



UNIVERSIDADE DA CORUÑA

FACULTADE DE DEREITO

TRABAJO FIN DE GRADO

DERECHO PÚBLICO ECONÓMICO

Presentado por el alumno Jorge Mejuto García

Tutorizado por el Prof. Dr. D. Juan José Pernas García

CURSO ACADÉMICO 2012/2013

TRABAJO FIN DE GRADO
DERECHO PÚBLICO ECONÓMICO

Presentado por el alumno Jorge Mejuto García

Tutorizado por el Prof. Dr. D. Juan José Pernas García

A Coruña, enero 2013



UNIVERSIDADE DA CORUÑA

**ANÁLISIS JURÍDICO SOBRE LAS
CUESTIONES JURÍDICO-
ADMINISTRATIVAS PLANTEADAS POR
LA LICITACIÓN DE UN CONTRATO
PARA LA INSTALACIÓN DE UNA
PLANTA DE TRATAMIENTO DE
RESIDUOS DE LA CONSTRUCCIÓN EN
EL AYUNTAMIENTO DE X.**

Enero 2013

ÍNDICE

1. OBJETO DEL INFORME	3
2. ANTECEDENTES	3
3. COMENTARIOS	3
3.1 Valoraciones previas referentes a la Contratación pública	3
3.2 Análisis del tipo de contrato licitado	4
3.3 Análisis del procedimiento de adjudicación	5
3.3.1 Principios aplicables al proceso de adjudicación	5
3.3.2 Análisis del procedimiento de adjudicación presente en el supuesto de hecho: el procedimiento de adjudicación abierto	6
3.4 Estudio de las exigencias autorizatorias que debe cumplir el licitador	10
3.4.1 Autorización ambiental integrada	11
3.4.2 Evaluación ambiental previa	11
3.4.3 Licencias urbanísticas	12
3.4.4 Licencia municipal de actividad clasificada	15
3.4.5 Análisis de la posible calificación de edificación de carácter supramunicipal	17
4. CONCLUSIONES	18

1. OBJETO DEL INFORME.

Se requiere a este letrado para la emisión de informe jurídico sobre las cuestiones jurídico-administrativas planteadas por la licitación y de un contrato para la instalación de una Planta de Tratamiento de Residuos de la Construcción en el Ayuntamiento de X.

2. ANTECEDENTES.

El Gobierno de Galicia tomó la decisión, en el año 2004, de construir una nueva Planta de Tratamiento de Residuos de la Construcción en el Ayuntamiento de X. Para el desarrollo de dicho proyecto y su construcción se procedió a la licitación de un contrato público, en el año 2008. Asimismo se señala como forma de adjudicación el procedimiento abierto.

3. COMENTARIOS.

3.1 Valoraciones previas referentes a la Contratación pública.

Hoy en día existe una situación de apertura de la Administración hacia el consenso con los ciudadanos en la medida en que sea posible nos lleva hacia una nueva concepción de la Administración, al modelo de “government by contract”, que se sumaría al modelo más tradicional que sería el de la Administración de autoridad, es importante destacar que ambos modelos son complementarios.

Nos encontramos con una necesidad de cooperación habitual para lograr un adecuado progreso y estabilidad, este aspecto lo vemos claramente reflejado en la expresión colaboración público privada¹.

Podemos hablar de un fenómeno denominado externacionalización o “outsourcing”, consistente en la tendencia a la contratación con empresas privadas de actividades que antes realizaba la Administración con sus medios y sus empleados.

Un aspecto fundamental de la contratación administrativa es el elemento finalista de los contratos, lo cual está plasmado en el interés público que concierne a la Administración en todas sus actuaciones, lo que implica que una vez contratado deba ejercer una labor de vigilancia y observación sobre el

¹ En este sentido, Andreas Kappeler and Mathieu Nemoz se refieren a esta colaboración como “public-private partnership”: “While the term PPP has been in use since the 1990s, there is no single European model of a PPP. The European PPP Report 2009 states that “the range of structures used for PPPs varies widely: in some countries, the concept of a PPP equates only to a concession where the services provided under the concession are paid for by the public. In others, PPPs can include every type of outsourcing and joint venture between the public and private sectors”. Vid., Economic and Financial Report 2010/04 July 2010, Public-private partnerships in europe – before and during the recent financial crisis.

desarrollo de las actuaciones, asimismo la Administración ostenta la capacidad para reformar, modificar o incluso resolver cuando el interés público lo exige, por lo que nos encontramos con que las partes del contrato no se encuentran en una situación de igualdad.

Es importante destacar el efecto de la globalización en el seno de la contratación pública, efecto apoyado por la aprobación de normativas supraestatales para el acceso de las empresas a la contratación pública, normativas éstas que tienen como finalidad prevenir la tendencia a la contratación con empresas que se encuentren en el mismo estado que la Administración. Otro efecto de la contratación pública sería económico, configurando un mercado de enormes proporciones, tanto interno como internacional, llegando a sobrepasar el 18% del PIB dentro de la Unión Europea.

3.2 Análisis del tipo de contrato licitado.

Antes de comenzar con el contrato en cuestión al que hace referencia el supuesto de hecho debemos citar todos los contratos tipificados por la LCSP: los contratos de concesión pública, de gestión de servicios públicos, de suministro, de servicios, de colaboración entre el sector público y privado (nueva figura) y en último lugar los contratos de obra los cuales analizaremos más a fondo a continuación.

Los contratos de obras tienen por objeto la realización de una obra o trabajo asimilado, de construcción o ingeniería civil, que tenga por objeto un bien inmueble, con el fin de que esta obra satisfaga las necesidades del sector público.

Excepcionalmente este contrato incorporará la redacción del consiguiente proyecto de obras, aunque es necesario exponer que para que este contrato se subsuma bajo la categoría de contrato de obras es necesario que el contrato sea el contrato principal, tal y como podemos observar en la STJUE de 26 de mayo de 2011, Comisión contra España².

Este tipo de contrato tiene una gran importancia debido a la concepción restrictiva por parte de la LCSP del concepto de Administración constructora, relegado a supuestos tasados, tal y como expone el art. 24.1 LCSP.

Prosiguiendo con el análisis del contrato ante el que nos encontramos en el supuesto de hecho, podría ser enmarcado dentro del concepto de contratos sujetos a una regulación armonizada. Los contratos sujetos a regulación

² “(...) cuando un contrato contiene a un tiempo elementos propios de un contrato público de obras y elementos propios de algún otro tipo de contrato, ha de estarse al objeto principal del contrato para determinar qué cuerpo normativo de la Unión referente a la contratación pública debe en principio aplicarse.

Esta determinación debe llevarse a cabo a la luz de las obligaciones esenciales que prevalecen y que, como tales, caracterizan dicho contrato, por oposición a aquellas otras que sólo tienen carácter accesorio o complementario y que son impuestas por el propio objeto del contrato.”

armonizada son aquellos contratos que por razón de su objeto o de su cuantía se sujetan estrictamente a la Directiva 2004/18/CE y otra legislación comunitaria, esto supone una medida de garantía reforzada en cuando a la publicidad, a la igualdad y a la concurrencia en la adjudicación de contratos.

Este contrato de obras podría considerarse sujeto a regulación armonizada³ en el caso de superar el umbral fijado en un valor estimado igual o superior a 5.000.000 €, siempre y cuando este contrato se concierte por una entidad considerada como poder adjudicador. A pesar de que podría serlo, consideramos que no es el caso, debido a que tras el estudio de diversos proyectos de plantas de tratamiento de residuos de la construcción, el precio medio de ejecución rondaba los 300.000 €.

Los contratos sujetos a regulación armonizada se rigen por lo dispuesto en la LCSP, supletoriamente por el Derecho administrativo, sólo en defecto se aplicaría el Derecho privado y en consecuencia, el orden competente sería el contencioso-administrativo.

3.3 Análisis del procedimiento de adjudicación.

3.3.1 Principios aplicables al proceso de adjudicación.

Debemos tener en cuenta que los principios de publicidad, transparencia, igualdad, libre concurrencia y no discriminación devienen fundamentales durante todo el proceso de licitación, pero concretamente en la fase de adjudicación del contrato alcanzan su mayor importancia. Estos principios deben ser garantizados tanto por el Derecho español como por el Derecho europeo. Para finalizar este sucinto marco acerca de la fase de adjudicación del contrato y antes de comenzar con el análisis del procedimiento de adjudicación del supuesto de hecho, se debe hacer referencia a la adjudicación de contratos no sujetos a regulación armonizada⁴.

³ Se establece un doble rasero debido a que los contratos sujetos a una regulación armonizada tienen un doble nivel de garantía en contraposición a los contratos no sujetos a una regulación armonizada, los cuales tienen un régimen más flexible y el sistema de garantía de publicidad y de procedimientos y de recursos puede relajarse.

⁴ Vid., art. 191 Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público: *“En la adjudicación de contratos no sujetos a regulación armonizada serán de aplicación las siguientes disposiciones:*

a) La adjudicación estará sometida, en todo caso, a los principios de publicidad, concurrencia, transparencia, confidencialidad, igualdad y no discriminación.

b) Los órganos competentes de las entidades a que se refiere esta sección aprobarán unas instrucciones, de obligado cumplimiento en el ámbito interno de las mismas, en las que se regulen los procedimientos de contratación de forma que quede garantizada la efectividad de los principios enunciados en la letra anterior y que el contrato es adjudicado a quien presente la oferta económicamente más ventajosa. Estas instrucciones deben ponerse a disposición de todos los interesados en participar en los procedimientos de adjudicación de contratos regulados por ellas, y publicarse en el perfil de contratante de la entidad.

Los procedimientos de adjudicación son unos procedimientos tasados, concretos y no pueden establecerse otros ni análogos ni similares. Tal y como expone el art. 138, 2 LCSP los procedimientos de adjudicación son el abierto, el restringido, el negociado y el diálogo competitivo.

Todo esto se entiende sin perjuicio de la adjudicación directa de determinados contratos menores (denominados de este modo en base a su cuantía).

3.3.2 Análisis del procedimiento de adjudicación presente en el supuesto de hecho: el procedimiento de adjudicación abierto.

Tal y como se expone en el supuesto de hecho concreto el procedimiento de adjudicación que debemos analizar es el procedimiento de adjudicación abierto, regulado en los artículos de la LCSP comprendidos entre el art. 157 y el art.161. Mediante este procedimiento cualquier empresario interesado puede presentar una proposición, quedando excluida la negociación de los términos del contrato con los licitadores (art. 157 LCSP).

Es necesario que se haga público el anuncio de la convocatoria de licitación, ya sea en el BOE o bien en el Diario Oficial de las CCAA, así como en el perfil del contratante del órgano de contratación, con la antelación que establece la ley en cada caso, tal y como se recoge en el art. 159, 2 LCSP, según el cual en los contratos de las Administraciones Públicas que no estén sujetos a regulación armonizada, el plazo de presentación de proposiciones no será inferior a quince días, contados desde la publicación del anuncio del contrato. En los contratos de obras y de concesión de obras públicas, el plazo será, como mínimo, de veintiséis días.

Para finalizar, es importante destacar que toda la publicidad que se haga a través de prensa escrita o publicaciones no oficiales es perfectamente válida, a mayores de la oficial, claro está. Esta práctica es relativamente común en contratos de cierta importancia económica.

Siguiendo con el análisis del procedimiento de adjudicación, en los procedimientos abiertos, la proposición de los licitadores, según el art. 145,1 LCSP, debe ajustarse al modelo que se establezca en el pliego de

En el ámbito del sector público estatal, la aprobación de las instrucciones requerirá el informe previo de la Abogacía del Estado.

c) Se entenderán cumplidas las exigencias derivadas del principio de publicidad con la inserción de la información relativa a la licitación de los contratos cuyo importe supere los 50.000 euros en el perfil del contratante de la entidad, sin perjuicio de que las instrucciones internas de contratación puedan arbitrar otras modalidades, alternativas o adicionales, de difusión.”

cláusulas administrativas particulares e ir acompañada de unos determinados documentos⁵.

Debemos tener en cuenta la necesidad del carácter secreto de la proposición, garantizado por la ley hasta la licitación pública, esto se debe a la necesidad del cumplimiento de los principios de libre e igual concurrencia.

Cada licitador puede presentar una proposición y, cuando esté previsto, puede presentar asimismo variantes o alternativas, pero lo que no puede suceder bajo ningún concepto es que presente una doble licitación, es decir, concurrir formando parte de unión temporal de empresas o formar parte en más de una de ellas y al mismo tiempo individualmente. Asimismo, en los contratos de concesión de obra pública no cabe la presentación por parte de empresas vinculada de proposiciones diferentes. La sanción prevista en el caso de que ocurra este supuesto es la no admisión de todas las propuestas suscritas por el infractor.

La presentación de una proposición significa una aceptación incondicionada de las cláusulas y condiciones contenidas en los pliegos, sin la posibilidad de formular reservas o exclusiones. A pesar de esto, es posible recurrir contra determinadas cláusulas del pliego si son objeto de

⁵ Vid., art. 146 Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público: “I. Las proposiciones en el procedimiento abierto y las solicitudes de participación en los procedimientos restringido y negociado y en el diálogo competitivo deberán ir acompañadas de los siguientes documentos:

a) Los que acrediten la personalidad jurídica del empresario y, en su caso, su representación.

b) Los que acrediten la clasificación de la empresa, en su caso, o justifiquen los requisitos de su solvencia económica, financiera y técnica o profesional.

Si la empresa se encontrase pendiente de clasificación, deberá aportarse el documento acreditativo de haber presentado la correspondiente solicitud para ello, debiendo justificar el estar en posesión de la clasificación exigida en el plazo previsto en las normas de desarrollo de esta Ley para la subsanación de defectos u omisiones en la documentación.

c) Una declaración responsable de no estar incurso en prohibición de contratar. Esta declaración incluirá la manifestación de hallarse al corriente del cumplimiento de las obligaciones tributarias y con la Seguridad Social impuestas por las disposiciones vigentes, sin perjuicio de que la justificación acreditativa de tal requisito deba presentarse, antes de la adjudicación, por el empresario a cuyo favor se vaya a efectuar ésta.

d) En su caso, una dirección de correo electrónico en que efectuar las notificaciones.

e) Para las empresas extranjeras, en los casos en que el contrato vaya a ejecutarse en España, la declaración de someterse a la jurisdicción de los juzgados y tribunales españoles de cualquier orden, para todas las incidencias que de modo directo o indirecto pudieran surgir del contrato, con renuncia, en su caso, al fuero jurisdiccional extranjero que pudiera corresponder al licitante.”

nulidad. Este recurso es conveniente realizarlo con anterioridad a la adjudicación.

El siguiente paso, tras la presentación de la proposición sería la selección del adjudicatario. Esta selección en el procedimiento abierto está pautada al máximo por la LCSP.

El principal criterio de selección sería el de otorgar el contrato a la oferta económicamente más ventajosa, este concepto remite a los criterios de selección establecidos en el pliego de cláusulas y en el anuncio de licitación o en documento descriptivo, conforme a la ley.

