

Ref.: SUB/SCC/mv-jb
Assumpte: Informe 3/2013

INFORME 3/2013, DE DATA 29 DE JULIOL 2013. SOTMETIMENT A LA LEGISLACIÓ DE CONTRACTES DEL SECTOR PÚBLIC DEL CONSORCI CONSORCI CALP TOURISM.

ANTECEDENTS

Amb data 23 de maig de 2013, ha tingut entrada en la Secretaria de la Junta Superior de Contractació Administrativa sol·licitud d'informe per l'Ajuntament de Calp, amb el següent tenor literal:

“A la Junta Consultiva de Contractació Administrativa de la Generalitat.

El present escrit té com a finalitat sol·licitar a la Junta Consultiva de Contractació Administrativa de la Generalitat que es pronuncie en relació a la qüestió següent:

L'Ajuntament de Calp, en sessió plenària de data 13 de gener de 2012, va adoptar l'acord de constitució del consorci " Consorci Calp Tourism " i es van aprovar, inicialment els seus estatuts, a l'empara del que disposa l'art. 106 de la Llei de Règim Local Valenciana.

Els esmentats estatuts es van sotmetre a informació pública i audiència dels interessats, i no es va presentar cap al·legació, amb indicació en el mateix acord que en este cas s'entendrien definitivament aprovats.

Es van aprovar els Estatuts així mateix per les entitats consorciades i es van remetre a la Conselleria de Justícia i Benestar Social perquè, si es complien els requisits legals, n'ordenaren la publicació en el DOCV. Es van publicar en el citat Diari.

Segons els estatuts, el Consorci té una participació pública del 40% i un 60% de participació privada. Ara bé, és cert que els ingressos corrents del consorci són a més de les aportacions o quotes dels ens consorciats, subvencions de les administracions públiques, entre altres les del mateix Ajuntament, de manera que l'origen públic dels ingressos és majoritari, segons els pressupostos aprovats per la Junta General de l'esmentat consorci.

Els Estatuts preveuen que el règim a què quedaran sotmeses les relacions jurídiques amb tercers estaran regulades per la Llei 30/1992, RJPAC i la resta de disposicions aplicables.

El text refós de la Llei de Contractes del Sector Públic assenyalava que en l'article 3 e) que és d'aplicació als consorcis.

El dubte que se'ns planteja és l'aplicació o no als contractes que subscriba el consorci de la normativa vigent en matèria de contractes.

Li remet, adjunta, una còpia dels esmentats Estatuts.”

CONSIDERACIONS JURÍDIQUES

L'art. 3.1 del text refós de la Llei de Contractes del Sector Públic (d'ara en avant TRLCSP), aplicable a esta consulta atés que el consorci es va constituir estant vigent l'esmentada Llei, disposa:

1. A l'efecte d'esta llei, es considera que formen part del sector públic els següents ens, organismes i entitats:

...

e) Els consorcis dotats de personalitat jurídica pròpia a què es referixen l'article 6.5 de la Llei 30/1992, de 26 de novembre, de Règim Jurídic de les Administracions Públiques i del Procediment Administratiu Comú, i la legislació de Règim Local.

...

La Llei 8/2010, de 23 de juny, de Règim Local de la Comunitat Valenciana, estableix en l'article 108:

1. En el marc de la coordinació i cooperació administrativa, les entitats locals valencianes podran constituir consorcis amb altres entitats locals d'igual o distint nivell territorial, així com amb altres administracions públiques per a finalitats d'interés comú i amb entitats privades sense ànim de lucre que tinguen finalitats d'interés públic concurrents.

2. El consorci és una entitat pública de caràcter voluntari i associatiu, amb personalitat jurídica pròpia i plena capacitat per a crear i gestionar servicis i activitats d'interés local o comú.

I en l'article 110, apartat 3: els consorcis podran utilitzar qualsevol de les formes de gestió dels servicis locals.

