

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

INFORME 3/2013, DE FECHA 29 DE JULIO 2013. SOMETIMIENTO A LA LEGISLACIÓN DE CONTRATOS DEL SECTOR PÚBLICO DEL CONSORCIO CONSORCI CALPE TOURISM.

ANTECEDENTES

Con fecha 23 de mayo de 2013, ha tenido entrada en la Secretaría de la Junta Superior de Contratación Administrativa solicitud de informe por el Ayuntamiento de Calpe, con el siguiente tenor literal

A la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Generalitat.

El presente escrito tiene como finalidad solicitar a la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Generalitat que se pronuncie en relación a la siguiente cuestión:

El Ayuntamiento de Calp, en sesión plenaria de fecha 13 de enero de 2012 adoptó el acuerdo de constitución del consorcio "Consorti Calpe Tourism", aprobándose inicialmente sus estatutos, al amparo de lo dispuesto en el Art. 106 de la Ley de Régimen Local Valenciana.

Los mismos se sometieron a información pública y audiencia de los interesados, no presentándose alegación alguna, indicándose en el propio acuerdo que en este caso se entenderían definitivamente aprobados.

Se aprobaron los Estatutos asimismo por las entidades consorciadas y se remitieron a la Conselleria de Justicia y Bienestar Social para que, si se cumplían los requisitos legales, ordenaran su publicación en el DOGV. Se publicaron en el citado Diario.

Según los estatutos, el Consorcio tiene una participación pública del 40% y un 60% de participación privada. Ahora bien, es cierto que los ingresos corrientes del consorcio son además de las aportaciones o cuotas de los entes consorciados, subvenciones de las Administraciones Públicas, entre otras las del propio Ayuntamiento, de modo que el origen público de los ingresos es mayoritario, según los presupuestos aprobados por la Junta General del citado consorcio.

Los Estatutos prevén que el régimen al que quedarán sometidas las relaciones jurídicas con terceros estarán reguladas por la Ley 30/1992, RJPAC y demás disposiciones aplicables.

El Texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público señala que en su Artículo 3 e) que es de aplicación a los consorcios.

La duda que se nos plantea es la aplicación o no a los contratos que celebre el consorcio de la normativa vigente en materia de contratos.

Adjunto le remito copia de los citados Estatutos.”

CONSIDERACIONES JURÍDICAS

El art. 3.1 del Texto Refundido de la Ley de contratos del Sector Público (en adelante TRLCSP), aplicable a la presente consulta dado que el consorcio se constituyó estando vigente dicha Ley, dispone:

1. A los efectos de esta Ley, se considera que forman parte del sector público los siguientes entes, organismos y entidades:

...

e) Los consorcios dotados de personalidad jurídica propia a los que se refieren el artículo 6.5 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, y la legislación de régimen local.

...

La ley 8/2010, de 23 de junio, de régimen local de la Comunitat Valenciana, establece en su artículo 108:

1. En el marco de la coordinación y cooperación administrativa, las entidades locales valencianas podrán constituir consorcios con otras entidades locales de igual o distinto nivel territorial, así como con otras administraciones públicas para finalidades de interés común y con entidades privadas sin ánimo de lucro que tengan finalidades de interés público concurrentes.

2. El consorcio es una entidad pública de carácter voluntario y asociativo, con personalidad jurídica propia y plena capacidad para crear y gestionar servicios y actividades de interés local o común.

Y en el artículo 110, apartado 3: Los consorcios podrán utilizar cualquiera de las formas de gestión de los servicios locales.

Por su parte, el Real Decreto Legislativo 781/1986, de 18 de abril, por el que se aprueba el Texto Refundido de disposiciones vigentes en materia de régimen local, en su artículo 110, ya disponía:

1. Las Entidades pueden constituir Consorcios con otras Administraciones públicas para fines de interés común o con entidades privadas sin ánimo de lucro que persigan fines de interés público concurrentes con los de las Administraciones Públicas.

