

FACULTAD DE DERECHO DE A CORUÑA

TRABAJO FIN DE GRADO

PRESENTADO POR STEPHANIE LORRAINE AGUIRRE GUTIÉRREZ

TUTOR: MARTA GARCÍA PÉREZ
CURSO ACADÉMICO 2012/2013



UNIVERSIDADE DA CORUÑA

SLAG

INFORME JURÍDICO EMITIDO A LA
EMPRESA ABC SOBRE LAS CUESTIONES
PLANTEADA POR LA LICITACIÓN DE
UNA PLANTA DE TRATAMIENTO DE
RESIDUOS DE LA CONSTRUCCIÓN EN EL
AYUNTAMIENTO DE X.

A Coruña

STEPHANIE LORRAINE AGUIRRE GUTIÉRREZ

FACULTAD DE DERECHO DE A CORUÑA

SLAG

ÍNDICE

I. OBJETO

II. ANTECEDENTES

III. FUNDAMENTOS DE DERECHO

1. Estudio del tipo de contrato licitado y el procedimiento de adjudicación

1.1. Tipo de contrato

1.2. Procedimiento de adjudicación

1. Exigencias autorizatorias que debe cumplir el licitador, indicativo de las licencias, permisos y/o autorizaciones necesarias para la construcción de la instalación y puesta en marcha de la actividad

2.1. Introducción

2.2. Autorizaciones ambientales

2.2.1. Autorización ambiental integrada

2.2.2. Evaluación del impacto ambiental

2.3. Licencias municipales

2.3.1. Introducción

2.3.2. Licencia de obra

2.3.3. Licencia de actividad o apertura

2.4. Permisos para la explotación de dominio público

IV. CONCLUSIONES

1. Sobre el tipo de contrato licitado y el procedimiento de adjudicación

2. Sobre los títulos habilitantes necesarios para la instalación

SLAG

I.

OBJETO

Se requiere a esta alumna para la emisión de informe jurídico sobre “Las cuestiones jurídico-administrativas planteadas por la licitación de una planta de tratamiento de residuos de la construcción en el Ayuntamiento de X” por la empresa ABC.

II.

ANTECEDENTES

Primero.- En el año 2004, el Gobierno de Galicia tomó la decisión de construir una nueva planta de tratamiento de residuos de la construcción en el Ayuntamiento de X.

Segundo.- Para el desarrollo del proyecto y la construcción de la instalación, en enero de 2008 se licita un contrato público, señalándose el procedimiento abierto como forma de adjudicación.

A la vista de los antecedentes expuestos, son de consideración los siguientes:

III.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

1. Estudio del tipo de contrato licitado y el procedimiento de adjudicación

1.1. Tipo de contrato

- De acuerdo con los datos aportados por quien encarga el informe, el contrato licitado para el desarrollo del proyecto y la construcción de la planta de tratamiento de residuos de la construcción es un contrato de obra. Se podría calificar como armonizado si superase los umbrales que establece la Directiva 2004/18/CE, concretamente 5.000.000 € para la construcción de la obra.

Tal y como así establece el art.6 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (en adelante, TRLCSP), este contrato consiste en la realización de una obra, es decir “*el resultado de un conjunto de trabajos de construcción o de*

SLAG

ingeniería civil, destinado a cumplir por sí mismo una función económica o técnica, que tenga por objeto un bien inmueble”.

- El TRLCSP clasifica los contratos de obras en los siguientes grupos: obras de primer establecimiento, obras de reparación simple, restauración o rehabilitación, obras de conservación y mantenimiento y obras de demolición.¹

En este caso es una obra de primer establecimiento, puesto que el Gobierno de Galicia decide construir una nueva planta de tratamiento de residuos de la construcción en el Ayuntamiento de X.

- El contrato es de naturaleza administrativa a tenor de lo dispuesto por el art. 19 del TRLCSP².
- El contrato es, finalmente, un contrato típico, porque está regulado con un cierto grado de detalle en la propia ley básica de contratos públicos.

1.2 Procedimiento de adjudicación

- El TRLCSP prevé tres tipos de procedimiento de adjudicación de los contratos:
 - a) El procedimiento abierto, en el cual cualquier empresario interesado puede presentar proposiciones para optar a la adjudicación del contrato.
 - b) El procedimiento restringido, en el que sólo podrán presentar proposiciones los empresarios seleccionados, previa solicitud de los mismos tras el correspondiente anuncio de adjudicación del contrato, a los que la Administración les dirija la correspondiente carta de invitación.
 - c) El procedimiento negociado, en el que la adjudicación se efectúa al empresario que elija directamente la Administración, previa consulta con varios empresarios y previa negociación directa con uno o varios candidatos de los términos del contrato.

La adjudicación de los contratos administrativos se realiza por medio de un procedimiento complejo, que comienza con una serie de actuaciones preparatorias integradas en el expediente de contratación y que culminan con la resolución que

¹ Vid art. 6.1 y 2 del TRLCSP.

² El TRLCSP en su art. 19 establece que *“Tendrán carácter administrativo los contratos siguientes, siempre que se celebren por una Administración Pública:*

- a. Los contratos de obra, concesión de obra pública, gestión de servicios públicos, suministro, y servicios, así como los contratos de colaboración entre el sector público y el sector privado. No obstante, los contratos de servicios comprendidos en la categoría 6 del Anexo II y los que tengan por objeto la creación e interpretación artística y literaria y los de espectáculos comprendidos en la categoría 26 del mismo Anexo no tendrán carácter administrativo.*
- b. Los contratos de objeto distinto a los anteriormente expresados, pero que tengan naturaleza administrativa especial por estar vinculados al giro o tráfico específico de la Administración contratante o por satisfacer de forma directa o inmediata una finalidad pública de la específica competencia de aquélla, siempre que no tengan expresamente atribuido el carácter de contratos privados conforme al párrafo segundo del artículo 20.1, o por declararlo así una Ley.”*

SLAG

aprueba los pliegos de cláusulas particulares del contrato, el sistema de adjudicación del contrato y la autorización del gasto.

- En el caso que nos ocupa, debería adjudicarse el contrato a través del procedimiento abierto, de tal forma que *“todo empresario interesado podrá presentar una proposición, quedando excluida toda negociación de los términos del contrato con los licitadores”*³.
- Dicho procedimiento se inicia mediante convocatoria directa de la licitación, a la que puede concurrir cualquier empresa que reúna las condiciones generales que se establezcan. Así pues, podrían las empresas interesadas solicitar y obtener información adicional sobre los pliegos y documentación dentro del plazo de presentación de proposiciones.
- Con respecto al plazo para la presentación de las proposiciones, para el contrato de obra y de concesión de obra pública, hay un plazo mínimo de 26 días, contados desde la publicación del anuncio del contrato.
- El contenido de las proposiciones es doble: por un lado, la documentación acreditativa de los requisitos generales de contratación, y por otro lado, la proposición en sentido estricto, en la que se contenga la oferta tanto económica como técnica.
- La valoración de las proposiciones se lleva a cabo por un órgano *ad hoc* denominado Mesa de Contratación, de composición funcional, judicial y técnica. La Mesa en acto público, deberá celebrarse antes de que transcurra un mes desde la fecha de finalización del plazo de presentación, procediéndose en dicho acto a:
 - a) calificar la documentación acreditativa de los requisitos generales de contratación;
 - b) valorar el contenido de la proposición en base a los criterios señalados en el pliego, y
 - c) formular una propuesta de adjudicación a favor del licitador mejor calificado.
- Por último, la propuesta de adjudicación se eleva al órgano de contratación, que debe resolver, acordando la adjudicación provisional en el plazo de 15 días a contar desde el siguiente al de la apertura de las proposiciones. En el caso de que en la adjudicación se hubieran tenido en cuenta criterios distintos al precio, el plazo se extenderá a dos meses.

³ Art.157 del TRLCSP.

2. Exigencias autorizatorias que debe cumplir el licitador, indicativo de las licencias, permisos y/ o autorizaciones necesarias para la construcción de la instalación y puesta en marcha de la actividad

2.1. Introducción

Para llevar a cabo esta instalación se requerirán diversos tipos de permisos de naturaleza y finalidad diversa:

- Autorizaciones ambientales:
 - autorización ambiental integrada
 - evaluación de impacto ambiental
- Licencias municipales:
 - licencia de obra
 - licencia de actividad o apertura
- Permisos para la explotación de dominio público, en su caso.

La presencia de varios tipos de permisos obliga a tener en cuenta las siguientes consideraciones preliminares:

- Habrá que atender a la normativa ambiental, urbanística y de dominio público para determinar los órganos competentes para otorgar uno de los permisos:
 - a) Corresponde otorgar las autorizaciones ambientales a la Administración autonómica, de acuerdo con lo dispuesto en la Ley 16/2002⁴.
 - b) El otorgamiento de las licencias urbanísticas corresponde a los Ayuntamientos, de acuerdo con lo dispuesto en la Ley de Bases de Régimen Local y la Ley 9/2002⁵.
 - c) La concesión de ocupación del dominio público si fuese necesaria, se otorgaría, conforme a la normativa reguladora de cada espacio de dominio público, por la Administración que sea titular del mismo, tal y como recoge el art. 196.1 de la Ley 9/2002⁶.

⁴ Ley 16/2002, de prevención y control integrados de la contaminación.

⁵ El art.2 de la Ley 1/1998, Reguladora de las Bases de Régimen Local, dispone:

“1. El Alcalde es el Presidente de la Corporación y ostenta las siguientes atribuciones:

q. El otorgamiento de las licencias, salvo que las leyes sectoriales lo atribuyan expresamente al Pleno o a la Junta de Gobierno Local”.

⁶ El art.196.1 de la Ley 9/2002, de Ordenación Urbanística y Protección del Medio Rural de Galicia, establece: *“cuando los actos de edificación y uso del suelo y del subsuelo fuesen realizados en terrenos de dominio público, se exigirá también licencia municipal, sin perjuicio de las autorizaciones o concesiones que sea pertinente otorgar por parte de la organización jurídico-pública titular del dominio público. La falta de autorización o concesión demanial o su denegación impedirá al particular obtener la licencia y al órgano competente otorgarla”.*

SLAG

- La Ley 9/2002 regula la prelación de los títulos ambientales sobre los urbanísticos, al disponer en su art. 196.3 que *“en el supuesto de que los actos de edificación y uso del suelo y del subsuelo sujetos a licencia urbanística requirieran previa evaluación de impacto ambiental, no se podrá otorgar la licencia municipal con anterioridad a la declaración de impacto o efectos ambientales dictada por el órgano ambiental competente, o cuando hubiera sido negativa o se incumplieran las medidas correctoras determinadas en la misma.”*

2.2. Autorizaciones ambientales

2.2.1. Autorización ambiental integrada

- La instalación de esta planta de tratamiento de residuos es una actividad que se engloba dentro de los supuestos que menciona el anexo 1 de la ley 16/2002, de prevención y control integrados de la contaminación. Por lo tanto, se requiere para llevar a cabo esta actividad autorización ambiental integrada, cuya finalidad consiste en evitar, o al menos reducir la contaminación de la atmósfera, el agua y el suelo, para alcanzar un nivel elevado de protección del medio ambiente en su conjunto. Es decir, mejorar la protección del medio ambiente reduciendo la contaminación.
- A través de un procedimiento integrado se trata de simplificar, coordinar e integrar determinados procedimientos y actos de intervención administrativa ambiental en un único acto. En un permiso único se establecen las condiciones ambientales para el inicio o continuidad de las actividades industriales contempladas en su ámbito de aplicación. Por su carácter integrado, el procedimiento de autorización exige la plena coordinación administrativa de los organismos implicados en su concesión, unificando y sustituyendo un conjunto de autorizaciones ambientales existentes hasta la fecha.
- Tal y como establecen los artículos 11.2 y 3 de la Ley 16/2002, el otorgamiento de la autorización ambiental integrada, así como su modificación, ha de preceder a las demás autorizaciones que sean obligatorias.
- El procedimiento de otorgamiento de la autorización ambiental integrada se iniciará con la solicitud presentada por el licitador ante la Dirección General de Calidad y Evaluación Ambiental de la Consellería de Medio Ambiente y Desarrollo Sostenible,⁷ por cualquiera de los medios previstos en el régimen general de la Ley 30/1992 en su art.38.4.⁸ A dicha solicitud deberá acompañarse:

⁷ El artículo 13 de la Ley 16/2002 establece que *“la solicitud de autorización ambiental integrada se presentará ante el órgano designado por la Comunidad Autónoma en cuyo ámbito territorial se ubique la instalación, sin perjuicio de lo establecido en el artículo 38.4 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común. En tanto no se produzca una designación específica por parte de la Comunidad Autónoma, la solicitud se presentará en el órgano de dicha Administración que ostente las competencias en materia de medio ambiente.*

⁸ El art.38.4 de la Ley 30/1992, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, establece lo siguiente:

“Las solicitudes, escritos y comunicaciones que los ciudadanos dirijan a los órganos de las Administraciones públicas podrán presentarse:

a. En los registros de los órganos administrativos a que se dirijan.