La LCSP regula en su art. 150 los criterios de selección de las ofertas y, en referencia al párrafo anterior tal y como se expone en el apartado primero del citado artículo el criterio sólo puede ser uno, el del precio más bajo. A mayores de este requisito, es importante destacar a este respecto otros criterios expuestos en este art. 150, los cuales se recogerían en los pliegos, y son los siguientes:

“1. Para la valoración de las proposiciones y la determinación de la oferta económicamente más ventajosa deberá atenderse a criterios directamente vinculados al objeto del contrato, tales como la calidad, el precio, la fórmula utilizable para revisar las retribuciones ligadas a la utilización de la obra o a la prestación del servicio, el plazo de ejecución o entrega de la prestación, el coste de utilización, las características medioambientales o vinculadas con la satisfacción de exigencias sociales que respondan a necesidades, definidas en las especificaciones del contrato, propias de las categorías de población especialmente desfavorecidas a las que pertenezcan los usuarios o beneficiarios de las prestaciones a contratar, la rentabilidad, el valor técnico, las características estéticas o funcionales, la disponibilidad y coste de los repuestos, el mantenimiento, la asistencia técnica, el servicio postventa u otros semejantes. Cuando sólo se utilice un criterio de adjudicación, éste ha de ser, necesariamente, el del precio más bajo.”

El órgano de contratación debe vigilar, de tal modo que si observa que una proposición no puede ser cumplida satisfactoriamente como consecuencia de la inclusión de valores anormales o desproporcionados, en ese momento la adjudicación del contrato deja de ser reglada.

Tras la presentación de las proposiciones se da paso a la fase de la valoración y clasificación de las mismas. En esta fase interviene necesariamente la Mesa de la contratación, salvo que la competencia la ostente la Junta de contratación.

La Mesa de la contratación debe examinar si se cumplen o no los requisitos establecidos en el pliego. A estos efectos, la Mesa no puede

excluir una proposición por simples defectos formales fácilmente subsanables.

El plazo del que dispone la Mesa para la valoración de las proposiciones admitidas, es de máximo un mes. En el desarrollo de su actividad la Mesa no puede modificar ni complementar los criterios establecidos previamente en el pliego. Para lo que sí tiene potestad la Mesa es para recabar tantos informes como crea convenientes con el fin de realizar su propuesta lo más adecuadamente posible. Dicha propuesta debe estar motivada con referencia a los criterios de adjudicación que figuren en el pliego. La motivación de su decisión es asimismo un requisito que debe cumplir el órgano de contratación.

Una licitación nunca puede quedar desierta, siempre y cuando haya alguna proposición admisible debido a que cumple todos los requisitos establecidos en el pliego. Debemos destacar que en determinadas ocasiones la oferta económicamente más ventajosa no procede si se observa que ésta incorpora valores anormales o desproporcionados. Antes de desestimar se debe incoar un incidente contradictorio, que mediante la audiencia del interesado proceda a aclarar los extremos necesarios en cuanto a su oferta.

Si tras esta audiencia el órgano de contratación considera que la oferta contiene valores desproporcionados o anormales, debe proceder a la adjudicación del contrato a la siguiente oferta por estricto orden de clasificación, siempre y cuando la oferta siguiente no tenga valores desproporcionados o anormales. En dicho caso, será la siguiente y así correlativamente hasta que se encuentre la oferta que es económicamente más adecuada sin ningún tipo de valor anormal o desproporcionado.

El órgano de la contratación, tras la resolución de la licitación, procederá al requerimiento del licitador seleccionado para que aporte la documentación con el fin de acreditar que cumple los requisitos establecidos en el pliego y asimismo la constitución de una garantía definitiva que fuera procedente. El plazo del que dispone el licitador es de 10 días hábiles, aunque las normas autonómicas elevan este plazo hasta los 20 días.

Tras la presentación de esta documentación, el órgano de contratación tiene un plazo de 5 días para adjudicar el contrato, si por el contrario no se presenta dicha documentación se entiende que el licitador ha retirado su oferta y por lo tanto se requerirá la documentación al siguiente licitador. Contra el licitador que no presente la documentación necesaria se procederá a ejercer la opción de incautación de la garantía provisional que hubiera sido constituida.

Una vez se acuerda la adjudicación del contrato, la resolución ha de notificarse a todos los participantes en la licitación y asimismo ha de publicarse en el perfil de contratante. Esta notificación debe contener la suficiente información con el fin de que cualquier licitador al cual no se le haya adjudicado el contrato pueda interponer un recurso fundado, también debe contener los motivos por los que su oferta fue descartada o

excluida y las características de la oferta aceptada, sólo hablamos de confidencialidad en el sentido en el que cierta información pueda perjudicar al interés público.

Para finalizar con este apartado del informe jurídico requerido considero que es necesario hablar, aunque sea de un modo sucinto, de la formalización del contrato, aspecto recogido en el art. 156 LCSP. Dicha formalización debe ser realizada en un documento administrativo que se ajuste con exactitud a las condiciones de la licitación, esta formalización cuenta con un plazo de 15 días a partir de la notificación de la adjudicación del contrato al licitador seleccionado, a pesar de que si el contrato es susceptible de recurso especial en materia de contratación se deben esperar necesariamente esos 15 días para proceder a la formalización del contrato.

La formalización es imprescindible para la ejecución del contrato, salvo en los supuestos de emergencia, por lo que podemos decir que el acto de formalización perfecciona el contrato. Este documento de formalización puede elevarse a escritura pública por parte del contratista cuando lo solicite a pesar de que es título suficiente para acceder a cualquier registro público. Los contratos son inscritos en el Registro Público de Contratos.

3.4 Estudio de las exigencias autorizatorias que debe cumplir el licitador.

Es necesario establecer una prelación cronológica con respecto a las distintas licencias que pueden ser necesarias:

- Autorización ambiental integrada⁶.
- Declaración de impacto ambiental, cuya tramitación será susceptible de ser integrada en la tramitación de la Autorización ambiental integrada⁷.
- Licencia urbanística municipal⁸.

⁶ Vid., el art. 11 apartado segundo de la Ley 16/2002 de 1 de julio, de prevención y control integrados de la contaminación, que nos dice que: *“El otorgamiento de la autorización ambiental integrada, así como la modificación a que se refiere el artículo 26 precederá en su caso a las demás autorizaciones sustantivas o licencias que sean obligatorias (...)”*

⁷ Vid., el art. 11 apartado cuarto letra a) de la Ley 16/2002 de 1 de julio, de prevención y control integrados de la contaminación, donde se nos expone que: *“Las Comunidades Autónomas dispondrán lo necesario para posibilitar la inclusión en el procedimiento de otorgamiento de la autorización ambiental integrada, de las siguientes actuaciones:*

a) Las actuaciones en materia de evaluación de impacto ambiental, u otras figuras de evaluación ambiental previstas en la normativa autonómica, cuando así sea exigible y la competencia para ello sea de la Comunidad Autónoma.”

⁸ Vid., el art. 194 apartado segundo de la Ley 9/2002 de 30 de diciembre, de Ordenación Urbanística y Protección del Medio Rural de Galicia, que nos dice que: *“Estarán sujetos a previa licencia municipal, sin perjuicio de las autorizaciones que fueran procedentes de acuerdo con la legislación aplicable, los actos de edificación y uso del suelo y del subsuelo, tales como las parcelaciones urbanísticas, los movimientos de tierra, las obras de nueva planta, la modificación de la estructura o aspecto exterior de las edificaciones existentes, la primera utilización de los edificios y la modificación del uso de los*

- Licencia municipal de actividades clasificadas⁹.

3.4.1 Autorización ambiental integrada.

La autorización ambiental integrada tiene una doble finalidad: por un lado evitar o reducir en la mayor medida posible la contaminación del suelo, de la atmósfera y del agua, para así mejorar la protección del medio ambiente; por otro lado, impedir que se pueda producir una transferencia de la contaminación entre los diferentes ámbitos del medio ambiente, debido a su interrelación, hecho constatado científicamente.

Un objetivo de la autorización integrada es la simplificación de los trámites necesarios, mediante la unificación de determinados procedimientos administrativos referentes a la materia ambiental en un único acto, mediante el cual se establecen las condiciones medioambientales que debe reunir la instalación en cuestión para poder iniciar o continuar su actividad. Este sistema es el llamado de “ventanilla única”.

Un aspecto fundamental y novedoso de esta autorización es que las autorizaciones deben establecer unos límites en base al concepto de las mejores técnicas disponibles. Dichas técnicas se consideran las más avanzadas y eficaces en el desarrollo de una determinada actividad, en base a lo que se pretende sustituir técnicas hasta ahora utilizadas, menos beneficiosas para el medioambiente.

El hecho que nos indica el mayor calado que ha ido adquiriendo esta autorización es que el otorgamiento de la misma o su modificación han de preceder a las demás autorizaciones que sean obligatorias.

La planta de tratamiento de residuos de la construcción del Ayuntamiento X está sujeta a esta autorización medioambiental en virtud del Anexo 1 de la ley 16/2002, en su punto quinto en el cual se especifica que estarán sometidas a dicha autorización las instalaciones dedicadas a la gestión de residuos.

3.4.2 Evaluación de impacto ambiental.

La normativa aplicable a la evaluación de impacto ambiental es el Real Decreto Legislativo 1/2008, de 11 de enero, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Evaluación de Impacto Ambiental de proyectos.

El sometimiento a esta ley viene determinado a raíz de su art. 3,1:

...mismos, la demolición de construcciones, la colocación de carteles de propaganda visibles desde la vía pública, los cierres y vallados de fincas y los demás actos que se señalen reglamentariamente.

⁹ Vid., art. 196 apartado segundo Ley 9/2002, de 30 de diciembre, de Ordenación Urbanística y Protección del Medio Rural de Galicia, que nos dice que: “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.”

“Los proyectos, públicos y privados, consistentes en la realización de obras, instalaciones o cualquier otra actividad comprendida en el anexo I deberán someterse a una evaluación de impacto ambiental en la forma prevista en esta Ley.”

Tal y como hace referencia el artículo anterior se debe acudir al anexo I de la Ley 1/2008, donde en su grupo octavo se nos hace referencia a los proyectos de tratamiento y gestión de residuos.

La evaluación de impacto ambiental se integrará dentro del procedimiento de la autorización ambiental integrada, tal y como se expone en el art. 12,1 de la Ley 1/2008:

“Una vez realizado el trámite de información pública y con carácter previo a la resolución administrativa que se adopte para la realización o, en su caso, autorización de la obra, instalación o actividad de que se trate, el órgano sustantivo remitirá el expediente al órgano ambiental, acompañado, en su caso, de las observaciones que estime oportunas, al objeto de que se formule una declaración de impacto ambiental, en la que se determinen las condiciones que deban establecerse en orden a la adecuada protección del medio ambiente y los recursos naturales.”

3.4.3 Licencias urbanísticas.

Con base en nuestra doctrina jurisprudencial podemos decir que existen dos notas características de las licencias urbanísticas:

En primer lugar, las licencias urbanísticas son actos de autorización declarativos de derechos con control previo.

Antes de comenzar con un análisis más detallado de las licencias urbanísticas es importante resaltar que la edificación de esta Planta de Tratamiento de Residuos de la Construcción se efectuará en un entorno alejado de algún núcleo urbano o rural por lo que muy probablemente el suelo sobre el que vaya a ser edificada sea considerado como rústico¹⁰.

En cuanto a los usos y actividades que se pueden desarrollar en dicho suelo, en letra m) del art. 33,2 de la Ley 9/2002 referente a los usos constructivos en suelo rústico, se nos dice que están permitidas las:

¹⁰ Vid., nos encontramos la definición de suelo rústico en el art. 15, 1 letra e) de la Ley 9/2002 de 30 de diciembre, de Ordenación Urbanística y Protección del Medio Rural de Galicia: “Constituirán el suelo rústico los terrenos que hayan de ser preservados de los procesos de desarrollo urbanístico y, en todo caso, los siguientes:

e. Los terrenos que el plan general o los instrumentos de ordenación del territorio estimen inadecuados para el desarrollo urbanístico en consideración a los principios de utilización racional de los recursos naturales o de desarrollo sostenible”

“Infraestructuras de abastecimiento, tratamiento, saneamiento y depuración de aguas, de gestión y tratamiento de residuos, e instalaciones de generación o infraestructuras de producción de energía.”

Sin la disposición de más datos acerca del suelo rústico, debemos entender que es un suelo rústico de protección ordinaria, por lo que la actividad de la letra m) del art. 33,2 de la Ley 9/2002 simplemente necesitará una licencia municipal, tal y como recoge el art. 36 de la Ley 9/2002:

“Los relacionados en el apartado 1, letras a, b, c y d, y en el apartado 2, letras a, b, c, d, f, i, j y m del artículo 33, y la letra g de dicho artículo en su apartado 2, de acuerdo con lo establecido en el artículo 34.4 de la presente Ley.”

Si el terreno sobre el que se fuera a edificar tuviera la calificación de suelo rústico de especial protección agropecuaria, forestal o de infraestructuras, sería suficiente con una licencia municipal directa (Art. 37)

En el caso de que fuera calificado como suelo rústico de protección de las aguas, las costas, de interés paisajístico y de patrimonio cultural o suelo rústico de especial protección de espacios naturales, estaría prohibida su uso para las instalaciones previstas en la letra m) del art. 33,2 Ley 9/2002, tal y como recogen los correspondientes apartados terceros de los arts. 38 y 39 de la misma Ley.

Tras este análisis de la calificación del suelo y tal y como recogen los arts. 194,1 y 195,1 Ley 9/2002 debemos establecer una definición del concepto de licencia urbanística. En el art. 194,1 se nos expone que:

“La licencia urbanística tiene por finalidad comprobar que los actos de ocupación, construcción, edificación y uso del suelo y del subsuelo proyectados se ajustan al ordenamiento urbanístico vigente. Asimismo, para la concesión de la licencia se verificará si el aprovechamiento proyectado se ajusta al susceptible de apropiación y si las obras y usos proyectados reúnen las condiciones exigibles de seguridad, salubridad, habitabilidad y accesibilidad, así como el cumplimiento de las prescripciones contenidas en la normativa vigente en materia de incendios forestales.”

Y en el art. 195,1:

“las licencias se otorgarán de acuerdo con las previsiones de la legislación y planeamiento urbanísticos. En ningún caso se entenderán adquiridas por silencio administrativo licencias en contra de la legislación o planeamiento urbanístico”.

Este carácter reglado de las licencias tiene suma importancia, debido a lo cual sólo se puede producir la denegación de una licencia si existe un argumento jurídico, en caso contrario no se puede denegar.

Debemos establecer la distinción entre actos sujetos y actos no sujetos a licencias urbanísticas, recogidos en el art. 194,2 Ley 9/2002 así como en el art. 10 del Decreto 28/1999.

Con carácter general toda actuación o intervención sobre el suelo o subsuelo, mediante una actividad de edificación o uso estará sujeto a licencia.