Per la seua banda, el Reial Decret Legislatiu 781/1986, de 18 d'abril, pel qual s'aprova el text refós de disposicions vigents en matèria de règim local, en l'article 110, ja disposava:

1. Les entitats poden constituir consorcis amb altres administracions públiques per a fins d'interés comú o amb entitats privades sense ànim de lucre que perseguisquen fins d'interés públic concurrents amb els de les administracions públiques.

2. Els consorcis gaudiran de personalitat jurídica pròpia.

3. Els estatuts dels consorcis determinaran els fins d'estos, així com les particularitats del règim orgànic, funcional i financer.

4. Els seus òrgans de decisió estaran integrats per representants de totes les entitats consorciades, en la proporció que es fixe en els estatuts respectius.

5. Per a la gestió dels servicis de la seua competència podran utilitzar-se qualsevol de les formes previstes en la legislació de Règim local.

I finalment, l'article 6 de la Llei 30/1992, de 26 de novembre, de Règim Jurídic de les Administracions Públiques i del Procediment Administratiu Comú, modificada per la Llei 4/1999, de 13 de gener, al regular els convenis de col·laboració, estableix en el seu apartat 5:



Quan la gestió del conveni faça necessari crear una organització comuna, esta podrà adoptar la forma de consorci dotat de personalitat jurídica o societat mercantil.

Els estatuts del consorci determinaran els fins d'este, així com les particularitats del règim orgànic, funcional i financer.

Els òrgans de decisió estaran integrats per representants de totes les entitats consorciades, en la proporció que es fixe en els Estatuts respectius.

Per a la gestió dels servicis que se li encomanen podran utilitzar-se qualsevol de les formes previstes en la legislació aplicable en les administracions consorciades.

Dels anteriors preceptes es desprén que la creació de consorcis té dos finalitats clares. En primer lloc, la cooperació entre administracions per a fins d'interés comú, o per a la gestió de convenis que necessiten d'un òrgan de gestió. En segon terme, trobem els consorcis constituïts amb entitats privades sense ànim de lucre que persequisquen fins concurrents amb els de l'Administració per a la gestió de servicis o activitats d'interés local o comú.

L'article 3 del text refós de la Llei de Contractes del Sector Públic, sense més requisit que el de la seua creació d'acord amb la legislació de règim local o a l'article 6.5 de la Llei 30 1992/, de 26 de novembre, abans assenyalat, afirma que els consorcis formen part del sector públic. Pertinença esta que té conseqüències jurídiques en l'àmbit de la contractació pública, ja siga el consorci considerat com a administració, poder adjudicador no administració, o inclús ni tan sols administració ni poder adjudicador.

Res diu expressament el TRLCSP, i d'ací la seua ambigüitat, dels consorcis on la participació majoritària correspon a les entitats privades, com succeïx almenys inicialment en este cas d'acord amb l'article 1 dels estatuts que regixen el Consorci de referència, aleshores: l'Associació d'Empresaris d'Hostaleria de Calp, l'Associació de Comerciants de Calp i l'Associació d'Agències Immobiliàries de Calp que sumen un 60%, i l'Ajuntament de Calp amb un 40%. I això, inclús a pesar de l'esmentat precepte (article 3.1 del TRLCSP), fa que ens qüestionem si l'esmentat consorci ha de sotmetre's a la legislació de contractes del sector públic i, és més, si es tracta d'un ens del sector públic local.

A estos efectes, per a determinar si els contractes del consorci pertanyen o no a l'àmbit d'aplicació de la legislació del contractes ha d'analitzar-se si el consorci sotmés a examen pot ser considerat bé com a administració pública i, per tant, com subjecte que la legislació de contractes del sector públic se l'aplicaria en tota la seua intensitat, o bé com poder adjudicador diferent d'administració pública, on la intensitat de la subjecció a la legislació de contractes del sector públic seria menor o parcial.