SLAG

- El proyecto básico, con la inclusión mínima de los contenidos señalados en el art. 12 de la Ley 16/2002⁹.
- Informe del Ayuntamiento de X que contenga y declare la compatibilidad del proyecto con la ordenación urbanística y protección del medio rural.
- Determinación de los datos que gocen de confidencialidad para el solicitante.
- Documentación acreditativa del cumplimiento de requisitos exigidos por la legislación sectorial (seguros obligatorios).
- Información determinada por la normativa de aplicación en función de esta actividad.

-
- b. *En los registros de cualquier órgano administrativo, que pertenezca a la Administración General del Estado, a la de cualquier Administración de las Comunidades Autónomas, a la de cualquier Administración de las Diputaciones Provinciales, Cabildos y Consejos Insulares, a los Ayuntamientos de los Municipios a que se refiere el artículo 121 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las Bases del Régimen Local, o a la del resto de las entidades que integran la Administración Local si, en este último caso, se hubiese suscrito el oportuno convenio.*
 - c. *En las oficinas de Correos, en la forma que reglamentariamente se establezca.*
 - d. *En las representaciones diplomáticas u oficinas consulares de España en el extranjero.*
 - e. *En cualquier otro que establezcan las disposiciones vigentes.”*

⁹ El art. 12.1.a de la Ley 16/2002 dispone lo siguiente:

“La solicitud de la autorización ambiental integrada contendrá, al menos, la siguiente documentación, sin perjuicio de lo que a estos efectos determinen las Comunidades Autónomas:

- a. *Proyecto básico que incluya, al menos, los siguientes aspectos:*
 - o *Descripción detallada y alcance de la actividad y de las instalaciones, los procesos productivos y el tipo de producto.*
 - o *Documentación del correspondiente medio de intervención administrativa en la actividad de los ciudadanos requerido por parte de las Administraciones Públicas competentes que habilite para la realización de actividades clasificadas como molestas, insalubres, nocivas o peligrosas, así como la contenida en las disposiciones autonómicas que resulten de aplicación, sin perjuicio de lo establecido en el apartado 2 del artículo 29.*
 - o *En caso de modificación sustancial de una instalación ya autorizada, la parte o partes de la misma afectadas por la referida modificación.*
 - o *Estado ambiental del lugar en el que se ubicará la instalación y los posibles impactos que se prevean, incluidos aquellos que puedan originarse al cesar la explotación de la misma.*
 - o *Recursos naturales, materias primas y auxiliares, sustancias, agua y energía empleadas o generadas en la instalación.*
 - o *Fuentes generadoras de las emisiones de la instalación.*
 - o *Tipo y cantidad de las emisiones previsibles de la instalación al aire, a las aguas y al suelo, así como, en su caso, tipo y cantidad de los residuos que se vayan a generar, y la determinación de sus efectos significativos sobre el medio ambiente.*
 - o *Tecnología prevista y otras técnicas utilizadas para prevenir y evitar las emisiones procedentes de la instalación o, y si ello no fuera posible, para reducirlas.*
 - o *Medidas relativas a la prevención, reducción y gestión de los residuos generados.*
 - o *Sistemas y medidas previstos para reducir y controlar las emisiones y los vertidos.*
 - o *Las demás medidas propuestas para cumplir los principios a los que se refiere el artículo 4 de la Ley.*
 - o *Un breve resumen de las principales alternativas estudiadas por el solicitante, si las hubiera.”*

SLAG

- Resumen no técnico de todos los documentos e indicaciones anteriormente citados para que el trámite de información pública sea más efectivo.
- Estudio de impacto ambiental.

Una vez finalizado el trámite de información pública, se remitirá el expediente y también los escritos de alegaciones y demás observaciones, a los distintos órganos con competencias sectoriales que deban informar. En caso de falta de solicitud de informe o de una solicitud defectuosa el efecto será, con carácter general la anulación del acto sin perjuicio de poder ser subsanado. Sin embargo, de acuerdo con el art. 83 de la Ley 30/1992, la falta de emisión de informe por el órgano competente permitiría continuar el procedimiento y las actuaciones.

El plazo para la emisión de los informe será de 6 meses y, una vez transcurrido dicho plazo sin emitirse el informe, 1 mes más con carácter urgente.

El conjunto del expediente tramitado hasta el momento deberá ser objeto de audiencia de los interesados debiendo ajustarse al régimen general contemplado en el art. 84 y ss. de la Ley 30/1992.

- El otorgamiento de la autorización ambiental integrada habilita la construcción o explotación de unas instalaciones desde el sector de la protección de medio ambiente y salud de las personas, con condiciones que garanticen esa protección y salud. Además la autorización ambiental integrada podrá contener medidas complementarias precisas para el cumplimiento de las normas de calidad ambiental, declaración de impacto ambiental o figura exigible, cuando fuere necesario y condiciones preventivas y de control necesarias en materia de accidentes graves en los que intervengan sustancias peligrosas.
- La resolución que ponga fin a este procedimiento deberá dictarse en un máximo de 10 meses desde que se presenta la solicitud. Transcurrido el plazo sin haberse dictado Resolución, la misma se entenderá desestimada. Esta resolución deberá ser objeto de notificación y publicidad, deberá notificarse a los interesados, que en este caso es el licitador y al Ayuntamiento X.

La Administración autonómica de Galicia deberá publicar en el DOGA dicha resolución, poniendo a disposición del público el contenido completo de la decisión, así como una memoria con los motivos y consideraciones de la resolución, así como información del proceso de participación.

2.2.2 Evaluación del impacto ambiental

- Para la construcción de la planta de tratamiento de residuos del Ayuntamiento de X, será necesaria la evaluación del impacto ambiental. Es ésta una técnica de protección admitida actualmente como el instrumento más importante para la conservación de los recursos naturales y la defensa del medio ambiente.

SLAG

- De acuerdo con lo dispuesto en el Decreto 442/1990, de 13 de septiembre de 1990, de Evaluación de Impacto Ambiental se someten a evaluación del impacto ambiental los proyectos públicos y privados consistentes en la realización de obras, instalaciones o cualquier otra actividad comprendida en el anexo I del Decreto, cuya realización y/o autorización corresponda a la Administración de la Xunta de Galicia¹⁰. Además estos proyectos requerirán un estudio y una evaluación de impacto ambiental que deberá contener unos aspectos y determinaciones básicas¹¹.
- La Secretaría General de la Comisión Gallega del Medio Ambiente será la encargada de realizar las funciones de la tramitación administrativa de los expedientes y también de la elaboración de los informes técnicos que le requiera la Comisión Gallega del Medio Ambiente de la Consellería de la Presidencia y Administración Pública¹².
- El promotor de la obra, junto al proyecto, deberá presentar el estudio de impacto ambiental, ante la Secretaría General de la Comisión Gallega del Medio Ambiente, quien lo remitirá seguidamente al órgano sustantivo, que se estime procedente por razón de materia.

A continuación, el órgano sustantivo procederá a someter el estudio de impacto ambiental al trámite de información pública durante treinta días hábiles, y a recabar los informes complementarios que considere oportunos.

El estudio de impacto será expuesto al público en las oficinas correspondientes del órgano sustantivo, previo anuncio en el «Diario Oficial de Galicia».

Con carácter previo a la resolución administrativa que se adopte para la autorización de la obra, el órgano sustantivo remitirá el expediente al órgano administrativo del medio ambiente, pudiendo acompañar una propuesta de declaración de impacto ambiental.

Una vez recibido el expediente por el órgano ambiental, el mismo en el plazo de sesenta días formulará la declaración de impacto ambiental que determinará, a efectos ambientales, la conveniencia o no de realizar el proyecto, y en caso afirmativo fijará las condiciones en que debe realizarse.

¹⁰ Vid art. 1 del Decreto 442/1990.

¹¹ Vid. art. 3 del Decreto 442/1990.

¹² El art.2 del Decreto 442/1990 establece : “corresponderán a la Secretaría General de la Comisión Gallega del Medio Ambiente las funciones de la tramitación administrativa de los expedientes en ámbito de su competencia y de la elaboración de los informes técnicos que le requiera la comisión.”

2.3. Licencias municipales

2.3.1. Introducción

- La licencia administrativa es un acto de autorización declarativo de derechos con control previo. Supone una remoción de obstáculos para el ejercicio de un derecho previo.

La concesión de esta licencia determina el nacimiento de un derecho para su ejercicio, una vez comprobado que los intereses públicos protegidos por el Ente autorizante no sufrirán en el caso de ejercicio concreto del poder.

Por lo tanto, el acto administrativo de intervención de naturaleza declarativa en el que consiste la licencia contiene un doble comportamiento. En primer lugar, se impide el ejercicio puramente voluntario de cualquier derecho del particular afectado y, en segundo lugar, se comprueba si el derecho cuyo ejercicio se pretende realmente preexiste y su ejercicio se va a desarrollar de acuerdo con la legalidad vigente.

- Su otorgamiento es de carácter reglado, pues sólo cabría su denegación si lo pretendido infringiese la normativa vigente; de lo contrario su otorgamiento deviene obligatorio. Porque la finalidad de la licencia no es otra que comprobar la conformidad de lo que se solicita en la misma con el ordenamiento jurídico aplicable.

2.3.2. Licencia de obra

- De conformidad con lo dispuesto por el art.195.3 de la Ley 9/2002, de Ordenación urbanística y protección del medio rural de Galicia para la realización de esta instalación será necesaria la licencia de obra. Entre la documentación que debe presentarse junto con la solicitud de la licencia, cabe destacar el proyecto técnico al que alude el art.195.3 de la Ley 9/2002¹³.
- La licencia de obra es un acto típico de autorización reglada al que se llega mediante el control previo de la actuación proyectada o a realizar por el interesado y por el que se habilita a éste para ejercitar un poder que ya le pertenece. Además, constituye un acto de control cuyo objeto consiste en verificar que el ejercicio de un poder es, en este caso, concreto, pertinente y adecuado en relación con los intereses generales que la Administración autorizante debe tutelar conforme a la Ley.
- El Proyecto deberá reflejar los datos que definen las obras en los aspectos urbanísticos y de seguridad y, en cuanto técnico, deberá venir autorizado por el profesional adecuado y competente, que es así como presta la garantía de su formación.

¹³El art.195.3 Da La Ley 9/2002 establece: “*las solicitudes de licencias que se refieran a ejecución de obras o instalaciones deberán acompañarse de proyecto técnico completo redactado por técnico competente, con ejemplares para cada uno de los organismos que hayan de informar la solicitud*”.

- El control de legalidad que lleva a cabo la Administración y en el cual consiste esta licencia, comprende el examen de la competencia del técnico que firma el proyecto, además de las características urbanísticas de la actuación que señale la legislación urbanística aplicable, que en este caso es la Ley 9/2002, y las condiciones de seguridad salubridad y estética adecuadas a su emplazamiento. Sin embargo es importante tener presente que esta licencia que emite el Ayuntamiento de X sobre la competencia del técnico que firma los proyectos no puede confundirse con el visado del Colegio Profesional. Como ha declarado el TS, ni el visado colegial puede sustituir dicho juicio ni puede admitirse una inhibición de la Administración en esta materia, lo que supondría la falta de garantía que se pretende con la exigencia del Proyecto Técnico.

2.3.3. Licencia de actividad o apertura

- La licencia de actividad y funcionamiento es una licencia que por su naturaleza no se agota en el acto de su concesión, sino que la Administración ha de continuar interviniendo la actividad durante el desenvolvimiento de la misma en orden a impedir y garantizar el mantenimiento de su inocuidad, y caso contrario, para adoptar y hacer adoptar las medidas necesarias, incluido el cese de la misma.

Es decir, esta licencia no se limita al mero control y autorización de las instalaciones en cada caso necesarias, sino que se proyecta hacia el futuro para condicionar de modo continuado el funcionamiento de la actividad que se autoriza. Por lo tanto, se trata de una autorización operativa, cuya virtualidad no se agota en el control preventivo que la Administración efectúa en el acto de licencia.