2. Los Consorcios gozarán de personalidad jurídica propia.

3. Los Estatutos de los Consorcios determinarán los fines de los mismos, así como las particularidades del régimen orgánico, funcional y financiero.

4. Sus órganos de decisión estarán integrados por representantes de todas las Entidades consorciadas, en la proporción que se fije en los Estatutos respectivos.

5. Para la gestión de los servicios de su competencia podrán utilizarse cualquiera de las formas previstas en la legislación de Régimen local.

Y por último, el artículo 6 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, modificada por la Ley 4/1999, de 13 de enero, al regular los convenios de colaboración, establece en su apartado 5:



Cuando la gestión del convenio haga necesario crear una organización común, ésta podrá adoptar la forma de consorcio dotado de personalidad jurídica o sociedad mercantil.

Los estatutos del consorcio determinarán los fines del mismo, así como las particularidades del régimen orgánico, funcional y financiero.

Los órganos de decisión estarán integrados por representantes de todas las entidades consorciadas, en la proporción que se fije en los Estatutos respectivos.

Para la gestión de los servicios que se le encomienden podrán utilizarse cualquiera de las formas previstas en la legislación aplicable a las Administraciones consorciadas.

De los anteriores preceptos se desprende que la creación de consorcios tiene dos finalidades claras. En primer lugar, la cooperación entre administraciones para fines de interés común, o para la gestión de convenios que necesiten de un órgano de gestión. En segundo término, encontramos los consorcios constituidos con *entidades privadas sin ánimo de lucro que persigan fines concurrentes con los de la Administración* para la gestión de servicios o actividades de interés local o común.

El artículo 3 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, sin más requisito que el de su creación conforme a la legislación de régimen local o al artículo 6.5 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, antes reseñado, afirma que los consorcios forman parte del sector público. Pertenencia ésta que tiene consecuencias jurídicas en el ámbito de la contratación pública, ya sea el consorcio considerado como administración, poder adjudicador no administración, o incluso ni siquiera administración ni poder adjudicador.

Nada dice expresamente el TRLCSP, y de ahí su ambigüedad, de los consorcios donde la participación mayoritaria corresponde a las entidades privadas, como sucede al menos inicialmente en este caso de acuerdo con el artículo 1 de los estatutos que rigen el Consorcio de referencia, a la sazón: la asociación de empresarios de hostelería de Calp, la Asociación de Comerciantes de Calpe y la Asociación de Agencias Inmobiliarias de Calp que suman un 60%, y el Ayuntamiento de Calp con un 40%. Y ello, aun a pesar del citado precepto (artículo 3.1 del TRLCSP), hace que nos cuestionemos si dicho consorcio debe someterse a la legislación de contratos del sector público y, es más, si se trata de un ente del sector público local.

A estos efectos, para determinar si los contratos del consorcio pertenecen o no al ámbito de aplicación de la legislación de los contratos debe analizarse si el consorcio sometido a examen puede ser considerado bien como administración pública y, por tanto, como sujeto al que la legislación de contratos del sector público se le aplicaría en toda su intensidad, o bien como poder adjudicador distinto de administración pública, donde la intensidad de la sujeción a la legislación de contratos del sector público sería menor o parcial.

Por lo que se refiere al primer supuesto, entendemos que no es aplicable el artículo 3.2 e) del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público por cuanto es impensable que una entidad como la presente, cuya participación es mayoritariamente privada, pueda tener la condición de Administración pública y ello por la sencilla razón de que no puede ejercer potestades públicas, características intrínsecas al sujeto Administración. Su vinculación al ayuntamiento de Calp se da por su participación del 40% y por la representación del consorcio que ostenta el presidente, cargo que recae necesariamente en la persona designada por el Ayuntamiento, así como en lo relativo al

régimen financiero según el artículo 30 de los estatutos del consorcio, del que destacamos el párrafo tercero, que indica que corresponde al Ayuntamiento de Calpe la inspección y fiscalización de la gestión desarrollada por el Consorcio, sin perjuicio de las atribuciones que, en virtud de las disposiciones vigentes, corresponden a las demás entidades e instituciones consorciadas.