Pel que fa al primer supòsit, entenem que no és aplicable l'article 3.2 e) del text refós de la Llei de Contractes del Sector Públic ja que és impensable que una entitat com l'esmentada, la participació de la qual és majoritàriament privada, pugua tindre la condició d'administració pública i això per la senzilla raó que no pot exercir potestats públiques, característiques intrínseques al subjecte Administració. La seua vinculació a l'Ajuntament de Calp es dona per la seua participació del 40% i per la representació del consorci que posseïx el president, càrrec que recau necessàriament en la persona designada per l'Ajuntament, així com quant al règim financer segons l'article 30 dels estatuts del consorci, del qual destaquem el paràgraf tercer, que indica que correspon a l'Ajuntament de Calp la inspecció i fiscalització de la gestió desenrotllada pel Consorci, sense perjuí

de les atribucions que, en virtut de les disposicions vigents, corresponen a les altres entitats i institucions consorciades.

I quant a la possibilitat que el Consorci objecte de la consulta siga considerat poder adjudicador diferent d'administració pública, hem de tindre en compte en primer lloc que la seua funció primordial és "assegurar amb la major amplitud possible el compliment de l'objectiu de promoció i foment del turisme de la ciutat de Calp". Finalitats que poden ser d'interés comú dels ens consorciats però que afecten uns sectors empresarials molt concrets i no suposen la gestió d'una activitat o un servici públic d'interés general.

Per això, quant al grau de subjecció a la LCSP com a possible poder adjudicador, hem d'analitzar les notes característiques d'este concepte funcional, definides en l'apartat b) de l'article 3.3 del TRLCSP, atés que queda patent la seua no inclusió en l'apartat a) del dit precepte al no tractar-se d'una administració pública.

Així, es consideren poders adjudicadors de contractes sotmesos a la LCSP els organismes o entitats amb personalitat jurídica pròpia que:

- hagen sigut creats específicament per a satisfer necessitats d'interés general que no tinguen caràcter industrial o mercantil
- i que un o més subjectes que hagen de considerar-se poder adjudicador d'acord amb els criteris d'este apartat 3 financen majoritàriament la seua activitat, controlen la seua gestió, o nomenen més de la mitat dels membres del seu òrgan d'administració, direcció o vigilància.

Una vegada contrastades estes característiques amb les del Consorci Calp Tourism, observem en primer lloc que la seua creació no respon a "necessitats d'interés general" sinó a finalitats de caràcter sectorial encara que d'interés comú per als ens consorciats, concretament, el foment i promoció del turisme en la ciutat de Calp, com ja hem indicat anteriorment.

El finançament estable del consorci és majoritàriament privat, almenys estatutàriament i pel que fa a recursos propis mínims per al funcionament ordinari del Consorci. En este punt, l'article 31 dels estatuts disposen que la Hisenda del consorci estarà constituïda per:

1. La renda, productes i interessos dels béns mobles, immobles, drets reals, crèdits i la resta de drets integrants del patrimoni del consorci.
2. L'aportació anual mínima que destinen per a tal fi les institucions i entitats consorciades amb càrrec als seus respectius pressupostos.
3. Les subvencions procedents d'organismes públics o privats
4. Els donatius i llegats de persones físiques o jurídiques
5. Els rendiments que puguen obtindre dels seus servicis
6. L'import de les bestretes o préstecs que s'obtinguen.
7. Qualsevol altre recurs que poguera ser-li atribuït.

Segons els mateixos estatuts les aportacions al pressupost del consorci de cada un dels membres es fixen en un 40% l'Ajuntament de Calp, un 30% l'Associació d'Empresaris d'hostaleria de Calp, un 20% l'Associació d'Agències Immobiliàries i un 10% l'Associació de Comerciants, corresponent al Consell Rector estipular la quota mínima de representació.