La enumeración recogida en el art. 194,2 de la Ley 9/2002 lo debemos considerar como una enumeración enunciativa y por lo tanto de numerus apertus, en base a la cual nos encontramos con las siguientes sujeciones:

- A) Parcelaciones urbanísticas.
- B) Movimientos de tierra.
- C) Obras de nueva planta (siempre que precisen proyecto arquitectónico.
- D) Modificación de la estructura o el aspecto exterior de edificaciones existentes, así como la modificación de la disposición interior de los edificios.
- E) Primera utilización o primera ocupación de edificios.
- F) Modificación del uso de edificios.
- G) Demolición de construcciones.
- H) Carteles de propaganda visibles desde la vía pública.
- I) Cierres y vallados de fincas.
- J) Otras actuaciones cuando se señalen reglamentariamente (cláusula residual)

En este caso, suponiendo que la planta de residuos de la construcción tenga un ámbito municipal, deviene necesaria la posesión por parte del licitador de la correspondiente licencia urbanística.

En el caso de que esta licencia se refiera a obras e instalaciones, tal y como es el caso de la construcción de una Planta de Tratamiento de Residuos de la Construcción, el proyecto técnico debe reflejar los datos que definen las obras en los aspectos urbanísticos y de seguridad y debe estar autorizado por un Agente Profesional, Arquitecto, Arquitecto Técnico, Ingeniero o Ingeniero Técnico que sean competentes para la redacción de dicho Proyecto, en función del uso al que se destine la edificación.

La importancia del Proyecto Técnico radica en su función de garantía de la seguridad de la obra, garantía que va a derivar de la formación del profesional que redacta el Proyecto. El sujeto que redacta el Proyecto también será objeto de examen por parte de la Administración, analizando su capacitación, sin descuidar claro está, la idoneidad objetiva del Proyecto en sí mismo.

3.4.4 Licencia municipal de actividad clasificada.

La licencia municipal de actividad clasificada se puede configurar en contraposición con la licencia de obras, exponiendo que ésta tiende a la comprobación de la adecuación de un determinado proyecto a un determinado planeamiento, mientras que la licencia de actividad o apertura comprueba si dichos locales o instalaciones cumplen las condiciones necesarias de salubridad, tranquilidad y seguridad, que son normativamente exigibles.

La regulación de esta licencia se encuentra en la Ley 34/2007, de 15 de noviembre, de calidad del aire y protección de la atmósfera. En el anexo IV de la mencionada ley se hace referencia a los tratamientos y eliminación de residuos.

La relación entre esta licencia de apertura y la anterior licencia de obra la vemos reflejada en que ambas son actos autorización en virtud a los cuales se lleva a cabo un control previo de la actividad proyectada por el administrado, comprobando que dicha actividad se ajusta realmente a la exigencias derivadas del interés público. Asimismo ambas autorizaciones sirven para legitimar la obra realmente construida o la instalación realmente ubicada.

Esta licencia de actividad es una licencia que se prolonga en el tiempo, es decir, la Administración competente ha de continuar interviniendo en la actividad durante el desarrollo de la misma, con el fin de garantizar el mantenimiento de su inocuidad.

En relación con la petición de las licencias, es necesario apuntar lo recogido en el art. 196 de la Ley 9/2002:

“Prelación de licencias y otros títulos administrativos.

1. 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.

2. 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.

La propuesta de resolución de la solicitud de licencia de actividad clasificada o de apertura tendrá prioridad sobre la correspondiente a la licencia urbanística. Si procediera denegar

la primera, así se notificará al interesado y no será necesario resolver sobre la segunda.

En cambio, si procediera otorgar la licencia de actividad clasificada o de apertura, el órgano municipal competente pasará a resolver sobre la licencia urbanística, notificándose lo pertinente en forma unitaria al interesado.

3. 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.

4. No podrá concederse licencia sin que se acredite el otorgamiento de la autorización de la Comunidad Autónoma cuando fuere procedente de acuerdo con lo dispuesto en la presente Ley.

5. En los restantes supuestos en que el ordenamiento jurídico exija, para la ejecución de cualquier actividad, autorización de otra Administración Pública en materia medioambiental o de protección del patrimonio histórico-cultural, la licencia municipal urbanística sólo podrá solicitarse con posterioridad a que haya sido otorgada la referida autorización.”

Es importante destacar que, junto a esta licencia de apertura o de actividad, debe existir una intervención municipal especial y reforzada en relación con determinados establecimientos y actividades, más concretamente en el caso en el que nos encontramos referente a una planta de tratamiento de residuos de la construcción.

Se debe poner especial interés en la observación y vigilancia con el fin de que no se produzcan incomodidades, alteren las condiciones normales de salubridad e higiene del medio ambiente o se ocasionen daños a la riqueza pública o privada o impliquen riesgos graves para las personas o los bienes.

3.4.5 Análisis de la posible calificación de edificación de carácter supramunicipal.

La Planta de Tratamiento de Residuos de la Construcción expuesta en nuestro supuesto de hecho cabría la posibilidad de que fuera considerada por la Administración pública como una construcción no sujeta a una licencia urbanística. Esta Planta de Tratamiento de Residuos de la Construcción podría ser considerada como una obra de carácter supramunicipal, la cual encuentra su antecedente fáctico en las grandes obras públicas de interés general.

La regulación la encontramos en el Decreto autonómico 80/2000, do 23 de marzo, por el que se anula la capacidad de intervención administrativa de los municipios en relación con los proyectos declarados de carácter supramunicipal.

La declaración como un proyecto sectorial de incidencia supramunicipal conllevaría la no sujeción a la licencia municipal urbanística:

"(...) Las determinaciones contenidas en los planes y proyectos sectoriales de incidencia supramunicipal vincularán el planeamiento del ente o entes locales en que se asienten dichos planes o proyectos, que habrán de adaptarse a ellas dentro de los plazos que a tal efecto determinen". Por tanto, no cabe la sumisión a licencia municipal urbanística de las obras e instalaciones comprendidas en el proyecto sectorial (...)"

Otro factor que podría ser determinante a la hora de la calificación de dicha obra como supramunicipal es que la decisión fue tomada por la Xunta de Galicia, lo cual puede hacer pensar que esta obra sea destinada a dar servicio a más de un municipio.

En base a esto y para concluir con el análisis de las licencias urbanísticas requeridas al licitador, apoyando la posible no sujeción a licencia urbanística debido a su carácter supramunicipal, se puede hacer mención a la Sentencia 153/2009 de 25 de febrero del Tribunal de Justicia de Galicia, donde se nos expone que:

" (...) proyectos sectoriales de incidencia supramunicipal, es regular la implantación territorial de las infraestructuras, dotaciones e instalaciones de interés público o utilidad social cuando su incidencia trascienda del término municipal en el que se localicen, por su magnitud, importancia o especiales características, o que se asienten sobre varios términos municipales, garantizando la adecuada inserción en el territorio de las infraestructuras, dotaciones e instalaciones que constituyen su objeto (...)"

Tras el análisis de las licencias urbanísticas, de obras y referente a la actividad o apertura, unas licencias fundamentales para esta planta de tratamiento de residuos de la construcción son la autorización ambiental integrada, que integra la evaluación de impacto ambiental, y la licencia municipal de actividad clasificada

En base a lo expuesto en el párrafo anterior es importante destacar que la carga de la regulación la asumen las Comunidades Autónomas debido a que la Ley estatal se limita a señalar que cuando proceda la integración del procedimiento de evaluación de impacto ambiental en la solicitud ambiental integrada se debe incluir necesariamente el estudio de impacto ambiental y asimismo debe incluir, como mínimo, la Declaración de Impacto.

4. CONCLUSIONES.

- En lo referente a la elección del procedimiento abierto como procedimiento de adjudicación del contrato de obras de la Planta de Tratamiento de Residuos de la Construcción es necesario destacar que la idoneidad de dicho procedimiento adjudicatario radica en que no se establecen limitaciones. Se permite el libre acceso a todas las personas físicas y jurídicas que quieran contratar con las Administraciones Públicas, lo que deriva en que sea el procedimiento que más garantías ofrece para salvaguardar los derechos de los particulares.
- A la luz del análisis del caso, la construcción de esta planta de tratamiento de residuos de la construcción, independientemente de que sea en un municipio y, debido a la configuración geográfica de Galicia, en la cual destacan la concentración de un gran número de municipios con un tamaño no excesivo, tanto en extensión como demográficamente hablando. Podría ser interesante que se pida, a instancia de parte, la declaración de esta instalación como proyecto sectorial de incidencia supramunicipal, porque sería una obra con una gran incidencia e interés general, con un importante calado que podría dar un servicio a un gran número de municipios. Asimismo esto provocaría una no sujeción al requisito de la obtención de una licencia de obras.
- Siguiendo con las licencias urbanísticas, es necesario que la Planta de Tratamiento de Residuos de la Construcción del Ayuntamiento de X obtenga la autorización ambiental integrada, que se centra fundamentalmente en la posible contaminación que pueda ser producida por dicha instalación, sin perjuicio de las demás licencias administrativas que le sean requeridas. Esta autorización ambiental integrada tendrá incorporada la evaluación de incidencia ambiental.

Tal es mi parecer que emito en A Coruña, a 3 de enero de 2013 y que, como siempre, someto a otro mejor fundado en Derecho.

Jorge Mejuto García

**ASPECTOS JURÍDICOS PARA LA
CESIÓN Y UTILIZACIÓN DE LA
PLANTA DE TRATAMIENTO DE
RESIDUOS DE LA CONSTRUCCIÓN DE
X.**

Enero 2013

ÍNDICE

1. OBJETO DEL INFORME	3
2. ANTECEDENTES	3
3. COMENTARIOS	3
3.1 Cuestiones jurídicas a cerca de la cesión de la instalación.	3
3.2 Gestión de la instalación por parte del Ayuntamiento de X	4
3.2.1 Modos de gestión de la Planta de Tratamiento de Residuos de la Construcción	5
• Gestión directa	6
• Gestión indirecta	10
4. CONCLUSIONES	13

1. OBJETO DEL INFORME.

Se requiere a este letrado para la emisión de informe jurídico sobre la cesión y utilización de la Planta de Tratamiento de Residuos de la Construcción de X.

2. ANTECEDENTES.

La Administración autonómica, una vez tenía construida la Planta de Tratamiento de Residuos de la Construcción, con fecha 30 de noviembre de 2009 decide ceder la propiedad de la instalación al Ayuntamiento de X, con la finalidad de que asuma la gestión de dicha instalación.

3. COMENTARIOS.

3.1 Cuestiones jurídicas a cerca de la cesión de la instalación.

La Planta de Tratamiento de Residuos de la Construcción debemos enmarcarla como parte del patrimonio de la Comunidad Autónoma de Galicia, de sus respectivas Administraciones Públicas y de los correspondientes organismos o entes públicos que dependen de las mismas o están vinculados.

El marco normativo de los bienes de las Administraciones Públicas lo encontramos en la Ley 33/2003, de 3 de noviembre, del Patrimonio de las Administraciones Públicas, asimismo en el ámbito de la Comunidad Autónoma de Galicia se promulgó la Ley 5/ 2011 de 30 de septiembre, del patrimonio de la Comunidad Autónoma de Galicia.

En cuanto a la cuestión de la cesión de la mencionada instalación, debemos traer a colación el precepto contenido el art. 82,1 de la Ley 5/2011¹.

Asimismo es importante destacar la transmisión de la titularidad. Los bienes del patrimonio de la Administración general de la Comunidad Autónoma de Galicia podrán ser transmitidos a otras administraciones públicas, en este caso al Ayuntamiento X. Esta transmisión será para el desarrollo de los mismos fines determinados por la afectación, o para otros fines de uso general o de servicio público de competencia de la administración pública receptora de los bienes o derechos, tal y como recoge el art. 29 de la ley 5/2011.

En el caso concreto ante el que nos encontramos lo que se pretende es la cesión de la titularidad y, por tanto, de la propiedad de la Planta de Tratamiento de

¹ Vid., art. 82,1 de la Ley 5/2011 de 30 de septiembre, del patrimonio de la Comunidad Autónoma de Galicia, que nos expone que: *“Los bienes y derechos patrimoniales de la Comunidad Autónoma de Galicia pueden ser cedidos gratuitamente para la realización de fines de utilidad pública o interés social a otras administraciones públicas, fundaciones públicas y entidades sin ánimo de lucro, siempre que su afectación o explotación no se estimase previsible.”*

Residuos de la Construcción. A este respecto es relevante lo contenido en el art. 82,3 de la Ley 5/2011, ya no solo en referencia a la cesión de la titularidad, sino en referencia al uso al que se destine dicha instalación:

“La cesión puede tener por objeto la propiedad del bien o derecho, su usufructo o solo su uso. En todos los casos, la cesión conlleva para el cesionario la obligación de destinar los bienes al fin expresado en el correspondiente acuerdo.”

Se debe mencionar que en este caso la cesión se puede llevar a cabo debido a que se cumple el requisito de que al ser una cesión que comprende la propiedad de un bien inmueble, únicamente pueden ser cesionarios el Estado y las entidades locales, debido a que en este caso se hace en favor de un Ayuntamiento, considerado como entidad local, es totalmente acorde a derecho. (Art. 82,4 Ley 5/2011)

Esta cesión debe ser llevada a cabo por la persona titular de la consejería competente en materia de patrimonio y asimismo debe ser acordada por el órgano competente para su enajenación, tal y como exponen el art. 83,1 y el art. 83,2 Ley 5/2011.

En último lugar es fundamental recalcar el hecho de que los bienes y derechos objeto de cesión solo pueden destinarse a los fines que la justifican, y en la forma y con las condiciones que se establezcan en el correspondiente acuerdo. (Art. 85,1 Ley 5/2011)

Tras el estudio del procedimiento de cesión de un bien inmueble por parte de la Administración de la Comunidad Autónoma de Galicia en favor del Ayuntamiento X deviene necesario finalizar puntualizando que dicho bien inmueble pasará a formar parte del patrimonio del Ayuntamiento X, tal y como recoge el art. 79,1 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local:

“El patrimonio de las entidades locales está constituido por el conjunto de bienes, derechos y acciones que les pertenezcan.”

3.2 Gestión de la instalación por parte del Ayuntamiento de X.

En primer lugar es necesario mencionar el marco de la regulación de la gestión de servicios de los municipios, tal y como recoge la Constitución Española de 1978 (de ahora en adelante CE) en su art. 137:

“El Estado se organiza territorialmente en municipios, en provincias y en las Comunidades Autónomas que se constituyan. Todas estas entidades gozan de autonomía para la gestión de sus respectivos intereses.”

Las Corporaciones Locales tendrán plena potestad para constituir, organizar, modificar y suprimir los servicios de su competencia, tanto en el orden personal como en el económico o en cualesquiera otros aspectos, con arreglo a la Ley de

Régimen Local y a sus reglamentos y demás disposiciones de aplicación (Art. 30 Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales, de ahora en adelante RS)

Tal y como se apunta en el párrafo anterior, es necesario delimitar el concepto de servicios públicos².