Y en cuanto a la posibilidad de que el Consorcio objeto de la consulta sea considerado poder adjudicador distinto de administración pública, hemos de tener en cuenta en primer lugar que su función primordial es "asegurar con la mayor amplitud posible el cumplimiento del objetivo de promoción y fomento del turismo de la ciudad de Calpe". Finalidades que pueden ser de interés común de los entes consorciados pero que afectan a unos sectores empresariales muy concretos y no suponen la gestión de una actividad o un servicio público de interés general.

Por ello, en cuanto a el grado de sujeción a la LCSP como posible poder adjudicador, hemos de analizar las notas características de este concepto funcional, definidas en el apartado b) del artículo 3.3 del TRLCSP, dado que queda patente su no inclusión en el apartado a) de dicho precepto al no tratarse de una administración pública.

Así, se consideran poderes adjudicadores de contratos sometidos a la LCSP los organismos o entidades con personalidad jurídica propia que:

- hayan sido creados específicamente para satisfacer necesidades de interés general que no tengan carácter industrial o mercantil

- y que uno o varios sujetos que deban considerarse poder adjudicador de acuerdo con los criterios de este apartado 3 financien mayoritariamente su actividad, controlen su gestión, o nombren a más de la mitad de los miembros de su órgano de administración, dirección o vigilancia.

Contrastadas estas características con las del Consorcio Calpe Tourism, observamos en primer lugar que su creación no responde a "necesidades de interés general" sino a finalidades de carácter sectorial aunque de interés común para los entes consorciados, concretamente, el fomento y promoción del turismo en la ciudad de Calpe, como ya hemos indicado anteriormente.

La financiación estable del consorcio es mayoritariamente privada, al menos estatutariamente y en lo que se refiere a recursos propios mínimos para el funcionamiento ordinario del Consorcio. En este punto, el artículo 31 de los estatutos disponen que la Hacienda del consorcio estará constituida por:

1. La renta, productos e intereses de los bienes muebles, inmuebles, derechos reales, créditos y demás derechos integrantes del patrimonio del consorcio.
2. La aportación anual mínima que destinen para tal fin las instituciones y entidades consorciadas con cargo a sus respectivos presupuestos.
3. Las subvenciones procedentes de organismos públicos o privados
4. Los donativos y legados de personas físicas o jurídicas
5. Los rendimientos que puedan obtener de sus servicios
6. El importe de los anticipos o préstamos que se obtengan.
7. Cualquier otro recurso que pudiera serle atribuido.

Según los mismos estatutos las aportaciones al presupuesto del consorcio de cada uno de los miembros se fijan en un 40% el Ayuntamiento de Calpe, un 30% la Asociación de Empresarios de hostelería de Calpe, un 20% la Asociación de agencias inmobiliarias y un 10% la Asociación de comerciantes, correspondiendo al Consejo Rector estipular la cuota mínima de representación.

Sin embargo, hemos de hacer un inciso para recordar que en el escrito de consulta consta la siguiente aclaración: "Ahora bien, es cierto que los ingresos corrientes del consorcio son, además de



las aportaciones o cuotas de los entes consorciados, subvenciones de las Administraciones Públicas, entre otras las del propio Ayuntamiento, de modo que el origen público de los ingresos es mayoritario, según los presupuestos aprobados por la Junta General del citado consorcio."

De acuerdo con ello, y sin que esta Junta pueda basarse más que en el texto de la consulta transcrito, estaríamos en este caso ante la obligación de someterse a la legislación de contratos del sector público respecto de los contratos subvencionados por el Ayuntamiento u otro poder adjudicador, directamente y en más del 50 por 100 de su importe, siempre y cuando de conformidad con el artículo 17 de la citada Ley se trate de:

a) Contratos de obras que tengan por objeto actividades de ingeniería civil de la sección F, división 45, grupo 45.2 de la Nomenclatura General de Actividades Económicas de las Comunidades Europeas (NACE), o la construcción de hospitales, centros deportivos, recreativos o de ocio, edificios escolares o universitarios y edificios de uso administrativo, siempre que su valor estimado sea igual o superior a 5.000.000 euros.

b) Contratos de servicios vinculados a un contrato de obras de los definidos en la letra a), cuyo valor estimado sea igual o superior a 200.000 euros.