- El control administrativo se extiende para verificar materialmente, mediante la correspondiente comprobación, efectuada antes de dar comienzo a la actividad autorizada, primero, el cumplimiento efectivo de las condiciones fijadas en la licencia y, después, a lo largo de todo el desarrollo de la actividad, el funcionamiento adecuado de la misma en las condiciones precisas de tranquilidad, salubridad y seguridad.
- Una de las condiciones para que se otorgue la licencia es el cumplimiento de la normativa sobre contaminación acústica. Por lo tanto, no se podrá iniciar la actividad o poner en funcionamiento esta instalación en tanto no esté comprobado por los órganos inspectores o mediante certificación expedida por empresas o entidades homologadas, que se cumple la normativa sobre contaminación acústica¹⁴.

¹⁴ La Ley 7/1997, en su art.4, dispone lo siguiente:

“5. La autoridad municipal no otorgará licencia de apertura de las instalaciones, actividades o establecimientos sometidos a lo dispuesto en la presente Ley si los proyectos presentados por los interesados no se ajustan a lo dispuesto en la misma. No se podrá iniciar la actividad o poner en funcionamiento las instalaciones en tanto que no esté comprobado, por los órganos inspectores o mediante certificación expedida por empresas o entidades homologadas, que se cumple la normativa sobre contaminación acústica”.

SLAG

- La licencia de obra y la de actividad serán objeto de una misma resolución¹⁵.

2.4. Permisos para la explotación del Dominio Público

* Si los actos de edificación y uso del suelo y subsuelo son realizados en terrenos de dominio público, también será necesario el correspondiente título habilitante para la ocupación del dominio público.

Dado el carácter fijo y permanente de las instalaciones, nos encontraremos ante una concesión de dominio público, que tendrá carácter previo a las licencias urbanísticas. La falta de esta autorización o su denegación impide al particular obtener la licencia y al órgano competente otorgarla¹⁶.

IV.

CONCLUSIONES

1. Sobre el tipo de contrato licitado y el procedimiento de adjudicación

El contrato licitado es un contrato

- administrativo,
- típico,
- de obra y
- de primer establecimiento.

El procedimiento de adjudicación es abierto.

2. Sobre los títulos necesarios para la instalación

¹⁵ De acuerdo con lo dispuesto en el art.196.2 de la Ley 9/2002 “*los supuestos que exijan licencia de actividad clasificada o de apertura y, además, licencia urbanística serán objeto de una sola resolución, sin perjuicio de la formación y tramitación simultánea de piezas separadas para cada intervención administrativa.*”

¹⁶ El art.196.1 de la ley 9/2002 establece: “*cuando los actos de edificación y uso del suelo y del subsuelo fuesen realizados en terrenos de dominio público, se exigirá también licencia municipal, sin perjuicio de las autorizaciones o concesiones que sea pertinente otorgar por parte de la organización jurídico-pública titular del dominio público. La falta de autorización o concesión demanial o su denegación impedirá al particular obtener la licencia y al órgano competente otorgarla.*”

SLAG

Para llevar a cabo la construcción de la planta de tratamiento de residuos de la construcción en el Ayuntamiento de X se requerirán los siguientes títulos:

- Autorización ambiental integrada que incorporará la evaluación de impacto ambiental.
- Licencias municipales de obra y de actividad o apertura.
- Permisos para la explotación de dominio público, en el caso de que la instalación se realice en terrenos de dominio público.

Este es mi informe que someto a cualquier otro mejor fundado en Derecho. En A Coruña, a 10 de enero de 2013.

Fdo.: Stephanie Lorraine Aguirre Gutiérrez

SLAG

INFORME JURÍDICO EMITIDO A LA
EMPRESA ABC SOBRE LOS
ASPECTOS JURÍDICOS PARA LA
CESIÓN Y UTILIZACIÓN DE LA
PLANTA DE TRATAMIENTO DE
RESIDUOS DE LA CONSTRUCCIÓN
DE X.

A Coruña

STEPHANIE LORRAINE AGUIRRE GUTIÉRREZ

FACULTAD DE DERECHO DE A CORUÑA

SLAG

ÍNDICE

- I. OBJETO**
 - II. ANTECEDENTES**
 - III. FUNDAMENTOS DE DERECHO**
 - 1. Cuestiones jurídicas que deben tenerse en cuenta para efectuar la cesión de la instalación**
 - 1.1. Introducción**
 - 1.2. La cesión de la instalación**
 - 1.3. Competencia**
 - 1.4. Posibles conflictos que puedan surgir**
 - 2. Posibilidades o alternativas para la gestión directa o indirecta de la planta**
 - 2.1. Introducción**
 - 2.2. Gestión directa**
 - 2.2.1. La gestión por la propia entidad pública**
 - a) sin organización especializada**
 - b) con organización especializada**
 - 2.2.2. La gestión mediante la creación de un organismo autónomo local**
 - 2.2.3. La gestión mediante entidad pública empresarial local**
 - 2.2.4. La sociedad de capital íntegramente público**
 - 2.3. Gestión indirecta**
 - 2.3.1. La concesión**
 - 2.3.2. La gestión interesada**
 - 2.3.3. El concierto**
 - 2.3.4. Sociedad mercantil mixta**
- IV. CONCLUSIONES**
 - 1. Sobre las cuestiones jurídicas que deben tenerse en cuenta para efectuar la cesión de la instalación**
 - 2. Sobre las posibilidades o alternativas para la gestión directa o indirecta de la planta**

SLAG

I.

OBJETO

Se requiere a esta alumna para la emisión de informe jurídico sobre “Aspectos jurídicos para la cesión y utilización de la planta de tratamiento de residuos de la construcción de X”.

II.

ANTECEDENTES

Primero.-En el año 2004, el Gobierno de Galicia tomó la decisión de construir una nueva planta de tratamiento de residuos de la construcción en el Ayuntamiento de X.

Segundo. El 30 de noviembre de 2009, una vez ya construida la instalación, la Administración autonómica de Galicia decide ceder la propiedad de la instalación al Ayuntamiento de X.

Tercero. La Administración autonómica pretende que el Ayuntamiento de X se encargue de la gestión de la planta de tratamiento de residuos de la construcción.

A la vista de los antecedentes expuestos, son de consideración los siguientes:

III.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

1. Cuestiones jurídicas que deben tenerse en cuenta para efectuar la cesión de la instalación

1.1. Introducción

La cuestión jurídica que se plantea exige partir de dos ideas claras: la primera, la consideración de bien patrimonial de la instalación; la segunda, el concepto de cesión en nuestro ordenamiento jurídico.

En relación con la naturaleza jurídica de la instalación construida, debe afirmarse que es un bien patrimonial de la Comunidad Autónoma de Galicia.

De acuerdo con la calificación de patrimonio, son bienes patrimoniales los derechos de arrendamiento, los valores, títulos representativos de acciones y participaciones en el capital de las sociedades mercantiles, las obligaciones que éstas emitan, los derechos de propiedad incorporal y cualquier otro que no tenga atribuida la categoría de demanial u otra específica. Estos bienes están sometidos a los principios de las Administraciones Públicas y supletoriamente al Derecho Privado.

Por su parte, el negocio jurídico que pretende llevarse a cabo sobre la instalación es de cesión. La cesión puede tener por objeto la propiedad de un bien o derecho o sólo su uso. En ambos casos, llevará aparejada para el cesionario la obligación de destinar los bienes al fin expresado en el correspondiente acuerdo. Adicionalmente, esta transmisión podrá sujetarse a condición, término o modo, que se regirán por lo dispuesto en el Código Civil.

1.2. La cesión de la instalación.

SLAG

Se pretende la cesión del derecho de propiedad sobre la instalación y de la explotación de la planta de tratamiento de residuos de X.

Para ello habrá que celebrar un contrato de cesión, que se registrará por la Ley 33/2003, de patrimonio de las Administraciones Públicas y por la Ley 5/2011, del patrimonio de la Comunidad Autónoma de Galicia.

A tenor de la citada normativa el contrato de cesión de esta instalación deberá estar sujeto al principio de libertad de pactos. La Administración autonómica de Galicia para la consecución del interés público, podrá concertar este negocio jurídico y cualquier otro que estimase conveniente y también podrá, en su caso, estipular las cláusulas y condiciones que considere necesarias siempre y cuando no sean contrarias al ordenamiento jurídico o a los principios de buena administración.¹

Así pues, la cesión de la propiedad de esta instalación es gratuita y por ello ha de formalizarse en documento administrativo, que será título suficiente para su inscripción en el registro de la propiedad.²

Para que sea válida la cesión de la propiedad de la instalación se ha de cumplir el requisito que establece el art.82.4 de la Ley del patrimonio de la Comunidad Autónoma de Galicia. Requisito que se cumple ya que el Ayuntamiento de X es una entidad local.³

1.3. Competencia.

La persona titular de la consejería competente en materia de patrimonio es la encargada de la cesión de los bienes inmuebles o derechos reales de la Administración general de la Comunidad Autónoma de Galicia.⁴ Así pues, será la Xunta de Galicia la que se encargue de realizar el contrato de cesión de la instalación al Ayuntamiento de X.

2. Posibilidades o alternativas para la gestión directa o indirecta de la planta

2.1 Introducción.

Los bienes y derechos patrimoniales deben someterse a una eficaz administración, con la finalidad de obtener de ellos el mayor provecho económico y rentabilidad social. Así pues, la legislación de Patrimonio de las Administraciones Públicas sujeta su gestión a los principios de eficiencia y economía en su gestión, eficacia y rentabilidad en su explotación,

¹ La Ley 5/2011 del patrimonio de la Comunidad Autónoma de Galicia dispone en su art.47.1 lo siguiente: *“los contratos, convenios y demás negocios jurídicos sobre los bienes y derechos patrimoniales están sujetos al principio de libertad de pactos. La administración pública puede, para la consecución del interés público, concertar los negocios jurídicos previstos en el presente título, así como aquellos otros que estimase conveniente, además de estipular las cláusulas y condiciones precisas, siempre que todos ellos no fueran contrarios al ordenamiento jurídico o a los principios de buena administración.*

² El artículo 48.2 de la Ley 5/2011 establece que: *“las cesiones gratuitas de bienes inmuebles o derechos reales se formalizarán en documento administrativo, que será título suficiente para su inscripción en el registro de la propiedad cuando el cesionario sea otra administración pública, con arreglo a lo establecido por la legislación general de patrimonio de las administraciones públicas.*

³ El art.82.4 de la Ley 5/2011, de Patrimonio de la Comunidad Autónoma de Galicia, dispone que: *“cuando la cesión tuviese por objeto la propiedad de bienes inmuebles o derechos reales, solo podrán ser cesionarios el Estado y las entidades locales.”*

⁴ El art.83.1 de la Ley 5/2001 dice así: *“la cesión de bienes inmuebles o derechos reales de la Administración general de la Comunidad Autónoma de Galicia corresponderá a la persona titular de la consejería competente en materia de patrimonio.”*

SLAG

optimización en su utilización y rendimiento, y, por último, con la finalidad de coadyuvar al desarrollo y ejecución de las diferentes políticas públicas en vigor y al de la política de vivienda.⁵

La actividad de prestación o de servicio público puede ser cumplida por la Administración en régimen de Derecho Público, o por medio de organizaciones privadas propias. En el primer caso, los servicios pueden prestarse tanto por gestión directa de la Administración como, indirectamente, a través de los particulares, produciéndose una privatización en el modo de gestión, pero sin que ello suponga una remisión al Derecho privado, sino justamente de Derecho Público, como es el contrato de gestión de servicio público y su forma más tradicional y habitual: la concesión administrativa.

Todos estos medios de gestión están perfectamente sistematizados en el artículo 85 de la LRBRL, que prescribe que los servicios públicos locales pueden gestionarse de forma directa o indirecta, salvo los que impliquen ejercicio de autoridad, respecto de los cuales sólo cabe su prestación en régimen de gestión directa.⁶

2.2. Gestión directa.

Las formas de gestión directa están reguladas en la Ley de Bases de Régimen Local. Además, es importante mencionar que en las formas de gestión directa se mezclan formas de Derecho Público y de Derecho Privado.

2.2.1. La gestión por la propia entidad local

a) Sin organización especializada:

En el caso de que la gestión sea asumida por la propia entidad local puede ser realizada sin tener una organización especializada para llevar a cabo dicha gestión. Esta modalidad debe ser adoptada por el Pleno del Ayuntamiento con el voto favorable de la mayoría absoluta del número legal de miembros de la Corporación, tal y como recoge el art. 47,2 k) LRBRL.

