la doctrina y los requisitos fijados por el TJUE, la figura de la colaboración horizontal se estructura sobre los siguientes principios básicos:

1º) La colaboración «genuina» para la realización común de tareas de servicio público, que únicamente puede basarse en consideraciones de interés público. Así la cooperación podrá abarcar todo tipo de actividades relacionadas con la ejecución de las tareas y responsabilidades de servicio público que hayan sido asignadas a las entidades participantes. El considerando 33 de la Directiva explicita que las tareas de los distintos poderes adjudicadores no han de ser necesariamente idénticas, pudiendo además ser complementarias. Por lo tanto la colaboración institucional no implica necesariamente que los distintos poderes adjudicadores tengan atribuidas las mismas o similares funciones para que sea posible ejecutar en cooperación tareas de servicio público.

2º) Por otro lado, que la aplicación de dicha cooperación debe basarse únicamente en consideraciones relacionadas con el interés público.

3º) El tercer requisito que se establece en el citado precepto pretende limitar su utilización. De modo que la vía de la cooperación debe tener necesariamente carácter residual, de tal modo que las entidades públicas no podrán realizar actividades conjuntas a través de esta fórmula que superen el 20% de la

totalidad del volumen de contratos que en principio deberían contratar con sujeción a las directivas comunitarias.

Obviamente, estos requisitos deben ser interpretados desde la lógica de la excepción, de tal manera que no se eluda la normativa de contratación cuando la causa del negocio jurídico es una prestación típica y onerosa.

IV. Sobre la calificación del servicio de limpieza de instalaciones municipales.

La solicitud de informe trae a colación la STJUE (sección quinta) de 13 de junio de 2013. En esta sentencia, el Tribunal resuelve una petición de decisión prejudicial planteada por el órgano jurisdiccional alemán por albergar dudas acerca de la incidencia de la naturaleza de derecho público de un contrato de delegación, en la aplicabilidad de la normativa en materia de contratación pública.

El supuesto tiene múltiples elementos comunes con el planteado por el Ayuntamiento de Jaca. Una entidad local alemana llevó a cabo un contrato de derecho público “de delegación” con una asociación de municipios de la que forma parte, transfiriéndole el derecho y la obligación del desempeño de la tarea de limpiar edificios de su propiedad y que están ubicados en el término municipal. Dicho proyecto de contrato establecía una compensación económica. Una empresa interpuso un recurso para que se le prohibiera a la citada entidad celebrar dicho contrato sin un procedimiento de licitación, alegando que el cumplimiento de dichas tareas a cambio de remuneración constituye una prestación de servicios en condiciones de mercado y que pueden proveer los prestadores de servicios privados. El recurso no prosperó en primera instancia debido a que el proyecto de contrato controvertido tenía por objeto un contrato de los denominados de delegación de conformidad con la normativa alemana, el cual no estaba sometido a la normativa de contratación pública. La sociedad presentó recurso de apelación argumentando que dicha calificación como contrato de delegación carece de fundamento

atendiendo a las características del proyecto de contrato controvertido en el litigio principal. La entidad municipal alega que tal delegación de función de derecho público constituye una decisión que forma parte de la organización nacional interna, no sometida a la normativa de contratación.

Ante esta controversia, el órgano jurisdiccional plantea la decisión prejudicial al Tribunal de Justicia, acerca de la incidencia de la naturaleza de derecho público de dicho contrato en la aplicabilidad de la normativa de la contratación pública. Y plantea tal duda, sobre la base de los siguientes elementos objetivos del contrato: que la tarea de que se trata (limpieza de edificios) no forma parte del ejercicio del poder público y que por lo tanto queda incluida en las disposiciones del TFUE relativas a la libertad de establecimiento y libre prestación de servicios; en segundo lugar, que tampoco puede considerarse que concurren en la asociación de municipios a la que se atribuye la tarea, los requisitos para la aplicación de la doctrina de los medios propios fijados en la sentencia Teckal, por no existir un control sobre la misma análogo a las que se ejerce sobre sus propios servicios; y por último, que en el proyecto de contrato controvertido tampoco se da un supuesto de cooperación entre entidades públicas, impidiendo la aplicación de doctrina fijada en la STJUE de 9 de junio de 2009 Comisión/ Alemania (C-480/06).