Para finalizar con la delimitación del marco de actuación de los entes municipales, el Tribunal Supremo se pronunció (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 4ª) en la Sentencia de 18 julio 1997 RJ 1997\6123, en el párrafo primero del FJ 2:

“La autonomía local, entendida como derecho y capacidad efectiva de las Entidades locales de ordenar y gestionar una parte importante de los asuntos públicos, en el marco de la Ley, bajo su propia responsabilidad y en beneficio de sus habitantes (art. 3 Carta Europea de Autonomía Local, constituye una garantía institucional según la doctrina que inicia el Tribunal Constitucional con su Sentencia 32/1981, de 28 julio y luego reiterada en múltiples ocasiones (entre otras, SSTC 38/1983, de 16 mayo, 27/1987, de 27 febrero, 76/1988, de 26 abril, y 213/1988, de 11 noviembre). Ello supone, por una parte, la atribución de una esfera de intereses propios y de competencias para su gestión, y, por otra, el reconocimiento de una capacidad de autogestión y de una capacidad para representar y gobernar los intereses de las comunidades que constituyen las entidades locales, impidiendo la existencia de determinados controles de otras Administraciones Públicas.”

3.2.1 Modos de gestión de la Planta de Tratamiento de Residuos de la Construcción.

Establecida la potestad de la que goza el Ayuntamiento de X para proceder a la gestión de sus respectivos intereses es necesario analizar qué modos de gestión son posibles con respecto a la Planta de Tratamiento de Residuos de la Construcción.

Conviene señalar lo recogido en el art. 85,2 LRBRL:

“Los servicios públicos de la competencia local podrán gestionarse mediante alguna de las siguientes formas:

A. Gestión directa:

- a. Gestión por la propia entidad local.*
- b. Organismo autónomo local.*

² Vid., art. 85,1 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local (de ahora en adelante LRBRL): *“Son servicios públicos locales los que prestan las entidades locales en el ámbito de sus competencias.”*

- c. *Entidad pública empresarial local.*
 - d. *Sociedad mercantil local, cuyo capital social sea de titularidad pública.*
- B. *Gestión indirecta, mediante las distintas formas previstas para el contrato de gestión de servicios públicos en la Ley de Contratos del Sector Público.”*

- Gestión directa.

En el caso de que la gestión sea asumida por la propia entidad local puede ser realizada sin tener una organización especializada. 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.

La caracterización de este modo de gestión la encontramos en el art. 68,1 RS:

“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.”

Analizando este precepto podemos extraer una serie de conclusiones:

- a) No existe una limitación del riesgo por parte de la entidad, lo que conllevaría, en el caso de que los servicios tuvieran pérdidas, la asunción de las mismas ilimitadamente.
- b) La no utilización de intermediarios implica que la prestación del servicios de haría íntegramente mediante funcionarios de plantilla.

En contraposición se encuentra la gestión llevada a cabo por la propia entidad local pero mediante una organización especializada.

La diferencia estriba en la aparición de un Consejo de Administración que *“asumirá el gobierno y la gestión superior del servicio, con sujeción a un presupuesto especial, cuya aplicación le estará atribuida, y sus acuerdos serán recurribles en alzada ante la corporación y los de esta ejecutivos e impugnables ante los tribunales competentes.”*³

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.

³ Vid., art. 72 Decreto de 17 de junio de 1955, por el que se aprueba el Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales.

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.

2. 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.”

Diferenciada de esta gestión asumida por la propia entidad local nos encontramos con 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, prestaciones o de gestión de servicios públicos. (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)

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.”*

Del anterior precepto debemos extraer que la elección de esta forma organizativa es discrecional al no existir ninguna regla imperativa al respecto. Se puede afirmar que dicha forma organizativa puede ser utilizada para cualquiera de los servicios o actividades que puedan gestionarse de forma directa.

Un tercer modo de gestión directa sería mediante una entidad pública empresarial local, que podemos definir como organismos públicos a los que se encomienda 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.

De lo anterior se exceptúan la formación de la voluntad de sus órganos, en el ejercicio de las potestades administrativas que tengan atribuidas y en los aspectos específicamente regulados para las mismas en la LOFAGE, en sus estatutos y en la legislación presupuestaria, en base a esto debemos decir que las cuestiones más relevantes se regirían de acuerdo al Derecho público.

Para finalizar con el análisis del modo de gestión mediante la creación de un organismo autónomo local es necesario destacar que 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, desahuciar en vía administrativa a los poseedores de los inmuebles demaniales, una vez extinguido el título que amparaba la tenencia. (Arts. 41,1 y 41,3 LPAP)

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.

En cuarto y último lugar en referencia a la gestión directa surge la necesidad de la exposición del modo de gestión llevado a cabo mediante sociedad de capital íntegramente público⁴.

En esta modalidad de gestión deviene fundamental la creación de una sociedad con financiación y predominio exclusivo de la Administración pública.

Dicha sociedad debe estar dotada de autonomía patrimonial y fundacional y sujeta al derecho de las sociedades mercantiles de capital. El carácter de la sociedad es unipersonal, precisamente por ser una sociedad participada por una Administración pública.

⁴ Es necesario puntualizar que en el art. 295,3 c) de la Ley 5/1997, de 22 de julio, de Administración Local de Galicia se nos señala, como método de gestión directa de un servicio: “*La Sociedad mercantil cuyo capital social pertenezca íntegramente a la Entidad Local.*”

Tal y como recoge 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):

“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.”*

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 nos expone que:

“1. Las sociedades mercantiles locales se registrarán 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.”

Es necesario puntualizar que la sociedad puede tener la forma de sociedad de responsabilidad limitada, pero también puede tener la forma de sociedad anónima, tal y como recoge el art. 89,1 RS:

“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.”

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.

En contraposición, no cabe lugar a la forma de sociedad comanditaria, por necesitar al menos dos socios, ni la Sociedad Nueva Empresa porque sólo podría acoger como socios a personas físicas. (Art. 437 LSC)

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

- Gestión indirecta.

Tras el análisis de las posibilidades que ofrecería una gestión directa de la Administración, debemos centrarnos en la gestión indirecta, recogida en el art. 85,2 B) LRBRL.

Es necesario destacar que la Administración podrá gestionar indirectamente, mediante contrato, los servicios de su competencia, siempre que sean susceptibles de explotación por particulares.

En ningún caso podrán prestarse por gestión indirecta los servicios que impliquen ejercicio de la autoridad inherente a los poderes públicos.

Asimismo el contrato expresará con claridad el ámbito de la gestión, tanto en el orden funcional, como en el territorial. (Artículo 275 LCSP)

En este tipo de contratos es necesario hacer especial mención a su prolongación en el tiempo, en virtud de si se trata de un tipo de contrato u otro, de este modo nos encontramos con que ningún contrato bajo ningún concepto podrá tener carácter perpetuo o indefinido.

Tal y como se recoge en el art 278 LCSP, la duración (y la de las prórrogas que puedan tener lugar) se debe fijar en el pliego de cláusulas administrativas particulares, duración⁵ que no puede exceder el plazo fijado a continuación:

- a) En el caso de que se trate de contratos que comprendan la ejecución de obras y la explotación de servicio público el plazo sería de de 50 años. En el caso de que la explotación sea de mercado o lonja central mayorista de artículos alimenticios gestionados por sociedad de economía mixta municipal, en cuyo caso el plazo podrá ser hasta 60 años.
- b) En los contratos que comprendan la explotación de un servicio público no relacionado con la prestación de servicios sanitarios, la duración sería de 25 años.
- c) En los contratos que comprendan la explotación de un servicio público cuyo objeto consista en la prestación de servicios sanitarios

⁵ En referencia a esta duración temporal se pronunció el Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo) en la Sentencia de 29 abril 1988 RJ 1988\3291 FJ 1: “(...) *la propia esencia de las concesiones de dominio público (...) y la de las autorizaciones para ejercer una actividad privada sobre bien de dominio y servicio públicos, siempre de carácter temporal, sin que la perpetuidad pueda presumirse a falta de indicación expresa, ni la misma, de existir, pueda reputarse válida (...)*”

siempre que no estén comprendidos en la letra a), el plazo será de 10 años.

Teniendo presente que se trata de una Planta de Tratamiento de Residuos de la Construcción, el plazo de duración del contrato sería de 25 años por ser una prestación de servicio público no relacionado con la prestación de servicios sanitarios.

Existen diferentes modos de gestión indirecta, tal y como se exponen en el art. 277 LCSP:

“a) Concesión, por la que el empresario gestionará el servicio a su propio riesgo y ventura.

b) Gestión interesada, en cuya virtud la Administración y el empresario participarán en los resultados de la explotación del servicio en la proporción que se establezca en el contrato.

c) Concierto con persona natural o jurídica que venga realizando prestaciones análogas a las que constituyen el servicio público de que se trate.

d) 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”.

En primer lugar nos encontramos con la concesión, en virtud de la cual se transfiere a una persona física o jurídica la gestión de un servicio. Dicha persona asume el riesgo de la actividad que es objeto de cesión, puede consistir en la construcción de una obra o instalación o la mera prestación del servicio.

La concesión se sustenta sobre la elección de los sujetos mejor capacitados para llevar a cabo la indicada actividad, sobre la delimitación de la concreta actividad que es objeto de cesión, sobre la imposición del ejercicio de la actividad. El no ejercicio sería contrario al interés general y asimismo sobre la potestad de un rescate de tras el paso de un determinado periodo de tiempo, por lo que la Administración podría optar por una gestión directa o por una nueva cesión en beneficio de otros titulares.

Se debe señalar una nota característica de la concesión, reflejada en la jurisprudencia del Tribunal Supremo, en la Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 7ª, de 16 abril 2002 RJ 2002\7005, en su FJ 6:

“(…) podemos llegar a la conclusión que en todo régimen concesional existe una relación bilateral paccionada, (...) consideraciones jurisprudenciales que reconocían el carácter concesional sobre la base de un vínculo contractual del que

derivaban recíprocos derechos y obligaciones, o aquellas en las que se consideraba que se trataba de un concierto de obligatoria observancia o de un contrato bilateral (...)”

Tras la exposición de la concesión es necesario exponer la gestión interesada, la cual tiene una escasa aplicación práctica y la podemos definir como un modo de gestión en virtud del que la Administración y el empresario participarán en los resultados de la explotación del servicio en la proporción que se establezca en el contrato.

La base de este modo de gestión es el interés recíproco de la Administración y del gestor, que trata de conseguir el mejor funcionamiento posible del servicio, porque cuanto mejor sea ese servicio más beneficio le reportará⁶.

El concepto de concierto lo podemos delimitar diciendo que las operaciones locales podrán prestar los servicios de su competencia mediante concierto con otras entidades públicas o privadas y con los particulares, utilizando los que unas u otros tuvieran establecidos, sin que el concierto origine nueva persona jurídica entre las mismas. (Art. 143 RS)

El art. 277 LCSP nos da una noción de concierto con persona natural o jurídica que venga realizando prestaciones análogas a las que constituyen el servicio público de que se trate.

Tras estos dos preceptos podemos concluir que en un concierto nos encontramos con el contratante, es decir, la Corporación local, el concertado o gestor del servicio que puede ser otra Administración pública o un particular y, para finalizar, un beneficiario o usuario del servicio.

En referencia al pago del servicio es necesario resaltar que el mismo se fijará en un tanto alzado inalterable, y de carácter conjunto por la totalidad del servicio en un tiempo determinado, o por unidades a precio fijo. (Art. 146 RS)

Cabe destacar que el concierto podrá establecerse con personas o entidades radicantes dentro o fuera del territorio de la entidad local, situación que no es infrecuente debido al carácter de modalidad gestora del propio concierto.

⁶ En este sentido la jurisprudencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 3ª) se ha pronunciado en la Sentencia de 9 febrero 1998 RJ 1998\1583, párrafo II, FJ 2: “*Cuando el sistema concesional entra en crisis, se van abriendo paso tímidamente otras formas de gestión. En el sector del transporte y respecto a los servicios de transporte regular de viajeros, la previsión de otras fórmulas de gestión diferentes de la figura tradicional de la concesión, como el concierto y la gestión interesada, y así, como excepción al régimen concesional, establece que cuando existan motivos que lo justifiquen, la Administración podrá decidir que la explotación se lleve a cabo a través de cualquiera de los procedimientos de gestión de servicios públicos previstos en la legislación reguladora de la contratación administrativa.*”

En último lugar debemos destacar el modo de gestión mediante una sociedad de economía mixta. Dichas sociedades las podemos definir como sociedades en las que la Administración es partícipe, por sí o por medio de una entidad pública, en concurrencia con personas naturales o jurídicas, este modo de gestión ha sido habitual en la práctica local. (Art. 277 LCSP)

En cuanto al régimen jurídico de esta sociedad, existe una remisión genérica al Derecho privado, que es justamente lo que justifica que esta sea una alternativa relativamente frecuente en la práctica, a pesar de que no hay que perder de vista ciertos aspectos⁷.

El Tribunal Supremo aclaró una divergencia en cuanto a la posesión de la titularidad cuando se produce la gestión por medio de una sociedad mixta.⁸

Como consecuencia de la naturaleza de la sociedad de economía mixta debemos destacar una doble sujeción, por un lado la sujeción a las exigencias propias del derecho público de la contratación y la sumisión al control y dirección de la actividad gestionada por parte de la Administración y por otro lado la existencia de una sujeción a las reglas generales del derecho que conciernen a las sociedades mercantiles.

Derivado del párrafo anterior nos encontramos con que la constitución de una sociedad de este tipo se debe regir por los principios de libertad de acceso a las licitaciones, publicidad y transparencia de los procedimientos, y no discriminación e igualdad de trato entre los candidatos, y de asegurar, en conexión con el objetivo de estabilidad presupuestaria y control del gasto, una eficiente utilización de los fondos destinados a la realización de obras, la adquisición de bienes y la contratación de servicios mediante la exigencia de la definición previa de las necesidades a satisfacer, la salvaguarda de la libre competencia y la selección de la oferta económicamente más ventajosa. (Art. 1 LCSP)

4. CONCLUSIONES.

- La cesión de la Planta de Tratamiento de Residuos de la Construcción en favor del Ayuntamiento de X debe realizarse siempre teniendo una doble perspectiva presente:

Dicha infraestructura debe ser utilizada para alcanzar unos determinados fines de utilidad pública o interés social.

⁷ Vid., art. 85 ter párrafo primero LRBRL: “(...) 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.”

⁸ Tal y como expone en la Sentencia de 20 junio 1986 RJ 1986\4743, en el FJ 4: “(...) hay que concluir que la creación de la Empresa Mixta, «Mercabilbao, S. A.», no traslada a la misma la titularidad del servicio público de que se trata, que conserva el Ayuntamiento demandado, en virtud de la cual ejerce aquellas actividades de gestión respecto a los usuarios (...)”

La existencia de la obligación por parte del Ayuntamiento de X de destinar los bienes al fin concreto recogido en el acuerdo de cesión.

- Cualquiera de los modos de gestión directa serían adecuados para la gestión de la planta de tratamiento de residuos de la construcción, con la salvedad de que no se podría llevar a cabo mediante una entidad pública empresarial local debido a que las competencias de dichas entidades se recogen en los Arts. 41,1 y 41,3 LPAP.

Tras el análisis de las distintas posibilidades que ofrece la gestión indirecta de la instalación podemos concluir que cualquiera de las formas recogidas en el art. 277 LCSP podrían ser aplicadas en el caso concreto referente a la Planta de Tratamiento de Residuos de la Construcción.

Tal es mi parecer que emito en A Coruña, a 3 de enero de 2013 y que, como siempre, someto a otro mejor fundado en Derecho.