Se caracteriza porque la entidad asume su propio riesgo y se ejerce sin intermediarios, de tal forma que todos los poderes de decisión y gestión se retienen por la Corporación. Además, se utilizan funcionarios y personal laboral de la propia plantilla, cuya retribución se hace con fondos presupuestarios y este personal depende directamente en

⁵El art.8 de la Ley de Patrimonio de las Administraciones Públicas establece que: “*la gestión administración de los bienes y derechos patrimoniales por las Administraciones públicas se ajustarán a los siguientes principios:*

- a. *Eficiencia y economía en su gestión.*
- b. *Eficacia y rentabilidad en la explotación de estos bienes y derechos.*
- c. *Publicidad, transparencia, concurrencia y objetividad en la adquisición, explotación y enajenación de estos bienes.*
- d. *Identificación y control a través de inventarios o registros adecuados.*
- e. *Colaboración y coordinación entre las diferentes Administraciones públicas, con el fin de optimizar la utilización y el rendimiento de sus bienes.*

En todo caso, la gestión de los bienes patrimoniales deberá coadyuvar al desarrollo y ejecución de las distintas políticas públicas en vigor y, en particular, al de la política de vivienda, en coordinación con las Administraciones competentes.”

⁶ Vid art.85 de la Ley Reguladora de las Bases de Régimen Local.

SLAG

su actuación de los acuerdos y actos de los órganos de gobierno de la Corporación Local.⁷

b) Con organización especializada:

En este caso existe una cierta diferenciación orgánica representada por un Consejo de Administración que asume el gobierno y la gestión superior del servicio y un gerente, designado por el Presidente de la Corporación a propuesta del Consejo.⁸

Además, es necesario recalcar la existencia de un gerente, al cual se le encomienda en cierto modo la función de dirigir el servicio. A pesar de todo esto los poderes supremos los retiene el Consejo, por lo que podemos considerar éste gerente como meramente ejecutivo.

La regulación de este Consejo de Administración la encontramos en el art. 73 RS:

“1. El Consejo de Administración será nombrado por la corporación interesada, sin que exceda de cinco el número de sus miembros en los municipios de población inferior a 20000 habitantes ni de nueve en los de población superior o en los casos de provincialización, y habrán de pertenecer al mismo, como concejales o diputados, la mitad más uno de los componentes y reclutarse el resto entre las categorías a que alude el artículo 57.

El Presidente del consejo de administración será designado por el de la corporación, y el nombramiento habrá de recaer en uno de sus miembros pertenecientes a aquel.”

2.2.2. La gestión mediante la creación de un organismo autónomo local

Los Organismos autónomos se rigen por el Derecho administrativo y se les encomienda, en régimen de descentralización funcional y en ejecución de programas específicos, la realización de actividades de fomento, prestacionales o de gestión de servicios públicos.⁹

La regulación al respecto la encontramos en el art. 85 RS:

“Las Corporaciones Locales podrán realizar los servicios de su competencia dotándolos de personalidad jurídica pública en los supuestos siguientes:

- a. Cuando lo exigiere una Ley especial;*
- b. Cuando por compra, donación o disposición fundacional, en este caso con arreglo a la voluntad del fundador, adquirieren de los particulares bienes adscritos a determinado fin, y*
- c. Cuando el adecuado desarrollo de las funciones de beneficencia, de cultura o de naturaleza económica lo aconsejaren.”*

⁷ El art. 68.1 RS dispone que: *“en la gestión directa sin órgano especial, la corporación local interesada asumirá su propio riesgo y ejercerá sin intermediarios y de modo exclusivo todos los poderes de decisión y gestión, realizando el servicio mediante funcionarios de plantilla y obreros retribuidos con fondos del presupuesto ordinario.”*

⁸ Vid., art. 72 Decreto de 17 de junio de 1955, por el que se aprueba el Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales.

⁹ Vid art.45.1 Ley 6/1997, de 14 de abril, de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado, de ahora en adelante LOFAGE.

SLAG

La elección de esta forma organizativa es discrecional, al no existir ninguna regla imperativa al respecto. Por lo tanto, podemos afirmar que dicha forma organizativa puede ser utilizada para cualquiera de los servicios o actividades que puedan gestionarse de forma directa.

2.2.3. La gestión mediante entidad pública empresarial local

Los Organismos públicos se encargan de la realización de actividades prestacionales, la gestión de servicios o la producción de bienes de interés público susceptibles de contraprestación, regidas por el Derecho privado. Sin embargo las cuestiones más importantes serán reguladas por el Derecho público, como la formación de la voluntad de sus órganos, el ejercicio de las potestades administrativas que tengan atribuidas y los aspectos específicamente regulados para las mismas en la LOFAGE, en sus estatutos y en la legislación presupuestaria.

Las entidades públicas empresariales dependientes de la Administración General del Estado o vinculadas a ella y las entidades asimilables a las anteriores vinculadas a las administraciones de las comunidades autónomas y corporaciones locales sólo podrán ejercer las potestades de:

- investigar la situación de los bienes y derechos que presumiblemente pertenezcan a su patrimonio,
- deslindar en vía administrativa los inmuebles de su titularidad, recuperar de oficio la posesión indebidamente perdida sobre sus bienes y derechos, y,
- desahuciar en vía administrativa a los poseedores de los inmuebles demaniales, una vez extinguido el título que amparaba la tenencia.

En base al párrafo anterior y estableciendo un nexo de conexión con el supuesto de hecho concreto de la Planta de Tratamiento de Residuos de la Construcción, la gestión de dicha instalación no podría ser llevada a cabo mediante una entidad pública empresarial local, por no tener atribuidas competencias al respecto.¹⁰

2.2.4. La sociedad de capital íntegramente público

Es una sociedad con financiación y predominio exclusivo de la Administración pública, dotada formalmente de autonomía patrimonial y fundacional y sujeta al derecho de las sociedades mercantiles de capital. Asimismo, esta sociedad tiene el carácter de unipersonal, precisamente por ser una sociedad participada por una Administración pública.¹¹

¹⁰ Vid arts. 41.1 y 41.3 de la LPAP.

¹¹ El art. 12 del Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital (de ahora en adelante LSC) dispone lo siguiente:

“Se entiende por sociedad unipersonal de responsabilidad limitada o anónima:

- a. *La constituida por un único socio, sea persona natural o jurídica.*
- b. *La constituida por dos o más socios cuando todas las participaciones o las acciones hayan pasado a ser propiedad de un único socio. Se consideran propiedad del único socio las participaciones sociales o las acciones que pertenezcan a la sociedad unipersonal.”*

SLAG

Las sociedades de capital íntegramente público, se regulan por lo dispuesto en los apartados 1 y 2 del art. 85 ter de la LRBRL, que disponen que:

“1. Las sociedades mercantiles locales se regirán íntegramente, cualquiera que sea su forma jurídica, por el ordenamiento jurídico privado, salvo las materias en que les sea de aplicación la normativa presupuestaria, contable, de control financiero, de control de eficacia y contratación, y sin perjuicio de lo señalado en el apartado siguiente de este artículo.

2. La sociedad deberá adoptar una de las formas de sociedad mercantil de responsabilidad limitada, y en la escritura de constitución constará el capital, que deberá ser aportado íntegramente por la entidad local o un ente público de la misma.”

Esta sociedad deber tener un carácter unipersonal y, puede tener o bien la forma sociedad de responsabilidad limitada, o bien la forma de sociedad anónima.¹²

Así pues, no podrá tener la forma de sociedad comanditaria, porque ésta necesita al menos dos socios, y tampoco la forma de la Sociedad Nueva Empresa porque sólo podría acoger como socios a personas físicas.¹³

El factor determinante que resuelve la divergencia entre la elección de una forma societaria u otra es la importancia económica y patrimonial de la actividad empresarial que va a ser gestionada por la sociedad.

Además, esta sociedad está considerada como un ente instrumental o medio propio de la Administración matriz, la cual encomienda encargos y actividades de gestión de la propia Administración, las cuales no están sometidas a la legislación de contratación pública.

2.3. Gestión indirecta.

La gestión indirecta de los servicios públicos engloba una serie de figuras por las que la Administración encomienda a los particulares la prestación de servicios públicos. Por lo tanto, en estas formas de gestión es necesaria una disociación entre titularidad y gestión del servicio público. La primera ha de quedar siempre en poder de la Administración, lo que le permite, entre otros poderes, controlar la ejecución del servicio y definir las prestaciones que han de darse a los particulares. Al prestatario del servicio únicamente se le encomienda la gestión del mismo.

El TRLCAP agrupa las formas de gestión indirecta bajo la denominación común de contrato de gestión de servicios públicos¹⁴, y además, recoge en su artículo 156 las distintas formas de gestión indirecta, que son las siguientes:

¹²El art. 89.1 RS establece que: *“la gestión directa de los servicios económicos podrá serlo en régimen de empresa privada, que adoptará la forma de responsabilidad limitada o de sociedad anónima, y se constituirá y actuará con sujeción a las normas legales que regulen dichas compañías mercantiles, sin perjuicio de las adaptaciones previstas por este reglamento.”*

¹³ Vid art. 437 de la Ley de Sociedades de Capital.

¹⁴ El art. 154 del Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, establece que: *“los contratos mediante los que las Administraciones Públicas encomienden a una persona, natural o jurídica, la gestión de un servicio público se regularán por la presente Ley y por las disposiciones especiales del respectivo servicio.”*

SLAG

- Concesión.
- Gestión interesada.
- Concierto.
- Sociedad de economía mixta.

2.3.1 La concesión.

La concesión de servicios públicos ha sido una de las figuras claves de la Administración tradicional.

Por medio de la concesión se transfiere a una persona física o jurídica la gestión de un servicio, asumiendo ésta el riesgo económico de la actividad concedida. Puede comprender la construcción de una obra o instalación, soporte físico del servicio a prestar o la pura gestión del servicio, siempre y cuando, éste no exija obras o instalaciones.

La concesión permite:

- elegir los sujetos más capaces o con mayor garantías para que la indicada actividad se cumpla en el sentido que al interés público convenga;
- tasar de una manera previa y bien delimitada el contenido de las facultades de ejercicio que se transmiten, en función del objetivo social que con ello se pretende;
- imponer a la vez ese ejercicio de una manera forzosa, de tal forma que elimine la posibilidad de un no ejercicio que se juzga contrario al interés general, todo ellos bajo la fiscalización administrativa;
- reservar la posibilidad de una caducidad de los derechos otorgados.

2.3.2. La gestión interesada.

La gestión interesada es aquella forma de gestión de un servicio público en la cual el gestor, comprometido en la prestación de un servicio público, cuenta con la colaboración de la Administración y con una remuneración mínima que se concreta en una cláusula en virtud de la cual, cuando se producen beneficios por encima del mínimo asegurado, se atribuye al gestor una parte de ellos con el objeto de fomentar la prestación eficaz del servicio público encomendado.

Como el mínimo asegurado cubre habitualmente gastos de inversión y gastos de actividad. El gestor no explota a riesgo y ventura, sino que tiene siempre garantizada la retribución de sus inversores, con independencia del resultado de la gestión.

Así pues, lo que define este modo de gestión es el interés, ya que es la especial conexión que se realiza entre la Administración y el gestor que trata de conseguir no sólo el funcionamiento normal del servicio sino incluso el perfeccionamiento del mismo.

2.3.3. El concierto.

SLAG

El Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas prevé esta modalidad cuando una persona natural o jurídica venga realizando prestaciones análogas a las que son objeto del servicio público.

El concierto es un convenio o contrato, que no origina el nacimiento de una nueva persona jurídica y, además, exige que los servicios que la Corporación local contrate se encuentren ya instalados y en funcionamiento.

En el concierto se dan cita, el contratante (Corporación Local), el concertado o gestor del servicio, que podrá ser entidad pública o privada, y, por último, el beneficiario o usuario del servicio.

En virtud del contrato, la Administración podrá servirse de las instalaciones y medios del contratistas, a cambio de un precio a tanto alzado.¹⁵

2.3.4. Sociedad mixta.

Difícilmente puede considerarse como una forma de gestión indirecta o como una forma contractual. En todo caso, el art. 156.d prevé que para la gestión de algunos servicios públicos pueda crearse una sociedad en la que la Administración participe, por sí o por medio de una entidad pública, en concurrencia de personas naturales o jurídicas. Por otro lado, el art. 154.2 del TRLCAP exige que ésta participación no sea exclusiva o mayoritaria, pues en tal caso no se aplican las normas del contrato de gestión de servicios públicos.¹⁶

La sociedad mixta es una sociedad mercantil cuyo capital social sólo parcialmente pertenece a la entidad local.

Las empresas mixtas constituidas en forma de sociedad mercantil son entidades sometidas en su constitución, organización y funcionamiento interno al Derecho mercantil, sin perjuicio de escasas normas particulares de carácter administrativo en las cuales las Corporaciones participan como socios con los derechos que les son reconocidos por los estatutos y la legislación mercantil. Sin embargo cabe destacar que podrán incluirse reglas distintas a las contenidas en las leyes societarias con relación a los órganos de sociedad así como de carácter funcional.