No obstant això, hem de fer un incís Per a recordar que en l'escrit de consulta consta l'aclariment següent: *"Ara bé, és cert que els ingressos corrents del consorci són, a més de les aportacions o quotes dels ens consorciats, subvencions de les administracions públiques, entre altres les del mateix Ajuntament, de manera que l'origen públic dels ingressos és majoritari, segons els pressupostos aprovats per la Junta General de l'esmentat consorci."*



D'acord amb això, i sense que esta Junta pugua basar-se més que en el text de la consulta transcrit, estaríem en este cas davant de l'obligació de sotmetre's a la legislació de contractes del sector públic respecte dels contractes subvencionats per l'Ajuntament o un altre poder adjudicador, directament i en més del 50 per 100 del seu import, sempre que de conformitat amb l'article 17 de l'esmentada Llei es tracte de :

- a) Contractes d'obres que tinguen per objecte activitats d'enginyeria civil de la secció F, divisió 45, grup 45.2 de la Nomenclatura General d'Activitats Econòmiques de les comunitats europees (NAIX), o la construcció d'hospitals, centres esportius, recreatius o d'oci, edificis escolars o universitaris i edificis d'ús administratiu, sempre que el seu valor estimat siga igual o superior a 5.000.000 euros.
- b) Contractes de servicis vinculats a un contracte d'obres dels definits en la lletra a), el valor del qual estimat siga igual o superior a 200.000 euros.

Les normes previstes per als contractes subvencionats s'aplicaran a aquells susbscrits per particulars o per entitats del sector públic que no tinguen la consideració de poders adjudicadors, en conjunció, en este últim cas, amb les restants disposicions d'esta Llei que els apliquen.

Quant al control de la seua gestió, l'esmentat article 30 dels estatuts estableix que correspon a l'Ajuntament de Calp la inspecció i fiscalització de la gestió desenrotllada pel consorci, sense perjuí de les atribucions que, en virtut dels establert en la vigent legislació, corresponen a les altres entitats consorciades.

Podria donar-se ací un dels requisits de la noció de poder adjudicador, però com sabem totes les condicions o requisits bàsics han de donar-se conjuntament.

Quant al nomenament del seu òrgan de direcció i vigilància, l'article 8 dels estatuts indica que el govern i administració del Consorci estarà a càrrec de l'Assemblea General, el Consell Rector i el president. En l'Assemblea general, òrgan superior col·legiat del consorci (article 10 dels estatuts) màxim òrgan de govern i administració la participació és majoritàriament privada , en un 60%, i correspon segons el seu percentatge de participació quatre vocals a l'Ajuntament de Calp , tres vocals a l'Associació d'Hostaleria de Calp, dos vocals per l'Associació d'Agències Immobiliàries i un vocal per l'Associació de Comerciants.

Com a òrgan de govern i direcció el Consell Rector està compost per dos representants de l'Ajuntament, president i vicepresident, i per tres vocals de les altres entitats consorciades. La Presidència que posseïx la representació legal del consorci, entre altres funcions, correspon, en virtut dels estatuts, a una de les persones designades per l'Ajuntament de Calp, així com la Vicepresidència.

Efectivament, com es pot comprovar, no es complix la condició tercera per a la incardinació del consorci com poder adjudicador.

Finalment, hem qüestionat inclús la pertinença del consorci sotmés a examen al sector públic local. En este punt portem a col·lació el Reial Decret 1463/2007, de 2 de novembre, pel qual s'aprova el reglament de desplegament de la Llei 18/2001, de 12 de desembre, d'Estabilitat Pressupostària, en la seua aplicació a les entitats locals segons disposa en l'article 2, relatiu a l'abast subjectiu de l'inventari d'ens del sector públic local:

...

“f) Els consorcis que les entitats locals hagen pogut constituir amb altres administracions públiques per a fins d’interés comú o amb entitats privades que persegueixen fins d’interés general, sempre que la participació de l’entitat local o de les entitats locals en estos consorcis siga majoritària, o bé que en cas d’igualtat de participació amb altres entitats que no siguen de caràcter local, es complisca alguna de les característiques següents :

Que l’entitat local o les entitats locals disposen de majoria de vots en els òrgans de govern.

Que l’entitat local o les entitats locals tinguen facultats per a nomenar o destituir gran part dels membres de l’òrgan de govern.”

...

En conseqüència no cap sinó concloure que en el consorci objecte de la consulta no es donen les característiques i requisits establits en l’article 3.3 del TRLCSP, principalment perquè no pot considerar-se que la seua finalitat persegueix satisfere necessitats d’interés general i perquè tampoc disposa de la majoria de vots en els òrgans de govern ni pot nomenar o destituir una majoria de membres dels dits òrgans.