Jorge Mejuto García

**ANÁLISIS JURÍDICO DE LA
LEGALIDAD DEL ACTO DE CREACIÓN
DE LA SOCIEDAD MERCANTIL PARA
LA GESTIÓN DEL SERVICIO PÚBLICO
DE TRATAMIENTO DE RESIDUOS DEL
AYUNTAMIENTO DE X.**

Enero 2013

ÍNDICE

1. OBJETO DEL INFORME	3
2. ANTECEDENTES	3
3. COMENTARIOS	3
3.1 Consideraciones previas	3
3.2 Análisis de la naturaleza jurídica de la relación entre el Ayuntamiento X y la Sociedad Lixonon, así como su sometimiento al régimen de la contratación pública de la Ley de Contratos del Sector Público	4
3.3 Estudio de la posibilidad de que la Sociedad Lixonon preste sus servicios a otros entes locales a través de la firma de un convenio administrativo	7
3.3.1 Valoraciones previas	7
3.3.2 Posibilidad de la prestación de servicios mediante la firma de un convenio administrativo	10
3.4 Consecuencias derivadas de la venta de participaciones a otras entidades públicas y/o privadas	13
3.4.1 Consecuencias derivadas de la venta de participaciones a una entidad pública	13
3.4.2 Consecuencias derivadas de la venta de participaciones a una entidad privada	14
4. CONCLUSIONES	16

1. OBJETO DEL INFORME.

Se requiere a este letrado para la emisión de informe jurídico a cerca de la naturaleza jurídica de la relación entre el Ayuntamiento X y la Sociedad Lixonon. Así como su sometimiento al régimen de la contratación pública de la Ley de Contratos del Sector Público, la posibilidad de que esta sociedad preste sus servicios a otros entes locales a través de la firma de un convenio administrativo y las consecuencias derivadas de la venta de participaciones a otras entidades públicas y/o privadas.

2. ANTECEDENTES.

En el año 2010 se crea la sociedad mercantil Lixonon, cuyo capital era 100% municipal. Tras esta creación se aprueban los estatutos de dicha sociedad y se nombra su respectivo Consejo de Administración.

Ante esta actuación surge la disconformidad del grupo de la oposición, el cual pretende impugnar la creación de la entidad. Esta impugnación la fundamentan en que se debería haber optado por la creación de una entidad de Derecho público para la gestión de ese servicio público, en vez de por una sociedad mercantil.

Asimismo hace alusión a la posibilidad de que no sea correcta la adjudicación directa del servicio a la sociedad sin previa licitación y por último se plantea la posibilidad de la no adecuación a los requisitos exigidos por el art. 97 del Real Decreto Legislativo 781/1986, de 18 de abril, por el que se aprueba el Texto Refundido de las Disposiciones Legales vigentes en materia de Régimen Local.

3. COMENTARIOS.

3.1 Consideraciones previas.

Para comenzar es necesario delimitar la reserva que se hace en favor de las entidades locales de las siguientes actividades o servicios esenciales: abastecimiento y depuración de aguas; recogida, tratamiento y aprovechamiento de residuos; suministro de calefacción; mataderos, mercados y lonjas centrales; transporte público de viajeros. El Estado y las Comunidades Autónomas, en el ámbito de sus respectivas competencias, podrán establecer, mediante Ley, idéntica reserva para otras actividades y servicios¹.

¹ Vid., art. 86,3 Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local.

La materia que es objeto de análisis en este informe jurídico (tratamiento de residuos) es una de las actividades reservadas en favor de las entidades locales, precisamente por ese servicio esencial que representa para la sociedad, pudiéndolo considerar como un servicio de interés público.

3.2 Análisis de la naturaleza jurídica de la relación entre el Ayuntamiento X y la Sociedad Lixonon, así como su sometimiento al régimen de la contratación pública de la Ley de Contratos del Sector Público.

Antes de proceder al análisis de la relación jurídica entre el Ayuntamiento de X y la sociedad Lixonon deviene necesario delimitar la propia naturaleza de la entidad Lixonon.

Esta entidad es una entidad con capital 100% público y tiene una serie de especialidades. Es una sociedad participada en exclusiva (de manera directa o indirecta) por el Ayuntamiento de X, por lo que se configura como un modo de gestión directa de un determinado servicio público local, como es el tratamiento de los residuos derivados de la construcción².

Tras este breve apunte es necesario comenzar exponiendo que en el caso concreto que nos ocupa, el Ayuntamiento de X, como Administración pública que es, decidió realizar un encargo directo a la sociedad Lixonon, para que se encargara de la gestión de un determinado servicio. Este encargo puede ser denominado como un encargo a medio propio o in house, tal y como se acuña este tipo de actuación en el Derecho europeo.

Esta calificación tiene unas importantes consecuencias como la exclusión de la regulación de la Ley de Contratos del Sector Público, tal y como se recoge en el art. 4,1 letra n) del Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público:

“1. 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

² Vid., art. 85 ter Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local: “1. Las sociedades mercantiles locales se registrarán 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.

3. Los estatutos determinarán la forma de designación y el funcionamiento de la Junta General y del Consejo de Administración, así como los máximos órganos de dirección de las mismas.”

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 137.1 y 190.”

Reforzando la afirmación de la no sujeción a la Ley de Contratos del Sector Público debemos exponer que la naturaleza de la relación entre la entidad Lixonon y el Ayuntamiento de X se basa en una mera orden o mandato, no en un contrato oneroso, referente a la prestación de un servicio público. La relación existente en este caso es una relación de dependencia entre un ente matriz, como podríamos considerar al Ayuntamiento de X, y un ente encomendado, como sería la sociedad Lixonon. Esta Sociedad simplemente se limitaría a cumplir órdenes de trabajo que emanarían del ente matriz, estableciendo así una organización puramente interna.

El principio que subyace en este supuesto de hecho es la capacidad autoorganizativa de un ente local y su discrecionalidad a la hora de ejercer determinadas potestades.

En este sentido, la doctrina especializada señala que 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 pleno³.

Tal y como recoge el art. 24,6 de Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, en referencia a la ejecución de obras y fabricación de bienes muebles por la Administración, y ejecución de servicios con la colaboración de empresarios particulares:

“6. 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

³ Vid., PERNAS GARCÍA, J. “La exigencia de “control análogo” en las encomiendas a medios propios”. Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica, nº 311, septiembre-diciembre 2009, pag.236.

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.

En todo caso, se entenderá que los poderes adjudicadores ostentan sobre un ente, organismo o entidad un control análogo al que tienen sobre sus propios servicios si pueden conferirles encomiendas de gestión que sean de ejecución obligatoria para ellos de acuerdo con instrucciones fijadas unilateralmente por el encomendante y cuya retribución se fije por referencia a tarifas aprobadas por la entidad pública de la que dependan.

La condición de medio propio y servicio técnico de las entidades que cumplan los criterios mencionados en este apartado deberá reconocerse expresamente por la norma que las cree o por sus estatutos, que deberán determinar las entidades respecto de las cuales tienen esta condición y precisar el régimen de las encomiendas que se les puedan conferir o las condiciones en que podrán adjudicárseles contratos, y determinará para ellas la imposibilidad de participar en licitaciones públicas convocadas por los poderes adjudicadores de los que sean medios propios, sin perjuicio de que, cuando no concurra ningún licitador, pueda encargárseles la ejecución de la prestación objeto de las mismas.”

Entrando a examinar precisamente la encomienda de gestión de un servicio público conviene exponer que las disposiciones de la Ley de Contratos del Sector Público referidas a este contrato no serán aplicables 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 cuyo capital sea, en su totalidad, de titularidad pública⁴.

Para proceder a la verificación de la existencia de una relación in house, es necesario que se den dos factores de forma cumulativa: que el ente encomendado dependa del ente encomendante; y que tenga una dedicación casi exclusiva a los encargos del ente o entes que lo controlan. Es una mera prolongación administrativa del poder adjudicador, que carece de vocación de mercado y que está únicamente preordenada a la consecución de los fines de interés públicos atribuidos a la entidad encomendante⁵.”

Para que se dé esta relación in house debe existir una supremacía del ente matriz sobre el ente al que se le hace la encomienda. Supremacía que debe verificarse de dos modos:

⁴ Vid., art. 8,2 Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, referente al contrato de gestión de servicios públicos.

⁵ Vid., PERNAS GARCÍA, J. “La exigencia de “control análogo” en las encomiendas a medios propios”. Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica, nº 311, septiembre-diciembre 2009, pag.243.

En primer lugar, es preciso verificar si el Ayuntamiento de X tiene una influencia sobre la gestión estratégica y sobre todas las decisiones importantes de la sociedad Lixonon, lo cual dejaría a esta última en una situación de carencia de autonomía decisoria⁶.

Aparentemente la influencia a la que hemos hecho referencia en el párrafo anterior podría venir determinada por el hecho de que el 100% del capital social de la sociedad Lixonon es de carácter local, pero este razonamiento no es definitivo, tal y como ha establecido la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea⁷.

En segundo lugar es necesario destacar la predisposición de la sociedad Lixonon, como sociedad encomendada, para cumplir con los objetivos de interés público pretendidos por el Ayuntamiento de X, que es el ente matriz.

Ambos requisitos los encontramos recogido en la doctrina del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas mediante la Sentencia de 18 de noviembre de 1999 (TJCE 1999, 270) asunto C-107/98, Teckal, en el apartado 50:

“(...) el ente territorial ejerza sobre la persona de que se trate un control análogo al que ejerce sobre sus propios servicios y esta persona realice la parte esencial de su actividad con el ente o los entes que la controlan.”

En este supuesto de hecho un aspecto que nos pone de relevancia el control que ejerce el ente local en cuestión, es que el Ayuntamiento de X se encarga de la aprobación de los estatutos de la sociedad Lixonon y se nombra al Consejo de Administración.

3.3 Estudio de la posibilidad de que la Sociedad Lixonon preste sus servicios a otros entes locales a través de la firma de un convenio administrativo.

3.3.1 Valoraciones previas.

En el presente supuesto de hecho el Ayuntamiento de X, mediante la Sociedad Lixonon, prestaría sus servicios referentes al tratamiento de

⁶ En este sentido se pronunció el Tribunal Supremo en la Sentencia de 22 de abril de 2005 RJ 2005/4716, que en su FJ 7 nos dice que: *“(...) Ayuntamiento de Torrent no ostenta societariamente una influencia dominante en la vida mercantil de Aigües de l'Horta SA lo que no sería óbice para su incardinación como empresa pública a efectos de las Directivas comunitarias en determinados sectores (...).”*

⁷ En este sentido nos encontramos con la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 11 de mayo de 2006, asunto C-340/04, Carbotermo Spa, Consorzio Alisei/Comune di Busto Arsizio, AGESP Spa, ap. 37: *“El hecho de que el poder adjudicador posea, por sí solo o junto con otros poderes públicos, la totalidad del capital de una sociedad adjudicataria tiende a indicar, sin ser un indicio decisivo, que dicho poder adjudicador ejerce sobre dicha sociedad un control análogo al que ejerce sobre sus propios servicios.”*

residuos de la construcción derivado de la necesaria colaboración entre entes locales para el ejercicio de sus competencias.

En este caso concreto no nos encontramos ante un contrato de cooperación entre dos entes locales. En dicho contrato ambas partes aportarían una determinada actividad en un sentido concreto y con un fin común, por la contra en este caso tenemos una parte principal, el Ayuntamiento de X mediante su Sociedad Lixonon y otra parte que podríamos señalar como secundaria, que sería el otro ente local que recibiría la prestación de servicios.

Derivado de lo anterior debemos tener presente que la Administración General del Estado, las de las Comunidades Autónomas y las Entidades que integran la Administración Local deberán colaborar y auxiliarse para aquellas ejecuciones de sus actos que hayan de realizarse fuera de sus respectivos ámbitos territoriales de competencias⁸.

Es necesario hacer referencia en este momento al precepto contenido en el art. 103,1 de la Constitución Española que nos dice que:

“La Administración Pública sirve con objetividad los intereses generales y actúa de acuerdo con los principios de eficacia, jerarquía, descentralización, desconcentración y coordinación, con sometimiento pleno a la Ley y al Derecho.”

Haciendo referencia a la legislación correspondiente, plasmada en la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local, debemos hacer mención al art. 10,1 que nos expone que:

“La Administración local y las demás Administraciones Públicas ajustarán sus relaciones recíprocas a los deberes de información mutua, colaboración, coordinación y respeto a los ámbitos competenciales respectivos.”

En el mismo sentido se pronuncia párrafo primero del art. 57 de la mencionada ley que nos dice que:

“La cooperación económica, técnica y administrativa entre la Administración local y las Administraciones del Estado y de las Comunidades Autónomas, tanto en servicios locales como en asuntos de interés común, se desarrollará con carácter

⁸ Vid., art. 4 Ley 30/1992, de 26 de noviembre de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, referente a los principios de las relaciones entre las Administraciones Públicas.

voluntario, bajo las formas y en los términos previstos en las Leyes, pudiendo tener lugar, en todo caso, mediante los consorcios o convenios administrativos que suscriban.”

Estos preceptos cobran gran importancia si procedemos al análisis de la disposición geográfica de la Comunidad Autónoma de Galicia. Mediante el análisis de los datos del Registro de Municipios podemos extraer que existen 315 municipios en Galicia. De dichos municipios, más de dos tercios tienen una densidad de población inferior a la media nacional (91 hab./Km²). Con estos datos no es de extrañar que en la Comunidad Autónoma de Galicia existan 41 mancomunidades, mancomunidades formadas con el fin de cubrir determinados servicios públicos como son los referentes a la recogida y tratamiento de RSU, a la prevención y extinción de incendios, al fomento del turismo y a actividades culturales⁹.

Teniendo presentes estos datos se hace más patente la necesaria colaboración y cooperación entre entes locales con el fin de lograr un eficaz y adecuado funcionamiento de los servicios públicos.

A estos aspectos tanto demográficos como geográficos, se debe añadir la posible limitación referente a la capacidad técnica de la que disponen determinados entes locales para la gestión de determinados servicios que son de su competencia, como lo es en este caso el tratamiento de residuos de la construcción, en suma, y claramente influenciado por la situación económica de crisis actual es posible que determinados entes locales no dispongan de los suficientes recursos para la prestación de dichos servicios.

Derivado de todas las consideraciones anteriores podemos concluir que determinados entes locales se pueden ver avocados a la cooperación y colaboración para poder prestar, por sí mismo o mediante una asociación, los servicios que el propio legislador les ha impuesto como obligatorios¹⁰, así como tampoco podrían desarrollar las competencias que les han sido atribuidas¹¹.

⁹ Vid., “Las Entidades Locales en Galicia”. Estudio realizado por la Secretaría de Estado de Administraciones Públicas, Ministerio de Política Territorial.

¹⁰ Vid., art. 26,1 Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local: “*Los Municipios por sí o asociados deberán prestar, en todo caso, los servicios siguientes:*

- a. *En todos los Municipios: alumbrado público, cementerio, recogida de residuos, limpieza viaria, abastecimiento domiciliario de agua potable, alcantarillado, acceso a los núcleos de población, pavimentación de las vías públicas y control de alimentos y bebidas.*
- b. *En los Municipios con población superior a 5.000 habitantes-equivalentes, además: parque público, biblioteca pública, mercado y tratamiento de residuos.*

En definitiva, la colaboración y cooperación debe estar presente entre las entidades locales, o cualquier otro tipo de Administración pública, con el fin único de garantizar una buena administración.