Las normas previstas para los contratos subvencionados se aplicarán a aquéllos celebrados por particulares o por entidades del sector público que no tengan la consideración de poderes adjudicadores, en conjunción, en este último caso, con las restantes disposiciones de esta Ley que les sean de aplicación.

En cuanto al control de su gestión, el citado artículo 30 de los estatutos establece que corresponde al Ayuntamiento de Calpe la inspección y fiscalización de la gestión desarrollada por el consorcio, sin perjuicio de las atribuciones que, en virtud de lo establecido en la vigente legislación, corresponden a las demás entidades consorciadas.

Podría darse aquí uno de los requisitos de la noción de poder adjudicador, pero como sabemos todas las condiciones o requisitos básicos deben darse conjuntamente.

En cuanto al nombramiento de su órgano de dirección y vigilancia, el artículo 8 de los estatutos indica que el gobierno y administración del Consorcio estará a cargo de la Asamblea General, el consejo Rector y el Presidente. En la Asamblea general, órgano superior colegiado del consorcio (artículo 10 de los estatutos) máximo órgano de gobierno y administración la participación es mayoritariamente privada, en un 60%, correspondiendo según su porcentaje de participación cuatro vocales al Ayuntamiento de Calpe, tres vocales a la Asociación de hostelería de Calpe, dos vocales por la Asociación de agencias inmobiliarias y un vocal por la Asociación de comerciantes.

Como órgano de gobierno y dirección el consejo rector está compuesto por dos representantes del Ayuntamiento, Presidente y Vicepresidente, y por tres vocales de las demás entidades consorciadas. La presidencia que ostenta la representación legal del consorcio, entre otras funciones, corresponde, en virtud de los estatutos, a una de las personas designadas por el Ayuntamiento de Calpe, así como la Vicepresidencia.

Efectivamente, como se puede comprobar, no se cumple la condición tercera para la incardinación del consorcio como poder adjudicador.

Finalmente, hemos cuestionado incluso la pertenencia del consorcio sometido a examen al sector público local. En este punto traemos a colación el Real Decreto 1463/2007, de 2 de noviembre, por el que se aprueba el reglamento de desarrollo de la Ley 18/2001, de 12 de diciembre, de Estabilidad Presupuestaria, en su aplicación a las entidades locales según dispone en su artículo 2, relativo al alcance subjetivo del inventario de entes del sector público local:

...

“f) Los consorcios que las entidades locales hayan podido constituir con otras administraciones públicas para fines de interés común o con entidades privadas que persigan fines de interés general, siempre que la participación de la o las entidades locales en dichos Consorcios sea mayoritaria, o bien que en caso de igualdad de participación con otras entidades que no sean de carácter local, se cumpla alguna de las siguientes características:

Que la o las entidades locales dispongan de mayoría de votos en los órganos de gobierno.

Que la o las entidades locales tengan facultades para nombrar o destituir a la mayoría de los miembros del órgano de gobierno.”

...

En consecuencia no cabe sino concluir que en el consorcio objeto de la consulta no se dan las características y requisitos establecidos en el artículo 3.3 del TRLCSP, principalmente porque no puede considerarse que su finalidad persiga satisfacer necesidades de interés general y porque tampoco dispone de la mayoría de votos en los órganos de gobierno ni puede nombrar o destituir una mayoría de miembros de dichos órganos.