VI.

CONCLUSIONES

¹⁵ Vid art. 156 del TRLCAP.

¹⁶ El art. 154.2 del TRLCAP dispone lo siguiente: *“no serán aplicables las disposiciones de este título a los supuestos en que la gestión del servicio público se efectúe mediante la creación de Entidades de Derecho público destinadas a este fin, ni a aquellos en que la misma se atribuya a una sociedad de Derecho privado en cuyo capital sea exclusiva la participación de la Administración o de un ente público de la misma.”*

SLAG

1.- Sobre las cuestiones jurídicas que deben tenerse en cuenta para efectuar la cesión de la instalación.

- Es objeto de cesión la propiedad de la planta de tratamiento de residuos de la construcción de X.
- Para que la Administración autonómica de Galicia pueda ceder dicha propiedad al Ayuntamiento de X, deberá celebrar un contrato de cesión.
- De acuerdo con el art.47.1 de la Ley 5/2011, el contrato de cesión de esta instalación deberá estar sujeto al principio de libertad de pactos.
- Por lo dispuesto en el art.48.2 de la Ley 5/2011, la cesión de la propiedad de esta instalación es gratuita y por ello ha de formalizarse en documento administrativo, que será título suficiente para su inscripción en el registro de la propiedad.
- Para que sea válida la cesión de la propiedad de la instalación se ha de cumplir el requisito que establece el art.82.4 de la Ley 5/2011. Requisito que se cumple ya que el Ayuntamiento de X es una entidad local.
- A tenor de lo dispuesto en el art.82.1 de la Ley 5/2001, será la Xunta de Galicia el órgano competente para celebrar el contrato de cesión.

2.- Sobre las posibilidades o alternativas para la gestión directa o indirecta de la planta.

Se recomienda al Ayuntamiento de X que opte por el modo de gestión indirecta, creando así una sociedad mixta para gestionar la planta de tratamiento de residuos. Aunque también es importante mencionar, que la otra forma más conveniente para la gestión de dicha planta sería la gestión directa, a través de una sociedad de capital íntegramente público.

Este es mi informe que someto a cualquier otro mejor fundado en Derecho. En A Coruña, a 10 de enero de 2013.

Fdo.: Stephanie Lorraine Aguirre Gutiérrez

SLAG

INFORME JURÍDICO EMITIDO A LA
EMPRESA ABC SOBRE LA
LEGALIDAD DEL ACTO DE
CREACIÓN DE LA SOCIEDAD
MERCANTIL PARA LA GESTIÓN
DEL SERVICIO PÚBLICO DE
TRATAMIENTO DE RESIDUOS DE
LA CONSTRUCCIÓN Y LA
ADJUDICACIÓN DIRECTA A LA
MISMA DEL SERVICIO

A Coruña

STEPHANIE LORRAINE AGUIRRE GUTIÉRREZ

FACULTAD DE DERECHO DE A CORUÑA

SLAG

ÍNDICE:

I. OBJETO

II. ANTECEDENTES

III. FUNDAMENTOS DE DERECHO

- 1. La naturaleza jurídica de la relación entre el Ayuntamiento X y la Sociedad Lixonon y su sometimiento al régimen de la contratación pública de la Ley de Contratos del Sector Público**
- 2. La posibilidad de que la sociedad preste sus servicios a otros entes locales a través de la firma de un convenio administrativo**
- 3. Las consecuencias de una venta de participaciones a otras entidades públicas y/ o privadas**

IV. CONCLUSIONES

- 1. Sobre la naturaleza jurídica de la relación entre el Ayuntamiento X y la Sociedad Lixonon y su sometimiento al régimen de la contratación pública de la Ley de Contratos del Sector Público**
- 2. Sobre la posibilidad de que la sociedad preste sus servicios a otros entes locales a través de una firma de un convenio administrativo**
- 3. Sobre las consecuencias de una venta de participaciones a otras entidades públicas y/ o privadas**

SLAG

I.

OBJETO

Se requiere a esta alumna para la emisión de un informe jurídico sobre “La legalidad del acto de creación de la sociedad mercantil para la gestión del servicio público de tratamiento de residuos de la construcción y la adjudicación directa a la misma del servicio de tratamiento de residuos.”

II.

ANTECEDENTES

Primero.- En el año 2010 se crea la sociedad mercantil Lixonon, 100% de capital municipal, se aprueban los estatutos de la mercantil y se nombra el Consejo de Administración.

Segundo.- El grupo de oposición pretende impugnar la creación de la entidad. Entiende que debería haberse optado por la creación de una entidad de Derecho público para la gestión de ese servicio público, en vez de por una sociedad mercantil.

A la vista de los antecedentes expuestos, son de consideración los siguientes:

III.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

1. **La naturaleza jurídica de la relación entre el Ayuntamiento de X y la Sociedad Lixonon y su sometimiento al régimen de la contratación pública de la Ley de Contratos del Sector Público**

- La sociedad Lixonon es una sociedad 100% de capital íntegramente público, que adquiere la forma de sociedad de responsabilidad limitada y que asume la gestión del servicio público del tratamiento de residuos de la construcción.

SLAG

- La sociedad mercantil podría tener la consideración de medio propio de la Administración, y la relación existente entre aquella (el ente instrumental) y ésta (ente matriz) podría ser calificada como una relación *in house*¹.

Para alcanzar esta conclusión es preciso, no obstante, hacer las siguientes consideraciones:

1ª. Con carácter general, los encargos *in house* son las prestaciones de servicios, suministros de bienes o ejecuciones de obras realizadas para una Administración o, más en general, una entidad del sector público por sus propios servicios o entidades en relación de dependencia.

2ª. La principal consecuencia de calificar una encomienda o encargo como *in house* es que las operaciones *in house* quedan fuera del ámbito de aplicación de la normativa de contratos públicos. Así se establece en el art. 4.1.n de la LCSP, que recoge la conocida “excepción *in house*” para hacer referencia a un ámbito excluido del Derecho de contratos públicos².

3ª. La razón de ser de esta excepción reside en la capacidad autoorganizativa reconocida a las Administraciones Públicas, que pueden optar por prestar por ellas mismas determinados servicios (gestión directa) o encargarlos a terceros, estos es, ofrecerla al mercado a través de los procedimientos de adjudicación propios del Derecho de contratos públicos.

La decisión de encomendar una prestación y no abrir un procedimiento de licitación público es de base discrecional, como es propio de una técnica que forma parte de la propia potestad de organización de la Administración. La orden de encomienda está sometida a los límites propios para el ejercicio de la potestad discrecional y a un control jurisdiccional pleno.

4ª. Los encargos se consideran realizados *in house* o por medios propios no solo cuando se lleven a cabo a través de los propios servicios de la Administración, sino cuando se encomienden a entidades instrumentales que reúnan ciertas condiciones, a las que se hará referencia más adelante. El elemento clave será la

¹ En el Derecho Europeo ha sido asumida de forma mayoritaria la denominación de encomiendas *in house* para referirse a las encomiendas de gestión, encargos de trabajos, ejecución a través de medios propios, etc.

² El art.4.1.n dispone que “*están excluidos del ámbito de la presente Ley los siguientes negocios y relaciones jurídicas:*

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. No obstante, los contratos que deban celebrarse por las entidades que tengan la consideración de medio propio y servicio técnico para la realización de las prestaciones objeto del encargo quedarán sometidos a esta Ley, en los términos que sean procedentes de acuerdo con la naturaleza de la entidad que los celebre y el tipo y cuantía de los mismos, y, en todo caso, cuando se trate de contratos de obras, servicios o suministros cuyas cuantías superen los umbrales establecidos en la Sección II del Capítulo II de este Título Preliminar, las entidades de derecho privado deberán observar para su preparación y adjudicación las reglas establecidas en los artículos 121.1 y 174.”

SLAG

existencia de una única voluntad, la del ente matriz, que se manifiesta en órdenes de trabajo, que son de obligado cumplimiento para el ente instrumental.

- Dicho todo lo anterior, y a la vista de lo dispuesto en el art.4.1.n) de la Ley de Contratos del Sector Público, la Sociedad Lixonon no estaría sometida al régimen de la contratación pública, siempre y cuando se cumplan las condiciones que establece el art.24.6 de la LCSP:

*“A los efectos previstos en este 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**”.*

- Reforzando esta idea, el art. 8.2 de la LCSP prevé que las disposiciones de la ley, referidas a este contrato de gestión de servicios públicos, no serán aplicables a los supuestos en los cuales la gestión del servicio público se efectúe mediante la creación de entidades de derecho público destinadas a este fin, ni a aquellos en que la misma se atribuya a una sociedad de derecho privado cuyo capital sea, en su totalidad, de titularidad pública.
- Parece claro, por tanto, que la presencia del capital privado en una sociedad instrumental eliminaría la posibilidad de que pueda verse tras la encomienda de gestión un encargo *in house*. En tal caso, y aunque la participación de capital privado fuese minoritario en la sociedad prestadora de un servicio público local, estaríamos ante un modo de gestión indirecta sujeta a la legislación de contratos.

La Sociedad Lixonon debe estar preordenada únicamente a la realización de las funciones e intereses públicos que tiene encomendado el Ayuntamiento de X que la controla. La presencia de capital privado en la sociedad, aunque fuese minoritario, distorsionaría esta exigencia.

- El TJUE ha establecido exigencias añadidas para que pueda considerarse que un ente instrumental actúe o sea considerado medio propio de la Administración. En particular, se señala que el ente matriz debe ejercer sobre el ente instrumental un *control análogo* al que el ente matriz realizaría sobre sus propios servicios. Pues bien, para que pueda presumirse la existencia de ese control, el TJUE establece que el ente matriz debe ejercer control sobre el Consejo de Administración, de modo que la toma de decisiones del ente instrumental sea en realidad la toma de decisiones del ente matriz que lo dirige y controla.
- La entidad encomendante debe, pues, ejercer una influencia potencialmente determinante en la gestión estratégica y en las decisiones importantes de la sociedad encomendada. El ente instrumental carece de “autonomía decisoria” respecto de la entidad encomendante.

SLAG

- No es suficiente que las posibilidades de control se limiten a las facultades que le otorga el derecho de sociedades a la mayoría de los accionistas; incluso en el caso de que el ente adjudicador posea el 100% de las participaciones de la sociedad. El ente matriz debe disponer de mecanismos de control especiales, que manifiesten que ejercen una influencia dominante sobre la orientación de la sociedad.
- Interesa destacar en este sentido la sentencia *Commune di Ponte Nossa*³, en la cual el Tribunal valora la existencia de mecanismos de control establecidos en los estatutos de la sociedad encomendada. El Tribunal entiende que debe tratarse de estructuras de toma de decisiones no previstas en el Derecho de sociedades, destinadas a garantizar un “control reforzado” del poder adjudicador análogo al que establece sobre sus propios servicios. El control análogo puede ser asimilado a una relación “jerárquica debilitada”, a medio cambio entre la jerarquía pura que se manifiesta entre los órganos administrativos y la autonomía propia de la naturaleza de las sociedades anónimas⁴.
- Se refleja claramente la relación de jerarquía de las relaciones *in house* entre el ente matriz y el ente instrumental, en la sentencia de la Audiencia Nacional de 26 de septiembre de 2001:

“Por lo tanto, desde su constitución y hoy por disposición expresa con rango de ley, TRASGA es un medio propio y servicio técnico de la Administración, que está obligada a realizar los trabajos que le encomienden la Administración del Estado o las Comunidades Autónomas y los organismos públicos de ellas dependientes, es decir, TRASGA es Administración Pública, que carece de autonomía para aceptar o rechazar trabajos encomendados por la Administración.”

Como conclusión, la sociedad Lixonon, 100% de capital público y presumiblemente controlada íntegramente por la Administración que la creó, puede llevar a cabo el encargo de gestión del servicio sin necesidad de someterse a las reglas de adjudicación establecidas en la LCSP.

2. La posibilidad de que la sociedad preste sus servicios a otros entes locales a través de la firma de un convenio administrativo

- Los convenios administrativos constituyen un medio de colaboración interadministrativa y un instrumento de relación convencional entre Administraciones Públicas mediante el que las partes se obligan al

³ Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 10 de septiembre de 2009.

⁴ Vid Revista REALA, nº311, pag. 244, J. José Pernas García: *La exigencia de “control análogo” en las encomiendas a medios propios*.

SLAG

cumplimiento de determinadas prestaciones. No obstante están excluidos de la LCSP⁵.