El Tribunal de Justicia resuelve esta cuestión prejudicial determinando que el contrato controvertido constituye un contrato público de servicios en el sentido del artículo 1, apartado 2, letra d) de la Directiva 2004/18/CE del Parlamento Europeo y del Consejo. Y tal conclusión la extrae del análisis de los siguientes elementos del contrato:

1ª) Que en dicha prestación concurren todos los requisitos de un contrato de servicios establecido en la directiva de contratación: contrato oneroso, el objeto del proyecto de contrato son servicios contemplados en el Anexo II de la Directiva.

2º) Que tal contrato no corresponde a ninguno de los dos tipos de contrato que, aunque celebrados por entidades públicas, no entran en el ámbito de aplicación de la normativa de la unión en materia de contratación pública. Así, por un lado, no puede considerarse medio propio porque no existe sobre ella un control análogo al que ejerce sobre sus propios servicios y además dicha persona realice la parte esencial de sus actividades con la entidad que la controla; y tampoco puede considerarse un contrato que establezca una cooperación entre entidades públicas que tienen por objeto garantizar la realización de una misión de servicio público común a las mismas, por cuanto la tarea atribuida no forma parte del ejercicio del poder público, esto es, no es un servicio público competencia del municipio.

A la vista de esta jurisprudencia deben analizarse las circunstancias concurrentes en el supuesto planteado por el Ayuntamiento de Jaca. La prestación del servicio de limpieza de instalaciones municipales no ostenta la naturaleza de servicio público propio competencia de la entidad local, y por lo tanto no puede ser una tarea excluida de la libre prestación de servicios, a través del correspondiente proceso de licitación de conformidad con la normativa de contratos.

De modo que la limpieza de los edificios del ayuntamiento, que viene siendo prestada por una entidad privada tras la adjudicación del servicio en el correspondiente procedimiento de licitación, no puede quedar excluida de la aplicación de tal normativa de contratación, al amparo de una delegación del ejercicio de tal función del ayuntamiento en el consorcio a cambio de la correspondiente contraprestación, con independencia de que el objeto social del consorcio se amplíe para incluir tales servicios. Tal actuación constituiría una evidente sustracción de dichos servicios del mercado de la libre competencia, vulnerando los principios de la contratación pública (cuestión sobre la que ha advertido la Autoridad Vasca de la Competencia en la Resolución de 11 de noviembre de 2015 –Expte. 7/2013, Obras Públicas

Álava-, al considerar contraria a la libre competencia en contratos de obras ordinarias los encargos por delegación a una medio propio).

VI.- Posibilidad de considerar la atribución al consorcio como servicio excluido de la normativa de contratación al amparo del artículo 4.1n) TRLCSP.

Delimitada por lo tanto la tarea como propia de un contrato de servicios de la normativa de contratación, queda por determinar si la misma puede encomendarse directamente al consorcio sin licitación pública, en base a considerarla excluida de la normativa de contratación al amparo del artículo 4.1 n), esto es, encargos a medios propios. Ello exige la concurrencia de los requisitos sustantivos exigidos para ostentar tal condición de medio propio, que han quedado delimitados por la jurisprudencia y positivizados en el artículo 24. 6 TRLCSP en los siguientes: que el poder adjudicador ejerza sobre la persona jurídica considerada un control análogo al que ejerce sobre sus propios servicios; y que al mismo tiempo, esa persona jurídica realice la parte esencial de su actividad con el poder o poderes adjudicadores que la controlen. Ninguna de estas dos circunstancias parece concurrir en el consorcio actual respecto de la función de limpieza de los edificios del Ayuntamiento de Jaca. Y ello con independencia de la configuración formal de tal consorcio como medio propio en los estatutos, que quedará supeditada en todo caso al cumplimiento de los mencionados requisitos sustantivos para tal condición.

III.-CONCLUSIONES

I. Los consorcios son fórmulas asociativas a través de las cuales se instrumentaliza una cooperación entre administraciones para la gestión común de servicios públicos de la competencia de las entidades asociadas, quedando excluidos de la aplicación de la normativa de contratación cuando concurren los

requisitos establecidos doctrinal y jurisprudencialmente por pertenecer al ámbito de la potestad de organización administrativa.

II. Los servicios como la limpieza de instalaciones municipales, que no constituyan prestaciones de poder público, no pueden ser objeto de relaciones de cooperación entre entidades públicas no sometidas a la normativa de contratación pública.

Informe 19/2016, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón, adoptado en su sesión del día 28 de septiembre de 2016.