3.3.2 Posibilidad de la prestación de servicios mediante la firma de un convenio administrativo.

La posible prestación de servicios por parte de la Sociedad Lixonon a otro ente distinto de su ente matriz se debería formalizar en un convenio intermunicipal de encomienda de gestión¹².

Esta cooperación será válida siempre y cuando dicha cooperación se rija únicamente por consideraciones y exigencias características de la persecución de objetivos de interés público.

En este caso concreto debemos tener presente que lo que se establece es la mera prestación de servicios por parte de la Sociedad Lixonon a otro

c. *En los municipios con población superior a 20.000 habitantes-equivalentes, además: protección civil, prestación de servicios sociales, prevención y extinción de incendios e instalaciones deportivas de uso público.*

d. *En los Municipios con población superior a 50.000 habitantes-equivalentes, además: transporte colectivo urbano de viajeros y protección del medio ambiente.*

2. *Los Municipios podrán solicitar de la Comunidad Autónoma respectiva la dispensa de la obligación de prestar los servicios mínimos que les correspondan según lo dispuesto en el número anterior cuando, por sus características peculiares, resulte de imposible o muy difícil cumplimiento el establecimiento y prestación de dichos servicios por el propio Ayuntamiento.*

3. *La asistencia de las Diputaciones a los Municipios, prevista en el artículo 36, se dirigirá preferentemente al establecimiento y adecuada prestación de los servicios públicos mínimos, así como la garantía del desempeño en las Corporaciones municipales de las funciones públicas a que se refiere el número 3 del artículo 92 de esta Ley.*

4. *Sin perjuicio de lo establecido en el artículo 40, las Comunidades Autónomas podrán cooperar con las Diputaciones Provinciales, bajo las formas y en los términos previstos en esta Ley, en la garantía del desempeño de las funciones públicas a que se refiere el apartado anterior. Asimismo, en las condiciones indicadas, las Diputaciones Provinciales podrán cooperar con los entes comarcales en el marco de la legislación autonómica correspondiente."*

¹¹ Vid., art.25, 2 letra l) Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local: *"El Municipio ejercerá, en todo caso, competencias, en los términos de la legislación del Estado y de las Comunidades Autónomas, en las siguientes materias: l. Suministro de agua y alumbrado público; servicios de limpieza viaria, de recogida y tratamiento de residuos, alcantarillado y tratamiento de aguas residuales."*

¹² Vid., art. 15, 4 referente a la encomienda de gestión, Ley 30/1992, de 26 de noviembre de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común: *"Cuando la encomienda de gestión se realice entre órganos y Entidades de distintas Administraciones se formalizará mediante firma del correspondiente convenio entre ellas, salvo en el supuesto de la gestión ordinaria de los servicios de las Comunidades Autónomas por las Diputaciones Provinciales o en su caso Cabildos o Consejos insulares, que se regirá por la legislación de Régimen Local."*

ente local. Esta petición se realiza sin ninguna mención expresa a la colaboración entre el Ayuntamiento de X y el otro ente local.

Con respecto a este apartado debemos mencionar la Sentencia del tribunal Superior de Justicia de Valencia, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 3ª, núm. 1234/2002 de 3 julio RJCA 2002\1056 que nos expone en su FJ 5 que:

“(...) no pueden catalogarse como actos administrativos equiparables y, en principio, sujetos a las mismas condiciones aquél que consiste en la propia prestación del servicio por parte de la Administración titular del mismo –y en el que existe únicamente una modulación (por importante que ésta sea, pero modulación al fin y al cabo) en la forma jurídica de desarrollar la gestión: entidad de Derecho privado– con aquel que consiste en la prestación del servicio por un tercero por más que en el ámbito interno de este tercero aparezca una persona pública dominando la vida social del ente privado.”

Tomando como referencia este extracto de la Sentencia es necesario compararlo con nuestro supuesto de hecho. La relación de la Sociedad Lixonon con un ente local distinto del que ostenta la totalidad de su capital será exactamente la misma que podría tener otra tercera persona jurídica con un ente local debido a que no existiría la mencionada relación de dependencia entre el ente matriz y el ente instrumental.

Estaríamos ante una situación de gestión indirecta del servicio público. El Tribunal Superior de Justicia de Valencia llegó a la siguiente conclusión:

“(...) Aigües de l'Horta, SA, es igual de tercero que cualquier otra persona jurídica de Derecho privado al no mediar vinculación alguna entre esta persona jurídica y el Ayuntamiento de Xirivella. Y es que la participación mayoritaria en esta sociedad del Ayuntamiento de Torrent cuenta con relevancia dentro del propio espacio físico en el que este municipio desarrolla una actividad prestacional de servicios pero no cuando los mismos se ejercen extramuros de tal localidad... En este supuesto la sociedad por él constituida pierde los rasgos singulares que le son característicos para entrar en el mercado como una entidad más que trata de diseñar su volumen comercial por el cauce de un incremento en la prestación de servicios públicos –objetivo tendencial explícito de la sociedad– que le pueden ser adjudicados.

Es necesario destacar la problemática surgida en torno a la figura de la firma de determinados convenios intermunicipales, tal y como se recoge en la Sentencia núm. 925/2000 de 30 octubre RJCA 2000\2309 del Tribunal Superior de Castilla-La Mancha, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección 2ª:

“(…) convenio encubre una auténtica concesión o cesión de la gestión del servicio público por un tercero distinto de la propia Administración local titular del servicio que hasta ese momento venía prestándolo en forma directa, siendo ese tercero en este caso la empresa municipal de otra entidad local constituida para la gestión directa del servicio de abastecimiento de agua potable en su municipio. Se utiliza la figura del convenio intermunicipal, pero esta institución no es sino una cobertura meramente nominal o formal de lo que realmente ocurre: la transferencia de potestades administrativas para la gestión de un servicio público municipal a una persona jurídica privada que actúa en el tráfico jurídico como una sociedad mercantil aunque se haya constituido por una entidad local diferente para la gestión en el ámbito del propio municipio de ese mismo servicio. En consecuencia, dicha cobertura ha de considerarse fraudulenta. En realidad, se pasa a un sistema de gestión indirecta del servicio público de que se trata.”

Para concluir se debe destacar que si el Ayuntamiento de X y el segundo ente local tenían la intención de establecer una cooperación económica, técnica y administrativa, podría ser perfectamente viable mediante la firma de un convenio interadministrativo¹³.

En la relación jurídica entre el segundo ente local y la Sociedad Lixonon no se da un caso concreto de cooperación, si no que estaríamos ante una relación jurídica marcada por la onerosidad de la misma¹⁴, lo que nos

¹³ Vid., art. 57 Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora Bases de Régimen Local: *“La cooperación económica, técnica y administrativa entre la Administración local y las Administraciones del Estado y de las Comunidades Autónomas, tanto en servicios locales como en asuntos de interés común, se desarrollará con carácter voluntario, bajo las formas y en los términos previstos en las Leyes, pudiendo tener lugar, en todo caso, mediante los consorcios o convenios administrativos que suscriban.*

De cada acuerdo de cooperación formalizado por alguna de estas Administraciones se dará comunicación a aquellas otras que, resultando interesadas, no hayan intervenido en el mismo, a los efectos de mantener una recíproca y constante información.”

¹⁴ Vid., art. 1 de la Directiva 2004/18/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 31 de marzo de 2004, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, de suministro y de servicios (DO L 134, p. 114), que lleva como epígrafe «Definiciones», establece en su

avoca a la conclusión de que lo que se debe dar entre el segundo ente local y la Sociedad Lixonon es la formulación de un contrato de prestación de servicios sujeto a la Ley de Contratos del Sector Público¹⁵.

3.4 Consecuencias derivadas de la venta de participaciones a otras entidades públicas y/o privadas.

3.4.1 Consecuencias derivadas de la venta de participaciones a una entidad pública.

Debemos comenzar exponiendo lo recogido en el art. 85,2 A letra d) de la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local (LBRL):

“2. 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.”

Derivado del precepto anterior podemos extraer la posibilidad de que la Sociedad Lixonon esté participada por varios entes locales, es decir, para un solo ente instrumental existirían varios entes dominantes, lo que derivaría en una gestión conjunta de medios instrumentales de los servicios públicos por ambos entes locales. Esta gestión conjunta encuentra su fundamento en dos aspectos:

- Aspecto material, tanto en cuanto, determinados entes locales se encuentran en una situación en la que no son capaces de organizar y llevar a cabo la prestación de un determinado servicio público.
- Aspecto estructural, derivado de la necesidad de una redistribución formal de las competencias atribuidas a las distintas

apartado 2: “Son “contratos públicos” los contratos onerosos y celebrados por escrito entre uno o varios operadores económicos y uno o varios poderes adjudicadores, cuyo objeto sea la ejecución de obras, el suministro de productos o la prestación de servicios en el sentido de la presente Directiva.”

¹⁵ Vid., art. 8 referente al contrato de gestión de servicios públicos: “1. El contrato de gestión de servicios públicos es aquél en cuya virtud una Administración Pública o una Mutua de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales de la Seguridad Social, encomienda a una persona, natural o jurídica, la gestión de un servicio cuya prestación ha sido asumida como propia de su competencia por la Administración o Mutua encomendante. Las Mutuas de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales sólo podrán realizar este tipo de contrato respecto a la gestión de la prestación de asistencia sanitaria.

2. Las disposiciones de esta Ley referidas a este contrato no serán aplicables 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 cuyo capital sea, en su totalidad, de titularidad pública.”

administraciones territoriales. Dicha redistribución tendría la finalidad de conseguir una eficaz prestación de servicios por parte de las entidades locales¹⁶.

Tras el análisis de la posibilidad de que ambos entes locales controlen la Sociedad Lixonon debemos hacer mención al mantenimiento del carácter de medio propio o in house de la Sociedad Lixonon. Este carácter se mantiene siempre y cuando se cumplan la doctrina Teckal referente al control de las administraciones locales participantes. Esta doctrina no especifica una cantidad determinada de participaciones que se deben poseer¹⁷.

Para concluir es necesario resaltar que en el caso de fórmulas asociativas de control conjunto como la presente han de establecerse con carácter expreso la prohibición de entrada de capital o socios privados a lo largo de la vida de la entidad. Asimismo es necesario que el ente instrumental ejerza la parte esencial del conjunto de sus actividades para las entidades matrices que lo controlan, plasmándose de este modo la potestad autoorganizativa de las entidades locales.

3.4.2 Consecuencias derivadas de la venta de participaciones a una entidad privada.

En el caso de que parte de la totalidad del capital público de la Sociedad Lixonon se venda a una entidad privada nos encontraríamos ante la conversión de dicha sociedad mercantil local en una sociedad de economía mixta.

Con respecto a dicha sociedad de economía mixta debemos destacar el art. 85,2 B) LRBRL:

“2. Los servicios públicos de la competencia local podrán gestionarse mediante alguna de las siguientes formas:

¹⁶ Vid., Sentencia núm. 18/1982 Tribunal Constitucional (Pleno) de 4 mayo RTC 1982\18: *“Como alega la Abogacía del Estado, la obligación de remitir los Boletines Oficiales se explica como un deber de colaboración dimanante del general deber de auxilio recíproco entre autoridades estatales y autónomas. Este deber, que no es menester justificar en preceptos concretos, se encuentra implícito en la propia esencia de la forma de organización territorial del Estado que se implanta en la Constitución, aunque no es ocioso recordar que el principio de coordinación, en relación con las Comunidades Autónomas, se eleva por la norma fundamental a la consideración de uno de los principios de actuación (artículos 103.1 y 152).”*

¹⁷ Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades europeas sentencia de 11.5.2006, As. C-340/04) Carbotermo: *“El hecho de que el poder adjudicador posea, por sí solo o junto con otros poderes públicos, la totalidad del capital de una sociedad adjudicataria tiende a indicar, sin ser un indicio decisivo, que dicho poder adjudicador ejerce sobre dicha sociedad un control análogo al que ejerce sobre sus propios servicios.”*

B. *Gestión indirecta, mediante las distintas formas previstas para el contrato de gestión de servicios públicos en la Ley de Contratos del Sector Público.*”

Siguiendo la referencia del anterior artículo debemos remitirnos al art. 277 d) de la LCSP:

“Modalidades de la contratación.

La contratación de la gestión de los servicios públicos podrá adoptar las siguientes modalidades:

d) 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.”

En el presente supuesto de hecho debemos puntualizar que la entrada de este capital privado en la sociedad pública se produce tras la adjudicación de la gestión de la planta de tratamiento de residuos de la construcción.

Con respecto a este supuesto y tal y como expone Pernas García, J, José:

“La selección de un socio privado para su participación en una sociedad íntegramente pública, que ha recibido previamente un encargo *in house*, puede ser considerada como la adjudicación de un contrato o concesión a favor del operador privado elegido. Esto obligaría al ente que realiza la selección a respetar las normas en materia de contratación pública o, en su caso, los principios generales de igualdad de trato y transparencia, con la finalidad de permitir que cualquier operador económico pueda acceder a la prestación de dichas actividades hasta entonces reservadas¹⁸.”

Asimismo es necesario recalcar la Sentencia del Tribunal de Justicia la Unión Europea *Commune di Ponte Nossa* (2009):

“en el supuesto de que se hubiera adjudicado un contrato sin convocatoria de licitación a una sociedad de capital público (...), el hecho de que ulteriormente, pero todavía durante el período de vigencia de ese contrato, se admitiera la participación de accionistas privados en el capital de dicha sociedad constituiría un cambio de una condición fundamental del contrato que necesitaría una convocatoria de licitación.”

Es necesario puntualizar que esta participación privada determinada el momento a partir del cual no se puede considerar un ente instrumental como medio propio o *in house*.

¹⁸ Vid., Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica, nº 311, septiembre-diciembre 2009, pag.269.

Continuando con la idea del párrafo anterior debemos concluir que esta participación privada posterior constituye un cambio en las condiciones fundamentales del contrato. Hecho por el cual sólo cabe la convocatoria de una licitación pública sujeta a los requisitos establecidos en la LCSP.