No obstante, además de los contratos subvencionados sujetos a regulación armonizada de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 17 del TRLCSP, a los que ya nos hemos referido, debe tenerse en cuenta la siguiente consideración que afectan los contratos adjudicados por el Consorcio que estén subvencionados con fondos públicos:

Las subvenciones que pueda conceder el Ayuntamiento o cualquier otra Administración Pública al Consorcio se encuentran reguladas con carácter básico en la Ley 38/2003, de 17 de noviembre, General de Subvenciones, de acuerdo con lo establecido en su artículo 3. Cuando la subvención concedida al consorcio comporte la posibilidad de que éste a su vez contrate o subcontrate a terceros la actividad o prestación subvencionada, la Administración concedente puede y debe establecer las condiciones en las que dichos contratos deberán adjudicarse y celebrarse, respetando los principios antes indicados así como lo dispuesto en la mencionada Ley 38/2003. Asimismo el art. 31.1 de la citada Ley General de Subvenciones dispone que cuando el gasto subvencionable supere determinadas cuantías, el beneficiario de la subvención, deberá solicitar como mínimo tres ofertas de diferentes proveedores, con las salvedades que se establecen en la norma, y que “la elección entre las ofertas presentadas, que debe aportarse en la justificación, o en su caso, en la solicitud de subvención, se realizará conforme a criterios de eficiencia y economía, debiendo justificarse expresamente en una memoria, cuando no recaiga en la propuesta económica más ventajosa.

Dicho lo anterior nada obsta a que dada la mayor aportación de recursos públicos y la integración del Ayuntamiento, como entidad consorciada aunque de forma minoritaria, ostentando su presidencia y representación, el propio consorcio quiera someterse a los principios básicos de transparencia, publicidad y libre concurrencia, debiendo ser los estatutos los que regulen en cualquier caso las reglas que rijan la contratación del consorcio.



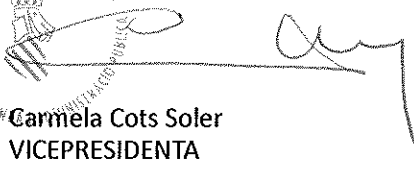
CONCLUSIONES

PRIMERA.- Vistas las consideraciones expuestas a lo largo del presente informe es necesario concluir que el CONSORCI CALPE TOURISM, no estaría sometido a la legislación de contratos del sector público a excepción de los contratos que celebre en los que medie subvención pública, siempre que se den los requisitos señalados en el artículo 17 del Texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público. De otra parte, se deberá cumplir con lo establecido en la Ley 38/2003, de 17 de noviembre General de Subvenciones en cuanto le sea de aplicación a los contratos que celebre y para los que haya subvención pública, debiendo estarse al principio de buena administración de los recursos públicos.

SEGUNDA.- Dicho lo anterior nada obsta a que, dada la mayor aportación de recursos públicos y la integración del Ayuntamiento como entidad consorciada aunque de forma minoritaria, ostentando su presidencia y representación, el propio consorcio quiera someterse a los principios básicos de la contratación pública, siendo los estatutos los que regulen en cualquier caso las reglas que rijan la contratación del consorcio.

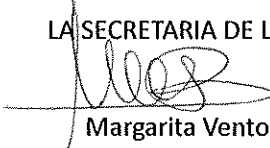
El presente Informe se emite al amparo de lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto 79/2000, de 30 de mayo, del Gobierno Valenciano, por el que se crea la Junta Superior de Contratación Administrativa de la Generalitat Valenciana, y no tendrá carácter vinculante. Por tanto, el órgano consultante podrá adoptar su decisión ajustándose o apartándose del criterio de la Junta, con la obligación de motivar su decisión en este último caso.

EL PRESIDENTE DE LA JUNTA
(Por sustitución, Art. 1.a) Orden de
11 de junio de 2001, DOGV 17/07/2001)


Carmela Cots Soler
VICEPRESIDENTA

(Circular stamp: GENERALITAT VALENCIANA, CONSORCI CALPE TOURISM, CONTRATACION PUBLICA)

LA SECRETARIA DE LA JUNTA


Margarita Vento Torres

APROBADO POR LA JUNTA SUPERIOR DE
CONTRATACIÓN ADMINISTRATIVA, en fecha 29
de julio de 2013.