- Su regulación se encuentra en el artículo 6 de Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común⁶.
- No cabe la posibilidad de que la sociedad Lixonon preste sus servicios a otros entes locales a través de la firma de un convenio administrativo. Para afirmar esto son de consideración los siguientes hechos:
 - La sociedad Lixonon, es el ente instrumental de la relación *in house*, por lo que, a diferencia del Ayuntamiento X, no tiene potestad discrecional para decidir por sí misma ni realizar ningún tipo de convenio con otros entes, ya sean locales o privados.
 - La sociedad Lixonon únicamente ha de cumplir con el mandato y la voluntad del Ayuntamiento X, que es la gestión de la planta de tratamiento de residuos.
- En el caso de que la Sociedad Lixonon quisiera prestar sus servicios a otros entes locales, sí podría llevar a cabo contratos onerosos de prestación de

⁵ Vid art.4 de la Ley de Contratos del Sector Público.

⁶ El art. 6 de la LRJ-PAC dispone lo siguiente:

“1. La Administración General y los Organismos públicos vinculados o dependientes de la misma podrán celebrar convenios de colaboración con los órganos correspondientes de las Administraciones de las Comunidades Autónomas en el ámbito de sus respectivas competencias.

2. Los instrumentos de formalización de los convenios deberán especificar, cuando así proceda:

- a. Los órganos que celebran el convenio y la capacidad jurídica con la que actúa cada una de las partes.*
- b. La competencia que ejerce cada Administración.*
- c. Su financiación.*
- d. Las actuaciones que se acuerden desarrollar para su cumplimiento.*
- e. La necesidad o no de establecer una organización para su gestión.*
- f. El plazo de vigencia, lo que no impedirá su prórroga si así lo acuerdan las partes firmantes del convenio.*
- g. La extinción por causa distinta a la prevista en el apartado anterior, así como la forma de terminar las actuaciones en curso para el supuesto de extinción.*

3. Cuando se cree un órgano mixto de vigilancia y control, éste resolverá los problemas de interpretación y cumplimiento que puedan plantearse respecto de los convenios de colaboración.

4. Cuando los convenios se limiten a establecer pautas de orientación política sobre la actuación de cada Administración en una cuestión de interés común o a fijar el marco general y la metodología para el desarrollo de la colaboración en un área de interrelación competencial o en un asunto de mutuo interés se denominarán Protocolos Generales.

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.”

SLAG

servicios con dichos entes, pero nunca convenios administrativos. Además, estos contratos se registrarían por la Ley de Contratos del Sector Público.

3. Las consecuencias de una venta de participaciones a otras entidades públicas y/o privadas

- Según el art.85.2.A,d) de la Ley de Bases de Régimen Local, *“los servicios públicos de la competencia local podrán gestionarse mediante alguna de las siguientes formas:*
 - A. *Gestión directa:*
 - d) *Sociedad mercantil local, cuyo capital social sea de titularidad pública.”*
- Teniendo en cuenta dicho artículo, que hace referencia a la existencia de un capital social de titularidad pública, sin especificar que deba pertenecer en su totalidad o en parte al ente que la creó, debemos afirmar que, mientras la venta de participaciones se realice a otra entidad pública, la Sociedad Lixonon seguiría considerándose medio propio de la entidad matriz.
- Dicho esto, cuestión distinta es que entre en la sociedad capital privado. De acuerdo con lo dispuesto en el art.85.2. B de la LBRL *“los servicios públicos de la competencia local podrán gestionarse mediante alguna de las siguientes formas:*
 - B. *Gestión indirecta, mediante las distintas formas previstas para el contrato de gestión de servicios públicos en la Ley de Contratos del Sector Público.”*

Y el art. 277 del TRLCSP establece que *“la contratación de la gestión de los servicios públicos podrá adoptar las siguientes modalidades: ... Sociedad de economía mixta en la que la Administración participe, por sí o por medio de una entidad pública, en concurrencia con personas naturales o jurídicas.”*

Es decir, la contratación de la gestión de los servicios públicos podrá adoptar la modalidad de sociedad de economía mixta en la que la Administración participe, por sí o por medio de una entidad pública, en concurrencia con personas naturales o jurídicas.

- A la vista de lo expuesto, se entiende que si la venta de participaciones se realiza a otra entidad privada, la Sociedad Lixonon dejaría de ser una sociedad de capital íntegramente público gestionado directamente, y pasaría a gestionarse de forma indirecta mediante una sociedad mercantil mixta. En estos casos, indudablemente, la gestión del servicio ya no podría considerarse realizada por medios propios o *in house*, sino por terceros, con arreglo a las exigencias de la LCSP.

VI.

CONCLUSIONES

1. Sobre la naturaleza jurídica de la relación entre el Ayuntamiento X y la Sociedad Lixonon y su sometimiento al régimen de la contratación pública de la Ley de Contratos del Sector Público

- Se establece una relación *in house* entre el Ayuntamiento X y la Sociedad Lixonon.
- Por lo dispuesto en el art.4.1.n) de la Ley de Contratos del Sector Público, esta relación no se rige por la normativa de contratación pública y, tal y como se recoge en el art.24.6 de la misma Ley, la Sociedad Lixonon, como ente instrumental debe estar sometida a un control análogo por parte del Ayuntamiento X, y además su capital total debe ser de titularidad pública.
- En dicha relación el ente matriz es el Ayuntamiento X, mientras que, la Sociedad Lixonon es el ente instrumental.
- La Sociedad Lixonon debe cumplir con el mandato público del Ayuntamiento X, que consiste en llevar a cabo la gestión de la planta de tratamiento de residuos.

2. Sobre la posibilidad de la sociedad Lixonon preste sus servicios a otros entes locales a través de la firma de un convenio administrativo

- No cabe la posibilidad de que la sociedad Lixonon preste sus servicios a otros entes locales a través de la firma de un convenio administrativo. La sociedad Lixonon únicamente ha de cumplir con el mandato y la voluntad del Ayuntamiento X, que es la gestión de la planta de tratamiento de residuos.
- En el caso de que la Sociedad Lixonon quisiera prestar sus servicios a otros entes locales, sí podría llevar a cabo contratos onerosos de prestación de servicios que se regirían por la Ley de Contratos del Sector Público.

3. Sobre las consecuencias de una venta de participaciones a otras entidades públicas y/o privadas

- A raíz del art. 85.2.A. d) de la Ley de Bases de Régimen Local, si la venta de participaciones se realiza a otra entidad pública, la Sociedad Lixonon seguiría considerándose medio propio de la Administración y estaría sujeta a la “excepción *in house*”, por ser de capital íntegramente público.

SLAG

- Teniendo en cuenta el art.85.2.B de la LBRL y el art.277.d) del TRLCSP, se entiende que si la venta de participaciones se realiza a una entidad privada, la Sociedad Lixonon dejaría de ser una sociedad de capital íntegramente público gestionado directamente, y pasaría a gestionarse de forma indirecta mediante una sociedad mercantil mixta. En tal caso, la gestión del servicio sería considerada indirecta y estaría sometida a las reglas de la contratación pública.

Este es mi informe que someto a cualquier otro mejor fundado en Derecho. En A Coruña, a 10 de enero de 2013.

Fdo.: Stephanie Lorraine Aguirre Gutiérrez

SLAG

INFORME JURÍDICO EMITIDO SOBRE
LA LEGALIDAD DE LA ACTUACIÓN
ADMINISTRATIVA RESPECTO DE LA
MODIFICACION DE UN CONTRATO
DE CONCESIÓN DE OBRA PÚBLICA.

A Coruña

STEPHANIE LORRAINE AGUIRRE GUTIÉRREZ

FACULTAD DE DERECHO DE A CORUÑA

SLAG

ÍNDICE:

- I. OBJETO**
- II. ANTECEDENTES**
- III. FUNDAMENTOS DE DERECHO**
 - 1. Análisis de la actuación de la Administración pública**
 - 2. Posibles medios de impugnación de que dispone la empresa Sosman**
- IV. CONCLUSIONES**
 - 1. Sobre el análisis de la actuación de la Administración pública**
 - 2. Sobre los posibles medios de impugnación de que dispone la empresa Sosman**

SLAG

I.

OBJETO

Se requiere a esta alumna para la emisión de un informe jurídico sobre “La actuación de la Administración pública, con indicación expresa de los medios de impugnación de que dispone la empresa Sosman”.

II.

ANTECEDENTES

Primero.- En noviembre de 2011, la sociedad Lixonon, ha sido adjudicataria de una concesión de obra pública para la construcción y gestión de residuos sanitarios por parte de la Comunidad Autónoma X.

Segundo.- Una vez adjudicado el contrato y antes de iniciar la ejecución de obras, el órgano de contratación autonómico decide modificar parcialmente el proyecto de obra para ampliar la capacidad de las instalaciones para el tratamiento de residuos, en atención a que las estimaciones iniciales sobre el volumen anual de residuos que deben ser gestionados son erróneas. También se modifican las tarifas que podrá recibir la entidad adjudicataria por cada tonelada de residuo gestionado.

A la vista de los antecedentes expuestos, son de consideración los siguientes:

III.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

1. Análisis de la actuación de la Administración pública

- La sociedad Lixonon es adjudicataria de una concesión de obra pública para la construcción y gestión de una planta de residuos sanitarios por parte de la Comunidad Autónoma X.
- Este contrato debe formalizarse en un documento administrativo que se ajuste con exactitud a las condiciones de la licitación, constituyendo dicho documento título suficiente para acceder a cualquier registro público. El contratista también puede solicitar que el contrato se eleve a escritura pública, corriendo de su cargo los correspondientes gastos.¹

¹ El art.156 del TRLCSP dispone lo siguiente:

“1. Los contratos que celebren las Administraciones Públicas deberán formalizarse en documento administrativo que se ajuste con exactitud a las condiciones de la licitación, constituyendo dicho documento título suficiente para acceder a cualquier registro público. No obstante, el contratista podrá

SLAG

- Una vez adjudicado el contrato a la sociedad Lixonon, y, antes de iniciar la ejecución de las obras, la Administración Pública modifica de manera parcial el proyecto de obra, con la finalidad de ampliar la capacidad de las instalaciones para el tratamiento de residuos, dando por erróneas las estimaciones iniciales sobre el volumen anual de residuos que deben ser gestionados.
- De acuerdo por lo dispuesto en el art. 105 del TRLCSP los contratos del sector público sólo podrán modificarse cuando así se haya previsto en los pliegos o en el anuncio de licitación o en los casos y con los límites establecidos en el artículo 107 de la misma ley. Además, la modificación del contrato no podrá realizarse para incorporar prestaciones complementarias a las inicialmente contratadas, ampliar el objeto del contrato a fin de que pueda cumplir finalidades nuevas no contempladas en la documentación preparatoria del mismo, o incorporar una prestación susceptible de utilización o aprovechamiento independiente.²
- La modificación que sufre este contrato no está prevista en los pliegos ni en el anuncio de licitación. Para ello es importante tener presente la regulación que contiene el art. 250 del TRLCSP sobre la modificación de obra pública:

“1. El órgano de contratación podrá acordar, cuando el interés público lo exija y si concurren las circunstancias previstas en el Título V del Libro I, la modificación de la obra pública, así como su ampliación o, si concurren las circunstancias previstas en el artículo 171.b), la realización de obras complementarias directamente relacionadas con el objeto de la concesión durante la vigencia de ésta, procediéndose, en su caso, a la revisión del plan económico-financiero al objeto de acomodarlo a las nuevas circunstancias.

2. Toda modificación que afecte el equilibrio económico de la concesión se regirá por lo dispuesto en el artículo 258.”
- El contrato de concesión de obra pública deberá seguir manteniendo su equilibrio económico en los términos que fueron considerados para su adjudicación, teniendo en cuenta el interés general y el interés del concesionario. A tal fin, la Administración restablece el equilibrio económico del contrato mediante la modificación de las tarifas que podrá recibir la entidad adjudicataria por cada tonelada de residuo gestionado.³
- Conforme al art. 107 del TRLCSP, las modificaciones no previstas en los pliegos o en el anuncio de licitación solo podrán efectuarse cuando se justifique la existencia de ciertas concurrencias, entre ellas: la inadecuación de la prestación contratada para satisfacer las necesidades que pretenden cubrirse

solicitar que el contrato se eleve a escritura pública, corriendo de su cargo los correspondientes gastos. En ningún caso se podrán incluir en el documento en que se formalice el contrato cláusulas que impliquen alteración de los términos de la adjudicación.”

² Vid art. 105 del TRLCSP.

³ Vid art. 258 del TRLCSP.