4. CONCLUSIONES.

- La naturaleza jurídica de la relación entre el Ayuntamiento de X y la Sociedad Lixonon la podemos definir como una relación de operaciones con un medio propio o in house. Esta calificación deriva del carácter de ente instrumental que se observa en la sociedad y su total sometimiento y subordinación, derivado de la jerarquía existente, a las órdenes del ente matriz, que sería el Ayuntamiento de X.
- Derivado de este carácter de medio propio o in house la Sociedad Lixonon no se encuentra bajo el régimen de la Ley de Contratos del Sector Público, en virtud de la remisión expresa que encontramos en el art. 4,1 n) de la mencionada ley.
- La prestación de servicios por parte de la sociedad Lixonon a otro ente local la debemos considerar como un contrato de prestación de servicios que consecuentemente tendría una contraprestación económica, configurándose un contrato bilateral oneroso. Esto se deduce de que la relación es entre un segundo ente local (ocupando la misma posición que un tercero) y una sociedad mercantil. Sólo cabría la posibilidad de hablar de un convenio administrativo en el caso de que ambos entes locales cooperarán efectivamente para llevar a cabo la prestación de servicios de tratamiento de residuos de la construcción.
- Con relación a la posibilidad de que se vendan participaciones de la sociedad mercantil local Lixonon a otro ente local, la naturaleza jurídica de dicha sociedad no se transformaría. A pesar de esta venta de participaciones se seguiría produciendo un control sobre la sociedad por lo que no variaría su consideración de ente instrumental dependiente de un ente matriz. Aunque en este caso el ente matriz no es simplemente el Ayuntamiento de X, sino que se añadiría el segundo ente local.
- La consecuencia derivada de la venta de participaciones a una entidad privada es la transformación de la sociedad mercantil local Lixonon en una sociedad de economía mixta. Esta sociedad ya no se puede regir por las mismas reglas que se venía rigiendo cuando era una sociedad mercantil local y su capital era 100% público, ahora se debe regir por las normas de la Ley de Contratos del Sector Público.

En segundo lugar debemos puntualizar que si la Sociedad Lixonon ya fue adjudicataria de un contrato público se debe proceder a la convocatoria de

una licitación pública conforme a las normas recogidas en la Ley de Contratos del Sector Público.

Tal es mi parecer que emito en A Coruña, a 3 de enero de 2013 y que, como siempre, someto a otro mejor fundado en Derecho.

Jorge Mejuto García

**INFORME JURÍDICO SOBRE LA
ACTUACIÓN DE LA ADMINISTRACIÓN
PÚBLICA Y SOBRE LOS POSIBLES
MEDIOS DE IMPUGNACIÓN DE LA
EMPRESA SOSMAN**

Enero 2013

ÍNDICE

1. OBJETO DEL INFORME	3
2. ANTECEDENTES	3
3. COMENTARIOS	3
3.1 Modificación del contrato de concesión de obras públicas	3
3.1.1 Modificación del proyecto	3
3.1.2 Modificación de las tarifas	6
3.2 Medios de impugnación de que dispone la empresa Sosman	7
4. CONCLUSIONES	11

1. OBJETO DEL INFORME.

Se requiere a este letrado para la emisión de informe jurídico sobre la actuación de la Administración pública, haciendo una indicación expresa de los medios de impugnación de que dispone la empresa Sosman.

2. ANTECEDENTES.

Tras la entrada de capital privado en la Sociedad Lixonon y la ampliación de su objeto social la Sociedad Lixonon fue adjudicataria, el 17 de noviembre de 2009, de una concesión de obra pública y la gestión de la instalación dedicada a la gestión de residuos sanitarios por parte de la Comunidad Autónoma, el periodo de concesión es de 15 años. Tras esta adjudicación, y antes de iniciar las obras, la Comunidad Autónoma procedió a modificar el proyecto de obras para ampliar la capacidad de la instalación. Asimismo introdujo una modificación en las tarifas que recibiría la entidad adjudicataria por cada tonelada de residuo gestionado.

La empresa Sosman, que intervino en el procedimiento en calidad de licitadora, alega lo siguiente:

- Que se ha incumplido el requisito de que exista un contrato con un objeto cierto y determinado.
- Que se ha producido una modificación sobrevenida que falsea el régimen de igual competencia.
- Que se ha vulnerado el art. 1256 del Código Civil.

3. COMENTARIOS.

3.1 Modificación del contrato de concesión de obras públicas.

3.1.1 Modificación del proyecto.

En primer lugar debemos hacer mención a la figura del “*ius variandi*”, que supone la integración de una modificación de las condiciones de la prestación del contrato en base a la necesidad del mantenimiento de la finalidad del mismo y del interés público sobre el que se sostiene el sentido del contrato. La iniciativa para proceder a la modificación de las condiciones de la prestación del contrato la ostenta la Administración.

Conviene distinguir la figura del “*ius variandi*” de la figura del “*factum principis*”, que presenta la situación en la que las modificaciones de las condiciones de cumplimiento del contrato no derivan de la voluntad

expresa de la Administración contratante, en este caso de la Comunidad Autónoma, sino de una actuación de la Administración ajena al contrato pero que incide en el mantenimiento del equilibrio económico del mismo.

Tras la perfección del contrato de concesión de obra pública, la Administración autonómica, que en este caso es el órgano de contratación, sólo podrá introducir modificaciones en el proyecto de acuerdo con lo establecido en el Título V del Libro I y en el artículo 249.1.b) del Ley de Contratos del Sector Público¹.

Relacionado con el párrafo anterior es necesario hacer referencia al art. 249,1 b) de la Ley de Contratos del Sector Público referente a las prerrogativas y derechos de la Administración, que nos expone que:

“Dentro de los límites y con sujeción a los requisitos y con los efectos señalados en esta Ley, el órgano de contratación o, en su caso, el órgano que se determine en la legislación específica, ostentará las siguientes prerrogativas y derechos en relación con los contratos de concesión de obras públicas:

b) Modificar los contratos por razones de interés público debidamente justificadas, de acuerdo con lo previsto en el título V del libro I.”

En este caso concreto la modificación que pretende hacer la Administración autonómica versa en torno a la ampliación de la capacidad de las instalaciones para el tratamiento de residuos. Esta ampliación sobrevenida es a consecuencia de un error inicial a la hora de realizar las estimaciones iniciales sobre el volumen anual de residuos que debían ser gestionadas. A este respecto, se debe hacer referencia al art. 107 de la Ley de Contratos del Sector Público referente a las modificaciones no previstas en la documentación que rige la licitación, que nos dice que:

“1. 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.

¹ Vid., art. 243 Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público.

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.

2. 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.”

Atendiendo a nuestro caso concreto, la actuación de la Administración la podemos enmarcar dentro del supuesto de que existe una 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.

Para finalizar con el análisis de la actuación de la Administración con respecto a la modificación del proyecto es necesario puntualizar que debemos entender por una alteración de las condiciones esenciales de licitación y adjudicación del contrato²:

- Cuando la modificación varíe sustancialmente la función y características esenciales de la prestación inicialmente contratada.

² Vid., art. 107,3 Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público.

- 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.
- 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.
- Cuando las modificaciones del contrato iguallen o excedan, en más o en menos, el 10 por ciento del precio de adjudicación del contrato; en el caso de modificaciones sucesivas, el conjunto de ellas no podrá superar este límite.
- 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.

De las causas que se acaban de exponer no concurre ninguna en nuestro caso concreto, debido a que la Administración autonómica únicamente introduce las modificaciones estrictamente necesarias para subsanar el motivo que origina dichas modificaciones.

3.1.2 Modificación de las tarifas.

Si se efectúa la modificación del contrato, debemos tener presente que se debe restablecer el equilibrio económico³ de la concesión a favor del interés público, en la forma y con la extensión prevista en el artículo 258 de la Ley de Contratos del Sector Público:

“1. El contrato de concesión de obras públicas deberá mantener su equilibrio económico en los términos que fueron considerados para su adjudicación, teniendo en cuenta el interés general y el interés del concesionario, de conformidad con lo dispuesto en el apartado siguiente.

2. La Administración deberá restablecer el equilibrio económico del contrato, en beneficio de la parte que corresponda, en los siguientes supuestos:

a) Cuando la Administración modifique, por razones de interés público y de acuerdo con lo previsto en el título V del libro I, las condiciones de explotación de la obra.”

³ Vida., art. 249,1 c) Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público.

Teniendo presente que en este caso se cumple el requisito expuesto en la letra a) del apartado segundo del art. 258 se debe puntualizar que la modificación de las tarifas es una de las medidas previstas para los casos en los que se pretenda un restablecimiento del equilibrio económico⁴.

3.2 Medios de impugnación de que dispone la empresa Sosman.

En primer lugar es necesario valorar la posibilidad de que se aplique lo dispuesto en el art. 40 de la Ley de Contratos del Sector Público referente a la interposición de un recurso especial en materia de contratación.

Dicho precepto, en un principio, no es de aplicación a este caso concreto. Esta afirmación se sustenta sobre la base del apartado primero del mencionado artículo⁵. Asimismo debemos puntualizar lo recogido en el párrafo segundo de la letra c) del segundo apartado del art. 40 que nos dice que:

“Sin embargo, no serán susceptibles de recurso especial en materia de contratación los actos de los órganos de contratación dictados en relación con las modificaciones contractuales no previstas en el pliego que, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 105 a 107, sea preciso realizar una vez adjudicados los contratos tanto si acuerdan como si no la resolución y la celebración de nueva licitación.”

La aplicación de este precepto se ciñe básicamente a contratos sujetos a regulación armonizada aunque es de destacar que se puede extender a contratos que, sin estar sujetos a una regulación armonizada, posean una importancia económica significativa.

⁴ Vid., art. 258,3 Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público: *“En los supuestos previstos en el apartado anterior, el restablecimiento del equilibrio económico del contrato se realizará mediante la adopción de las medidas que en cada caso procedan. Estas medidas podrán consistir en la modificación de las tarifas establecidas por la utilización de la obra (...)”*.

⁵ Vid., art. 40,1 Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público: *“1. 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.

b) Contratos de servicios comprendidos en las categorías 17 a 27 del Anexo II de esta Ley cuyo valor estimado sea igual o superior a 193.000 euros y

c) contratos de gestión de servicios públicos en los que el presupuesto de gastos de primer establecimiento, excluido el importe del Impuesto sobre el Valor Añadido, sea superior a 500.000 euros y el plazo de duración superior a cinco años.

Serán también susceptibles de este recurso los contratos subvencionados a que se refiere el artículo 17.”

Tras el análisis de la posible impugnación por medio del recurso especial en materia de contratación recogido en el art. 40 de la Ley de Contratos del Sector Público debemos añadir que la sociedad Sosman debe interponer el pertinente recurso ante la jurisdicción contencioso-administrativa.

Por lo tanto cabe la interposición del recurso contencioso-administrativo en relación con las disposiciones de carácter general y con los actos expresos y presuntos de la Administración pública que pongan fin a la vía administrativa, ya sean definitivos o de trámite, si estos últimos deciden directa o indirectamente el fondo del asunto, determinan la imposibilidad de continuar el procedimiento, producen indefensión o perjuicio irreparable a derechos o intereses legítimos. En este caso los intereses que deberían ser protegidos serían los de la sociedad Sosman, que concurrió como parte licitadora.

Para que se pueda interponer un recurso ordinario es necesario que la vía administrativa hubiera concluido⁶.

Recurso de reposición. El recurso de reposición se interpone ante el mismo órgano que hubiera dictado el acto administrativo o puede ser interpuesto directamente ante el orden jurisdiccional contencioso administrativo pertinente. La interposición ante el tribunal contencioso-administrativo no se podrá hacer hasta que el recurso de reposición fuera resuelto expresamente o exista una desestimación presunta⁷.

⁶ Vid., art. 109 Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común: “*Ponen fin a la vía administrativa:*

- a. *Las resoluciones de los recursos de alzada.*
- b. *Las resoluciones de los procedimientos de impugnación a que se refiere el artículo 107.2.*
- c. *Las resoluciones de los órganos administrativos que carezcan de superior jerárquico, salvo que una Ley establezca lo contrario.*
- d. *Las demás resoluciones de órganos administrativos cuando una disposición legal o reglamentaria así lo establezca.*
- e. *Los acuerdos, pactos, convenios o contratos que tengan la consideración de finalizadores del procedimiento.”*

⁷ Vid., art. 116 Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

Tal y como recoge el art. 117 de la ley Ley 30/1992, de 26 de noviembre de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, los plazos para interponer este recurso son:

“1. El plazo para la interposición del recurso de reposición será de un mes, si el acto fuera expreso. Si no lo fuera, el plazo será de tres meses y se contará, para el solicitante y otros posibles interesados, a partir del día siguiente a aquel en que, de acuerdo con su normativa específica, se produzca el acto presunto. Transcurridos dichos plazos, únicamente podrá interponerse recurso contencioso-administrativo, sin perjuicio, en su caso, de la procedencia del recurso extraordinario de revisión.

2. El plazo máximo para dictar y notificar la resolución del recurso será de un mes.

3. Contra la resolución de un recurso de reposición no podrá interponerse de nuevo dicho recurso.”

Recurso de alzada. Cuando las resoluciones y actos a que se refiere el artículo 107.1 no pongan fin a la vía administrativa, podrán ser recurridos en alzada ante el órgano superior jerárquico del que los dictó⁸.

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.

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

Los plazos para la resolución de este recurso son de un mes, en el caso de ser un acto expreso. En el caso de ser un acto no expreso el plazo será de tres meses y se contará, para el solicitante y otros posibles interesados, a partir del día siguiente a aquel en que, de acuerdo con su normativa específica, se produzcan los efectos del silencio administrativo.

Es importante destacar que transcurridos dichos plazos sin haberse interpuesto el recurso, la resolución será firme a todos los efectos.

El plazo máximo para dictar y notificar la resolución será de tres meses. Transcurrido este plazo sin que recaiga resolución, se podrá entender desestimado el recurso, salvo en el supuesto previsto en el artículo 43.2, segundo párrafo.

⁸ Vid., art. 114 Ley 30/1992, de 26 de noviembre de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

Contra la resolución de un recurso de alzada no cabrá ningún otro recurso administrativo, salvo el recurso extraordinario de revisión en los casos establecidos en el artículo 118.1⁹.

Recurso de revisión. Es un recurso extraordinario. Este recurso se interpone ante el órgano administrativo que dictó el acto objeto del recurso¹⁰. Ese órgano será el competente para su resolución, cuando concurren unas determinadas circunstancias:

- Que al dictarlos se hubiera incurrido en error de hecho, que resulte de los propios documentos incorporados al expediente¹¹.
- Que aparezcan documentos de valor esencial para la resolución del asunto que, aunque sean posteriores, evidencien el error de la resolución recurrida.
- Que en la resolución hayan influido esencialmente documentos o testimonios declarados falsos por sentencia judicial firme, anterior o posterior a aquella resolución.
- Que la resolución se hubiese dictado como consecuencia de prevaricación, cohecho, violencia, maquinación fraudulenta u otra conducta punible y se haya declarado así en virtud de sentencia judicial firme.

El plazo para interponerlo será de cuatro años, contados desde la fecha de la notificación de la resolución impugnada, en el caso de los supuestos de error de hecho. En los demás casos, el plazo será de tres meses a contar desde el conocimiento de los documentos o desde que la sentencia judicial quedó firme.

⁹ Vid., art. 115 Ley 30/1992, de 26 de noviembre de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

¹⁰ Vid., art. 118 Ley 30/1992, de 26 de noviembre de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

¹¹ Tal y como recoge la Sentencia núm. 42/2010 de 26 de julio RTC 2010\42 del Tribunal Constitucional (Sala Segunda): *“Conforme a esta doctrina constitucional, para poder apreciar un error de este tipo es necesario que concorra que el error sea determinante de la decisión adoptada, esto es, que constituya el soporte único o básico de la resolución (ratio decidendi) de modo que, constatada su existencia, la fundamentación jurídica de la resolución judicial pierda el sentido y alcance que la justificaba, y no pueda conocerse cuál hubiese sido su sentido de no haberse incurrido en el error”*.