No obstant això, a més dels contractes subvencionats subjectes a regulació harmonitzada d’acord amb el que disposa a l’article 17 del TRLCSP, als quals ja ens hem referit, ha de tindre’s en compte la següent consideració que afecten els contractes adjudicats pel Consorci que estiguen subvencionats amb fons públics:

Les subvencions que pugua concedir l’Ajuntament o qualsevol altra Administració Pública al Consorci es troben regulades amb caràcter bàsic en la Llei 38/2003, de 17 de novembre, General de Subvencions, d’acord amb el que estableix el seu article 3. Quan la subvenció concedida al consorci comporte la possibilitat que este al seu torn contracte o subcontracte a tercers l’activitat o prestació subvencionada, l’Administració concedent pot establir i ha d’establir les condicions en què els esmentats contractes hauran d’adjudicar-se i subscriure’s, respectant els principis abans indicats així com el que disposa la mencionada Llei 38/2003. Així mateix l’art. 31.1 de l’esmentada Llei General de Subvencions disposa que quan el gasto subvencionable supere determinades quanties, el beneficiari de la subvenció, haurà de sol·licitar com a mínim tres ofertes de diferents proveïdors , amb les excepcions que s’establixen en la norma, i que “l’elecció entre les ofertes presentades, que ha d’aportar-se en la justificació, o si és el cas, en la sol·licitud de subvenció, es realitzarà d’acord amb criteris d’eficiència i economia, havent de justificar-se expressament en una memòria, quan no recaiga en la proposta econòmicament més avantatjosa.

Una vegada dit el que s’ha exposat anteriorment res obsta que atesa la major aportació de recursos públics i la integració de l’Ajuntament, com a entitat consorciada encara que de forma minoritària, exercint la seua presidència i representació, el mateix consorci vullga sotmetre’s als principis bàsics de transparència , publicitat i lliure concurrència, havent de ser els estatuts els que regulen en qualsevol cas les regles que regisquen la contractació del consorci.

CONCLUSIONS

PRIMERA.- Vistes les consideracions exposades al llarg del present informe és necessari concloure que el CONSORCI CALP TOURISM, no estaria sotmés a la legislació de contractes del sector públic a excepció dels contractes que subscriga en què hi haguera subvenció pública, sempre que es donen els requisits assenyalats en l’article 17 del Text refós de la Llei de Contractes del Sector Públic. D’una altra part, s’haurà de complir amb el que estableix la Llei 38/2003, de 17 de novembre, General de Subvencions quant se l’aplique als contractes que subscriga i per als quals hi haja subvenció pública, havent d’estar-se al principi de bona administració dels recursos públics.



SEGONA.- Una vegada exposat el que s'ha dit anteriorment res obsta que, donada la major aportació de recursos públics i la integració de l'Ajuntament com a entitat consorciada encara que de forma minoritària, exercint la seua presidència i representació, el mateix consorci vullga sotmetre's als principis bàsics de la contractació pública, sent els estatuts els que regulen en qualsevol cas les regles que regisquen la contractació del consorci.

Este Informe s'emet a l'empara del que disposa l'article 15 del Decret 79/2000, de 30 de maig, del Govern Valencià, pel qual es crea la Junta Superior de Contractació Administrativa de la Generalitat Valenciana, i no tindrà caràcter vinculant. Per tant, l'òrgan consultant podrà adoptar la seua decisió ajustant-se o apartant-se del criteri de la Junta, amb l'obligació de motivar la seua decisió en este últim cas.

EL PRESIDENT DE LA JUNTA
(Per substitució, art. 1.a) Orde de
11 de juny de 2001, DOGV 17/07/2001)

Carmela Cots Soler
VICEPRESIDENTA

LA SECRETÀRIA DE LA JUNTA

Margarita Vento Torres

*APROVAT PER LA JUNTA SUPERIOR DE
CONTRACTACIÓ ADMINISTRATIVA, en data 29
de juliol de 2013.*