SLAG

mediante el contrato debido a errores u omisiones padecidos en la redacción del proyecto o de las especificaciones técnicas.⁴

- La modificación del contrato no podrá alterar las condiciones esenciales de la licitación y adjudicación y deberá limitarse a introducir las variaciones estrictamente indispensables para responder a la causa objetiva que la haga necesaria.⁵ Teniendo en cuenta el art. 107.3 del TRLCSP se entiende que con la modificación de este contrato no se alteran dichas condiciones.⁶
- A pesar de la modificación de este contrato, se cumple con el requisito fundamental de que el objeto del contrato ha de ser determinado. Tampoco se

⁴ El art. 107.1 del TRLCSP dispone lo siguiente: “Las modificaciones no previstas en los pliegos o en el anuncio de licitación solo podrán efectuarse cuando se justifique suficientemente la concurrencia de alguna de las siguientes circunstancias:

- a. *Inadecuación de la prestación contratada para satisfacer las necesidades que pretenden cubrirse mediante el contrato debido a errores u omisiones padecidos en la redacción del proyecto o de las especificaciones técnicas.*”
- b. *Inadecuación del proyecto o de las especificaciones de la prestación por causas objetivas que determinen su falta de idoneidad, consistentes en circunstancias de tipo geológico, hídrico, arqueológico, medioambiental o similares, puestas de manifiesto con posterioridad a la adjudicación del contrato y que no fuesen previsibles con anterioridad aplicando toda la diligencia requerida de acuerdo con una buena práctica profesional en la elaboración del proyecto o en la redacción de las especificaciones técnicas.*
- c. *Fuerza mayor o caso fortuito que hiciesen imposible la realización de la prestación en los términos inicialmente definidos.*
- d. *Conveniencia de incorporar a la prestación avances técnicos que la mejoren notoriamente, siempre que su disponibilidad en el mercado, de acuerdo con el estado de la técnica, se haya producido con posterioridad a la adjudicación del contrato.*
- e. *Necesidad de ajustar la prestación a especificaciones técnicas, medioambientales, urbanísticas, de seguridad o de accesibilidad aprobadas con posterioridad a la adjudicación del contrato.*”

⁵ El art. 107.2 del TRLCSP establece que: “La modificación del contrato acordada conforme a lo previsto en este artículo no podrá alterar las condiciones esenciales de la licitación y adjudicación, y deberá limitarse a introducir las variaciones estrictamente indispensables para responder a la causa objetiva que la haga necesaria.”

⁶ El art. 107.3 del TRLCSP dispone que : “A los efectos de lo previsto en el apartado anterior, se entenderá que se alteran las condiciones esenciales de licitación y adjudicación del contrato en los siguientes casos:

- a. *Cuando la modificación varíe sustancialmente la función y características esenciales de la prestación inicialmente contratada.*
- b. *Cuando la modificación altere la relación entre la prestación contratada y el precio, tal y como esa relación quedó definida por las condiciones de la adjudicación.*
- c. *Cuando para la realización de la prestación modificada fuese necesaria una habilitación profesional diferente de la exigida para el contrato inicial o unas condiciones de solvencia sustancialmente distintas.*
- d. *Cuando las modificaciones del contrato igualen o excedan, en más o en menos, el 10 % del precio de adjudicación del contrato; en el caso de modificaciones sucesivas, el conjunto de ellas no podrá superar este límite.*
- e. *En cualesquiera otros casos en que pueda presumirse que, de haber sido conocida previamente la modificación, hubiesen concurrido al procedimiento de adjudicación otros interesados, o que los licitadores que tomaron parte en el mismo hubieran presentado ofertas sustancialmente diferentes a las formuladas.*”

SLAG

fracciona el contrato con la finalidad de disminuir la cuantía del mismo y eludir los requisitos de publicidad o los relativos al procedimiento de adjudicación.⁷

- Las modificaciones del contrato deberán formalizarse conforme a lo dispuesto en el artículo 156.⁸

2. Posibles medios de impugnación de que dispone la empresa Sosman

- La empresa Sosman podrá recurrir la modificación del contrato de concesión de obra pública conforme a lo dispuesto en el art. 40 del TRLCSP, que establece lo siguiente:

“Serán susceptibles de recurso especial en materia de contratación previo a la interposición del contencioso-administrativo, los actos relacionados en el apartado 2 de este mismo artículo, cuando se refieran a los siguientes tipos de contratos que pretendan concertar las Administraciones Públicas y las entidades que ostenten la condición de poderes adjudicadores:

- a. Contratos de obras, concesión de obras públicas, de suministro, de servicios, de colaboración entre el Sector Público y el Sector Privado y acuerdos marco, sujetos a regulación armonizada”.*

Sin embargo, en este caso no se trata de un contrato de regulación armonizada, y por lo tanto, no cabrá recurso especial.

- Tal y como se ha expuesto anteriormente, al no tratarse de un contrato de regulación armonizada, dicho contrato será susceptible de recurso administrativo ordinario:
 - Recurso de reposición, en el caso de que el órgano que dicta el acto pone fin a la vía administrativa.⁹ El plazo para interponer dicho recurso será de un mes si el acto es expreso, de lo contrario será de tres meses.¹⁰

⁷ Art. 86 del TRLCSP establece lo siguiente:

“1.El objeto de los contratos del sector público deberá ser determinado.

2. No podrá fraccionarse un contrato con la finalidad de disminuir la cuantía del mismo y eludir así los requisitos de publicidad o los relativos al procedimiento de adjudicación que correspondan.”

⁸ El art. 219 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público establece que:” *las modificaciones del contrato deberán formalizarse conforme a lo dispuesto en el artículo 156.”*

⁹ El art. 116 de la Ley 30/1992, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común dice que:

“1. Los actos administrativos que pongan fin a la vía administrativa podrán ser recurridos potestativamente en reposición ante el mismo órgano que los hubiera dictado o ser impugnados directamente ante el orden jurisdiccional contencioso-administrativo.

2. No se podrá interponer recurso contencioso-administrativo hasta que sea resuelto expresamente o se haya producido la desestimación presunta del recurso de reposición interpuesto.”

¹⁰Vid art.117 de la Ley 30/1992.

SLAG

- Recurso de alzada, si se trata de un acto que no pone fin a la vía administrativa.¹¹ El plazo para interponer este recurso será de un mes si el acto es expreso, y de tres meses, si el acto no es expreso.¹²

IV.

CONCLUSIONES

1. Sobre el análisis de la actuación de la Administración pública

- La normativa de contratos del sector público admite la modificación unilateral del contrato por parte de la Administración cuando se justifique la inadecuación de la prestación contratada para satisfacer las necesidades que pretenden cubrirse mediante el contrato debido a errores u omisiones padecidos en la redacción del proyecto o de las especificaciones técnicas.
- El contrato de concesión de obra pública debe seguir manteniendo su equilibrio económico en los términos que fueron considerados para su adjudicación, teniendo en cuenta el interés general y el interés del concesionario. De ahí que la Administración hay decidido restablecer el equilibrio económico del contrato mediante la modificación de las tarifas que podrá recibir la entidad adjudicataria por cada tonelada de residuo gestionado.
- La modificación del contrato no podrá alterar las condiciones esenciales de la licitación y adjudicación y deberá limitarse a introducir las variaciones estrictamente indispensables para responder a la causa objetiva que la haga necesaria.

2. Sobre los posibles medios de impugnación de que dispone la empresa Sosman

¹¹El art.114 de la Ley30/1992 dispone lo siguiente:

“1. Las resoluciones y actos a que se refiere el artículo 107.1, cuando no pongan fin a la vía administrativa, podrán ser recurridos en alzada ante el órgano superior jerárquico del que los dictó. A estos efectos, los Tribunales y órganos de selección del personal al servicio de las Administraciones públicas y cualesquiera otros que, en el seno de éstas, actúen con autonomía funcional, se considerarán dependientes del órgano al que estén adscritos o, en su defecto, del que haya nombrado al presidente de los mismos.

2. El recurso podrá interponerse ante el órgano que dictó el acto que se impugna o ante el competente para resolverlo.

Si el recurso se hubiera interpuesto ante el órgano que dictó el acto impugnado, éste deberá remitirlo al competente en el plazo de diez días, con su informe y con una copia completa y ordenada del expediente. El titular del órgano que dictó el acto recurrido será responsable directo del cumplimiento de lo previsto en el párrafo anterior.”

¹²Vid art. 115 de la Ley 30/1992.

SLAG

- Conforme al art.40 del TRLCSP cabría recurso especial en el caso de que el contrato fuese de regulación armonizada. No siendo este el caso, la empresa Soman podrá interponer un recurso administrativo ordinario, de reposición o alzada según el acto ponga fin o no a la vía administrativa.

Este es mi informe que someto a cualquier otro mejor fundado en Derecho. En A Coruña, a 10 de enero de 2013.

Fdo.: Stephanie Lorraine Aguirre Gutiérrez

SLAG

INFORME JURÍDICO EMITIDO A LA
EMPRESA ABC SOBRE LAS
POSIBLES RESPONSABILIDADES
PENALES EN EL ÁMBITO
LIXONON, TANTO PARA
PERSONAS FÍSICAS QUE DIRIGEN
LA EMPRESA COMO PARA LA
PERSONA JURÍDICA.

STEPHANIE LORRAINE AGUIRRE GUTIÉRREZ

FACULTAD DE DERECHO DE A CORUÑA

SLAG

ÍNDICE:

I. OBJETO

II. ANTECEDENTES

III. FUNDAMENTOS DE DERECHO

- 1. Determinar las posibles responsabilidades penales en el ámbito de Lixonon, tanto para personas físicas que dirigen la empresa como para la persona jurídica (posibles delitos cometidos y consecuencias jurídicas correspondientes).**
- 2. Determinar si una posible condena penal vulneraría el principio *ne bis in idem*, teniendo en cuenta la previa sanción administrativa impuesta por Aguas de Galicia.**

IV. CONCLUSIÓN

- 1. Sobre la determinación de las posibles responsabilidades penales en el ámbito de Lixonon, tanto para personas físicas que dirigen la empresa como para la persona jurídica (posibles delitos cometidos y consecuencias jurídicas correspondientes).**
- 2. Sobre el análisis de si una posible condena penal vulneraría el principio *ne bis in idem*, teniendo en cuenta la previa sanción administrativa impuesta por Aguas de Galicia.**

SLAG

I.

OBJETO

Se requiere a esta alumna para la emisión de un informe jurídico sobre “Las posibles responsabilidades penales en el ámbito de Lixonon, tanto para personas físicas que dirigen la empresa como para la persona jurídica”.

II.

ANTECEDENTES

Primero.- La sociedad Lixonon comienza a verter parte de sus residuos directamente al río Dos escalos.

Segundo.- El servicio de Calidade e Avalaciación Ambiental de la Consellería de Medio Ambiente, Territorio e Infraestructuras realiza una inspección a la empresa y, además se inicia el procedimiento sancionador.

Tercero.- Las muestras recogidas determinan que las aguas vertidas por la empresa Lixonon no cumplen con los parámetros establecidos en el Real Decreto 849/1986.

Cuarto.- Aguas de Galicia ordena a la empresa la corrección de las deficiencias, y el procedimiento sancionador, por infracción del art. 116.3, letra c.

Quinto.- El día 3 de marzo de 2012, agentes de la guardia civil adscritos al servicio de Protección de la Naturaleza, observaron la presencia de mortandad piscícola y turbidez de las aguas del río Trasnos, comprobando que las aguas turbias procedían del arroyo Dos escalos.

Sexto.- Los vertidos ocasionaron los siguientes perjuicios:

- Daños en la fauna piscícola (muerte de 1526 truchas, 3 anguilas y 1471 bogas) y en el medio acuático, valorados en 25.262,86 euros.
- La destrucción de las especies piscícolas que se encontraban en una piscifactoría, situada en las cercanías de la empresa Lixonon, cuya propiedad es de Martín González Campos. Estos daños derivados de la pérdida de tales especies fueron valorados en 30.560 euros.

Séptimo.- Martín González interpone una querrela criminal contra Juan Fraguela Ferreiro al considerar que esos vertidos, ponían también en grave riesgo a la riqueza piscícola de la zona.

A la vista de los antecedentes expuestos, son de consideración los siguientes:

III.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

1. Determinar las posibles responsabilidades penales en el ámbito de Lixonon, tanto para personas físicas que dirigen la empresa como para la persona jurídica (posibles delitos cometidos y consecuencias jurídicas correspondientes).

- La empresa Lixonon es la responsable de los vertidos al Río dos Escalos, que a su vez desemboca en el Río Trasnos y ocasiona graves daños al medioambiente. Así pues, como consecuencia de estos vertidos se causan daños en la fauna piscícola y en el medio acuático. Por otra parte, también se causa la destrucción de las especies piscícolas que se encontraban en una piscifactoría situada en las cercanías de la empresa Lixonon que es propiedad privada de Martín González Campos.
- Conforme a lo dispuesto en el art. 325 del Código Penal, Lixonon incurre en un delito ecológico.¹
- Serán responsables de estos delitos Juan Fraguela Ferreiro como persona física y la empresa Lixonon como persona jurídica. Dicho esto, conviene mencionar que la responsabilidad de las personas jurídicas y de las personas físicas es en paralelo, por lo tanto, la responsabilidad de Juan Fraguela Ferrerio no excluiría la responsabilidad de la empresa Lixonon.

Con respecto a esto es importante mencionar la novedad que introduce la última reforma del Código Penal en su artículo 31 bis que dispone lo siguiente:

“1.En los supuestos previstos en este Código, las personas jurídicas serán penalmente responsables de los delitos cometidos en nombre o por cuenta de las mismas, y en su provecho, por sus representantes legales y administradores de hecho o de derecho.

En los mismos supuestos, las personas jurídicas serán también penalmente responsables de los delitos cometidos, en el ejercicio de actividades sociales y por cuenta y en provecho de las mismas, por quienes, estando sometidos a la autoridad de las personas físicas mencionadas en el párrafo anterior, han podido realizar los hechos por no haberse ejercido sobre ellos el debido control atendidas las concretas circunstancias del caso.

¹ El art. 325 del CP dispone lo siguiente:

“Será castigado con las penas de prisión de dos a cinco años, multa de ocho a veinticuatro meses e inhabilitación especial para profesión u oficio por tiempo de uno a tres años el que, contraviniendo las Leyes u otras disposiciones de carácter general protectoras del medio ambiente, provoque o realice directa o indirectamente emisiones, vertidos, radiaciones, extracciones o excavaciones, aterramientos, ruidos, vibraciones, inyecciones o depósitos, en la atmósfera, el suelo, el subsuelo o las aguas terrestres, subterráneas o marítimas, incluido el alta mar, con incidencia incluso en los espacios transfronterizos, así como las captaciones de aguas que puedan perjudicar gravemente el equilibrio de los sistemas naturales. Si el riesgo de grave perjuicio fuese para la salud de las personas, la pena de prisión se impondrá en su mitad superior”.

SLAG

2.La responsabilidad penal de las personas jurídicas será exigible siempre que se constate la comisión de un delito que haya tenido que cometerse por quien ostente los cargos o funciones aludidas en el apartado anterior, aun cuando la concreta persona física responsable no haya sido individualizada o no haya sido posible dirigir el procedimiento contra ella. Cuando como consecuencia de los mismos hechos se impusiere a ambas la pena de multa, los jueces o tribunales modularán las respectivas cuantías, de modo que la suma resultante no sea desproporcionada en relación con la gravedad de aquéllos.

3.La concurrencia, en las personas que materialmente hayan realizado los hechos o en las que los hubiesen hecho posibles por no haber ejercido el debido control, de circunstancias que afecten a la culpabilidad del acusado o agraven su responsabilidad, o el hecho de que dichas personas hayan fallecido o se hubieren sustraído a la acción de la justicia, no excluirá ni modificará la responsabilidad penal de las personas jurídicas, sin perjuicio de lo que se dispone en el apartado siguiente”.

- La pena para las personas físicas será de prisión de dos a cinco años, multa de ocho a veinticuatro meses e inhabilitación especial para profesión u oficio por tiempo de uno a tres años.
- Por otro lado, la pena a imponer para la persona jurídica serán las siguientes:
 - Multa de dos a cinco años, si el delito cometido por la persona física tiene prevista una pena de prisión superior a cinco años.
 - Multa de uno a tres años, en el resto de los casos.²
- Por lo dispuesto en el art. 326 del CP se agravará la pena de estos delitos si concurriesen algunas de las siguientes circunstancias:
 - Que la industria o actividad funcione clandestinamente, sin haber obtenido la preceptiva autorización o aprobación administrativa de sus instalaciones.
 - Que se hayan desobedecido las órdenes expresas de la autoridad administrativa de corrección o suspensión de las actividades tipificadas en el artículo anterior.
 - Que se haya falseado u ocultado información sobre los aspectos ambientales de la misma.
 - Que se haya obstaculizado la actividad inspectora de la Administración.
 - Que se haya producido un riesgo de deterioro irreversible o catastrófico.
 - Que se produzca una extracción ilegal de aguas en período de restricciones.³

² El art. 327 del CP establece que:

“Cuando de acuerdo con lo establecido en el artículo 31 bis una persona jurídica sea responsable de los delitos recogidos en los dos artículos anteriores, se le impondrán las siguientes penas:

- a. Multa de dos a cinco años, si el delito cometido por la persona física tiene prevista una pena de prisión superior a cinco años.*
- b. Multa de uno a tres años, en el resto de los casos.*

Atendidas las reglas establecidas en el artículo 66 bis, los jueces y tribunales podrán asimismo imponer las penas recogidas en las letras b) a g) del apartado 7 del artículo 33”.

³ El art.36 dispone lo siguiente:

“Se impondrá la pena superior en grado, sin perjuicio de las que puedan corresponder con arreglo a otros preceptos de este Código, cuando en la comisión de cualquiera de los hechos descritos en el artículo anterior concurra alguna de las circunstancias siguientes:

- a. Que la industria o actividad funcione clandestinamente, sin haber obtenido la preceptiva autorización o aprobación administrativa de sus instalaciones.*

SLAG

En este caso, podríamos presumir de la previa sanción administrativa, que la empresa Lixonon incurre en la agravante de “*que se hayan desobedecido las órdenes expresas de la autoridad administrativa de corrección o suspensión de las actividades*”.⁴

- Por último, mencionar que si Martín González Campos lo estimase oportuno, podría pedir responsabilidad civil a la empresa Lixonon por los daños y perjuicios causado en su piscifactoría. Tal y como se menciona en los antecedentes, los daños de dicha piscifactoría fueron valorados en 30.560 euros, por lo tanto, Martín González Campos podría, por vía civil, solicitar una indemnización de 30.560 euros por daños y perjuicios.

2. Determinar si una posible condena penal vulneraría el principio *ne bis in idem*, teniendo en cuenta la previa sanción administrativa impuesta por Aguas de Galicia.

Para determinar si la posible condena penal vulneraría el principio *ne bis in idem*, teniendo en cuenta la sanción administrativa impuesta por Aguas de Galicia, es clave analizar la jurisprudencia y, en consecuencia, son de consideración las siguientes sentencias:

- La sentencia número 117/1999, dictada por el Tribunal Constitucional.

En base a esta sentencia podemos extraer las siguientes notas:

- Existe una preferencia de la actuación jurisdiccional respecto de la administrativa, pues, aun reconociendo que existiera dualidad de procedimientos sancionadores, gubernativo y penal, por un mismo hecho, la no paralización por la Administración del expediente sancionador y la imposición de la sanción administrativa no podría significar la destipificación penal de los hechos, dada la preferencia de la vía jurisdiccional.
- El principio general *ne bis in idem*, pretende que no recaiga duplicidad de sanciones (administrativa y penal) en los casos en que se aprecie la identidad del sujeto, hecho y fundamento. Dicho principio impide que, a través de procedimientos distintos, se sancione repetidamente la misma conducta, pues esa posibilidad entrañaría, en efecto, una inadmisibles reiteración en el ejercicio del *ius puniendi* del Estado.
- En aquellos supuestos en los cuales las infracciones pudieran ser constitutivas de delito o falta, la Administración pasará el tanto de culpa a la jurisdicción competente y se abstendrá de proseguir el procedimiento sancionador mientras la

-
- b. *Que se hayan desobedecido las órdenes expresas de la autoridad administrativa de corrección o suspensión de las actividades tipificadas en el artículo anterior.*
 - c. *Que se haya falseado u ocultado información sobre los aspectos ambientales de la misma.*
 - d. *Que se haya obstaculizado la actividad inspectora de la Administración.*
 - e. *Que se haya producido un riesgo de deterioro irreversible o catastrófico.*
 - f. *Que se produzca una extracción ilegal de aguas en período de restricciones”.*

⁴ Vid. art. 326, letra b del Código Penal.

SLAG

autoridad judicial no se haya pronunciado. La sanción de la autoridad judicial excluirá la imposición de multa administrativa, esto pretende impedir la doble incriminación y castigo por unos mismos hechos, y también a evitar que recaigan eventuales pronunciamientos de signo contradictorio, en caso de permitir la prosecución simultánea de dos procedimientos (penal y administrativo sancionador) atribuidos a autoridades de diverso orden.

- Una vez impuesta una sanción, ya sea penal o administrativa, no cabe, sin vulnerar el principio *ne bis in idem*, superponer o adicionar otra distinta, siempre que concurren las repetidas identidades de sujeto, hechos y fundamento.
- **La sentencia número 2/2003.**

Con respecto a esta sentencia, son de consideración:

- El fundamento jurídico número ocho, el cual dispone que:

“Comenzando ya el examen de fondo de la vulneración alegada, en aplicación de la doctrina constitucional que se acaba de exponer, procede analizar, en primer lugar, si se da el presupuesto de la interdicción de incurrir en «bis in idem», esto es, si existió la triple identidad requerida, de sujetos, hechos y fundamentos; y, en segundo término, en caso de constatarse la triple identidad, habrá de analizarse si el respeto al derecho fundamental que comporta la interdicción de incurrir en «bis in idem», garantizado en el art. 25.1 CE (RCL 1978, 2836) , se satisface con una solución como la adoptada en el caso, o si, por el contrario, como pretende el recurrente, requiere siempre que el segundo órgano sancionador deje de imponer la sanción”.

- El fallo número tres en el cual se establece lo siguiente:

“El principio de interdicción del «bis in idem», en la proyección enunciada tiene, como la Sentencia reconoce, una premisa o presupuesto básico: que se produzca la denominada triple identidad de sujeto, hechos y fundamento. Es decir, que a una misma persona, por unos mismos o idénticos hechos y con base en infracción administrativa y tipo penal que participan del mismo fundamento, se le impongan las dos reacciones punitivas, la sanción administrativa y la pena”.

Conclusión: En este caso, no se cumple el requisito de la triple identidad, y en consecuencia, no se vulneraría el principio *ne bis in idem*, basándonos en los siguientes hechos:

- Los hechos son los mismos, la empresa Lixonon vierte sus residuos al Río dos Escalos.
- Los fundamentos son los mismos, el interés es la protección del medioambiente.
- Sin embargo, los sujetos no serían los mismos. El sujeto al que se le impone la previa sanción administrativa es la empresa Lixonon, y por otro lado, el sujeto al que se le impondría la sanción penal sería Juan Fraguela Ferreiro. Ambos sujetos no coinciden porque una es persona jurídica y otra persona física, y al ser así,

SLAG

incurrirían en responsabilidades distintas. Aquí es importante destacar que en el caso de imponerse la sanción penal a Juan Fraguela Ferreiro, posteriormente también sería sancionada la empresa Lixonon.

IV.

CONCLUSIONES

1. **Sobre la determinación de las posibles responsabilidades penales en el ámbito de Lixonon, tanto para personas físicas que dirigen la empresa como para la persona jurídica (posibles delitos cometidos y consecuencias jurídicas correspondientes).**
 - Conforme a lo dispuesto en el art. 325 del Código Penal, Lixonon incurre en delitos contra los recursos naturales y el medio ambiente.
 - Serán responsables de estos delitos:
 - La empresa Lixonon como persona jurídica, cuya pena podrá ser:
 - a) Multa de dos a cinco años, si el delito cometido por la persona física tiene prevista una pena de prisión superior a cinco años.
 - b) Multa de uno a tres años, en el resto de los casos
 - Juan Fraguela Ferreiro como personas física, que se le impondrá una pena prisión de dos a cinco años, multa de ocho a veinticuatro meses e inhabilitación especial para profesión u oficio por tiempo de uno a tres años.
 - La pena de estos delitos se agravará si concurren algunas de las circunstancias enumeradas en el art. 36 del Código Penal.
 - Martín González Campos podría solicitar por vía civil una indemnización por los daños y perjuicios ocasionados en su piscifactoría.
2. **Sobre el análisis de si una posible condena penal vulneraría el principio *ne bis in idem*, teniendo en cuenta la previa sanción administrativa impuesta por Aguas de Galicia.**

En el presente caso y atendiendo a la doctrina mayoritaria, no se cumple el requisito de la triple identidad, en consecuencia no se vulnera el principio *ne bis in idem*.

SLAG

Este es mi informe que someto a cualquier otro mejor fundado en Derecho. En A
Coruña, a 10 de enero de 2013.

Fdo.: Stephanie Lorraine Aguirre Gutiérrez