4. CONCLUSIONES.

- La actuación de la Administración Pública consistente en la modificación del proyecto de obras y la consiguiente revisión de las tarifas, con el fin de mantener el equilibrio económico, es, bajo mi punto de vista, totalmente de acuerdo a derecho.

Dicho lo anterior se debe señalar que dichas modificaciones deben basarse siempre en el mantenimiento del interés público, no cabiendo otro *animus* distinto por parte de la Administración.

En este caso concreto las modificaciones de deben claramente a un análisis erróneo de las capacidades de la planta de tratamiento de residuos sanitarios, error que se puede subsanar con la consiguiente modificación que fue llevada a cabo.

- La sociedad Sosman no puede, en un principio, impugnar estas actuaciones mediante el recurso especial en materia de contratación (salvo que se demuestre que la actividad tiene una gran importancia económica). Puntualizado esto, los recursos ordinarios administrativos serán la vía por la cual la mencionada sociedad pueda impugnar los actos de la Administración.
- Tras todo lo expuesto es necesario concluir exponiendo que no se produce una vulneración del art. 1256 del Código Civil debido a que en este caso no se deja al arbitrio de uno de los contratantes la validez y el cumplimiento del contrato, si no que lo único que se realizan son unas modificaciones a consecuencia de un error inicial y haciendo uso de unas prerrogativas concedidas a la Administración.

Tal es mi parecer que emito en A Coruña, a 3 de enero de 2013 y que, como siempre, someto a otro mejor fundado en Derecho.

Jorge Mejuto García

**DETERMINACIÓN DE LAS POSIBLES
RESPONSABILIDADES PENALES EN EL
ÁMBITO DE LIXONON Y ESTUDIO DE
UNA POSIBLE VULNERACIÓN DEL
PRINCIPIO *NE BIS IN IDEM***

Enero 2013

ÍNDICE

1. OBJETO DEL INFORME	3
2. ANTECEDENTES	3
3. COMENTARIOS	4
3.1 Posibles responsabilidades penales en el ámbito de Lixonon	4
3.1.1 Responsabilidad de las personas físicas que dirigen la empresa	4
• Problemática de la individualización de la autoría del delito	4
• Posible delito cometido y consecuencias jurídicas correspondientes	5
3.1.2 Responsabilidad de la persona jurídica	6
• Problemática referente a la delimitación de la responsabilidad	6
• Posible delito cometido y consecuencias jurídicas correspondientes	8
3.2 Análisis de la posible vulneración del principio <i>ne bis in idem</i>	10
4. CONCLUSIONES	14

1. OBJETO DEL INFORME.

Se requiere a este letrado para la emisión de informe jurídico sobre las posibles responsabilidades penales en el ámbito de la sociedad Lixonon, tanto en lo referente a las personas físicas que dirigen la empresa como en lo referente a la persona jurídica. Asimismo se requiere el análisis de una posible vulneración del principio *ne bis in idem*, teniendo en cuenta una previa sanción administrativa impuesta por Aguas de Galicia.

2. ANTECEDENTES.

La sociedad Lixonon comenzó a verter residuos al río Dos escalos, acción por la cual fue demandada por diversos vecinos de la zona afectada.

Tras una inspección en la empresa por parte del Servicio de Calidades e Avaliación Ambiental de la Consellería de Medio Ambiente, Territorio e Infraestructuras se determina que las aguas vertidas no cumplen con los parámetros establecidos en el Real Decreto 849/1986l que aprueba el Reglamento del Dominio Público Hidráulico. Aguas de Galicia ordena a la sociedad Lixonon la corrección de esas deficiencias e impone una sanción de 35000 € por infracción del art. 116,3 letra c) del Texto refundido de la Ley de Aguas.

El día 1 de enero de 2010 el agente territorial de la Consellería de Medio Ambiente, Territorio e Infraestructuras, observó en el río Trasnós una presencia de mortandad piscícola y turbidez en las aguas. Este agente procedió a la comprobación de que las aguas turbias procedían del arroyo Dos escalos, donde la empresa Lixonon vertía residuos.

El día 2 de marzo de 2010, agentes del SEPRONA inspeccionaron el arroyo y recorrieron unos 1400 metros hasta llegar a la depuradora de aguas residuales de la empresa Lixonon. En presencia de una persona de la empresa se procedió a recoger una muestra de las aguas residuales provenientes del colector de la empresa.

Los daños causados sobre la fauna ascendieron a la cantidad de 1526 truchas, 3 anguilas y 1471 bogas muertas, daños añadidos a los propios del medio acuático. La valoración total de los daños es de 25.262, 86 €. Los daños también causaron la muerte de las especies piscícolas que se encontraban en una piscifactoría a orillas del río “Trasnós”, propiedad de Martín González Campos, daños valorados en 30.560 €. Martín González Campos interpuso demanda contra Juan Fraguela Ferreiro por considerar que dichos vertidos pusieron en grave riesgo la

riqueza piscícola de la zona. A todos estos daños habría que añadir los insostenibles olores que sufrían las casas de alrededor.

3. COMENTARIOS.

3.1 Determinación de posibles responsabilidades penales en el ámbito de Lixonon.

3.1.1 Responsabilidad de las personas físicas que dirigen la empresa.

- Problemática de la individualización de la autoría del delito.

Para determinar la responsabilidad de las personas físicas que dirigen la empresa es necesario dirimir, dentro de la estructura empresarial, quien ha sido el responsable del delito. Es importante establecer quien ha intervenido, en el sentido de realizar por sí mismo el hecho delictivo o de tener una facultad decisoria, propia de los directivos de la empresa o las personas que, por delegación, tengan atribuida la gestión de los aspectos medioambientales dentro de la empresa.

En el caso ante el que nos encontramos con Juan Fraguera Ferreiro, persona física demandada por Martín González como presunto responsable de los delitos. A pesar de la demanda, no podemos determinar su posición dentro de la estructura empresarial de la sociedad Lixonon, aspecto que deviene fundamental para establecer la responsabilidad de la persona física.

Tal y como apunta la doctrina jurisprudencial, una opción es la imputación a los directivos de la empresa la comisión del delito a título de comisión por omisión. Esta idea viene a consecuencia de que si los aspectos medioambientales de la empresa se hallan dentro del ámbito de decisión de los dirigentes de la misma o de otros sujetos con una competencia sobre dichos aspectos y se observa una falta de diligencia en el cumplimiento de unas determinadas medidas, se les puede imputar la comisión del delito.

La responsabilidad de las personas físicas que dirigen la empresa la encontramos en el art. 31 del Código Penal:

“1. El que actúe como administrador de hecho o de derecho de una persona jurídica, o en nombre o representación legal o voluntaria de otro, responderá personalmente, aunque no concurran en él las condiciones, cualidades o relaciones que la correspondiente figura de delito o falta requiera para poder ser

sujeto activo del mismo, si tales circunstancias se dan en la entidad o persona en cuyo nombre o representación obre.”

- Posible delito cometido y consecuencias jurídicas correspondientes.

Las consecuencias jurídicas derivadas del delito las encontramos recogidas en el art. 325 del Código Penal. Dentro de este artículo debemos distinguir una primera parte:

“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.”

Y una segunda parte referente a la protección de las personas:

“Si el riesgo de grave perjuicio fuese para la salud de las personas, la pena de prisión se impondrá en su mitad superior.”

Para finalizar es necesario hacer mención a dos ideas:

En primer lugar es necesario exponer las circunstancias agravantes, recogidas en el art. 326, de las acciones previstas en el art. 325, en virtud de las cuales se impondría la pena superior en grado, sin perjuicio de las que puedan corresponder con arreglo a otros preceptos de este Código:

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

De todas las agravantes expuestas en el párrafo superior se debe mencionar que la que podría tenerse en cuenta, si bien algo improbable, es la recogida en el apartado b referente a la desobediencia de las órdenes expresas de la autoridad administrativa de corrección o suspensión de las actividades tipificadas en el artículo 325. Esta posible eventualidad debe ser tenida en cuenta por el cliente.

En segundo lugar es necesario destacar que se impondrán la pena inferior en grado a las respectivamente previstas en el caso de que el culpable de cualquiera de los hechos tipificados en este Título hubiera procedido voluntariamente a reparar el daño causado¹.

3.1.2 Responsabilidad de la persona jurídica.

- Problemática referente a la delimitación de la responsabilidad.

Debemos destacar que cualquiera podría ser potencialmente el autor de los delitos descritos en el art. 325 del Código Penal:

“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.”

Dentro del ámbito de una empresa debemos tener presente que existen serias dificultades en torno a dos aspectos:

En primer lugar en lo referente a la determinación de la autoría dentro de la estructura empresarial.

En segundo lugar, y relacionado con el anterior, la individualización de los autores, porque pueden existir acciones realizadas por diferentes sujetos, lo que dificulta la atribución personal de responsabilidades.

Los delitos expuestos en el art. 325 y sus circunstancias agravantes del art. 326 podrán ser cometidos bien por personas físicas, bien por personas

¹ Vid., Art. 340 Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.

jurídicas, y finalmente cabe la acumulación de las respectivas autorías. Esta persona jurídica puede ser condenada aun en el caso de que la persona física responsable no haya sido individualizada o no se pudiera dirigir ninguna acción judicial contra ella. En conclusión, se acepta la capacidad criminal de las personas jurídicas.

La responsabilidad de la persona jurídica la encontramos recogida en el art. 31 bis. del Código Penal, que nos expone que:

“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.

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 (...)”

Es necesario tener presente que en el art. 31 bis al que se acaba de hacer referencia se recoge una doble vía de imputación:

En primer lugar, cuando el delito haya sido cometido por los representantes legales o administradores de hecho o de derecho en nombre o por cuenta de la sociedad y en su provecho.

En segundo lugar, cuando el delito haya sido cometido por una persona que está sujeta a la autoridad de los administradores o representantes

legales en el ejercicio de las actividades sociales y por cuenta y en provecho de la persona jurídica y, además, haya podido realizar el hecho por haber existido una falta de control por parte de sus superiores.

Asimismo en el apartado tercero del art. 31 bis que acabamos de citar nos encontramos con claridad la independencia de la responsabilidad penal de las personas jurídicas.

- Posible delito cometido y consecuencias jurídicas correspondientes.

La conducta delictiva que nos encontramos en el supuesto de hecho se corresponde con la conducta tipificada en el art. 325 del Código Penal, al que hemos hecho referencia anteriormente.

Las personas jurídicas serán responsables de los hechos descritos en el art. 325, sin perjuicio de la aplicación de las circunstancias agravantes que se reflejan en el art. 326 del Código Penal².

Es necesario hacer referencia al art. 327 del Código Penal. En este artículo se recogen las penas previstas para las personas jurídicas cuando, en consonancia con lo expuesto anteriormente en el art. 31 bis, las mismas sean responsables de uno de los delitos enumerados en el art. 325 o 326 del Código Penal. Las penas serían 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.*

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.”

Prosiguiendo con lo expuesto en el art. 327 del Código Penal debemos remitirnos al art. 33,7 letras b) a g):

² *“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:*

- 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 periodo de restricciones.”*

“Las penas aplicables a las personas jurídicas, que tienen todas la consideración de graves, son las siguientes:

- b. Suspensión de sus actividades por un plazo que no podrá exceder de cinco años.*
- c. Clausura de sus locales y establecimientos por un plazo que no podrá exceder de cinco años.*
- d. Prohibición de realizar en el futuro las actividades en cuyo ejercicio se haya cometido, favorecido o encubierto el delito. Esta prohibición podrá ser temporal o definitiva. Si fuere temporal, el plazo no podrá exceder de quince años.*
- e. Inhabilitación para obtener subvenciones y ayudas públicas, para contratar con el sector público y para gozar de beneficios e incentivos fiscales o de la Seguridad Social, por un plazo que no podrá exceder de quince años.*
- f. Intervención judicial para salvaguardar los derechos de los trabajadores o de los acreedores por el tiempo que se estime necesario, que no podrá exceder de cinco años.*
- g. Intervención judicial para salvaguardar los derechos de los trabajadores o de los acreedores por el tiempo que se estime necesario, que no podrá exceder de cinco años.”*

En segundo lugar, y tal y como expone el art. 327, es necesario remitirnos al art. 66 bis del Código Penal, en relación a la aplicación de las penas impuestas a personas jurídicas:

(...) se estará a lo dispuesto en las reglas 1ª a 4ª y 6ª a 8ª del primer número del artículo 66, así como a las siguientes:

- 1. En los supuestos en los que vengan establecidas por las disposiciones del Libro II, para decidir sobre la imposición y la extensión de las penas previstas en las letras b) a g) del apartado 7 del artículo 33 habrá de tenerse en cuenta:*
 - a. Su necesidad para prevenir la continuidad de la actividad delictiva o de sus efectos.*
 - b. Sus consecuencias económicas y sociales, y especialmente los efectos para los trabajadores.*
 - c. El puesto que en la estructura de la persona jurídica ocupa la persona física u órgano que incumplió el deber de control.*
- 2. Cuando las penas previstas en las letras c) a g) del apartado 7 del artículo 33 se impongan con una duración limitada, ésta no podrá exceder la duración máxima de la pena privativa de libertad prevista para el caso de que el delito fuera cometido por persona física.*

Para la imposición de las sanciones previstas en las letras c) a g) por un plazo superior a dos años será necesario que se dé alguna de las dos circunstancias siguientes:

- a. *Que la persona jurídica sea reincidente.*
- b. *Que la persona jurídica se utilice instrumentalmente para la comisión de ilícitos penales. Se entenderá que se está ante este último supuesto siempre que la actividad legal de la persona jurídica sea menos relevante que su actividad ilegal.*

Para la imposición con carácter permanente de las sanciones previstas en las letras b) y e), y para la imposición por un plazo superior a cinco años de las previstas en las letras e) y f) del apartado 7 del artículo 33, será necesario que se dé alguna de las dos circunstancias siguientes:

- a. *Que se esté ante el supuesto de hecho previsto en la regla 5ª del primer número del artículo 66.*
- b. *Que la persona jurídica se utilice instrumentalmente para la comisión de ilícitos penales. Se entenderá que se está ante este último supuesto siempre que la actividad legal de la persona jurídica sea menos relevante que su actividad ilegal”.*

Para finalizar es necesario hacer referencia que sólo podrán considerarse circunstancias atenuantes de la responsabilidad penal de las personas jurídicas haber realizado, con posterioridad a la comisión del delito y a través de sus representantes legales, las siguientes actividades recogidas en el apartado cuarto del art. 31 bis:

- a. Haber procedido, antes de conocer que el procedimiento judicial se dirige contra ella, a confesar la infracción a las autoridades.
- b. Haber colaborado en la investigación del hecho aportando pruebas, en cualquier momento del proceso, que fueran nuevas y decisivas para esclarecer las responsabilidades penales dimanantes de los hechos.
- c. Haber procedido en cualquier momento del procedimiento y con anterioridad al juicio oral a reparar o disminuir el daño causado por el delito.
- d. Haber establecido, antes del comienzo del juicio oral, medidas eficaces para prevenir y descubrir los delitos que en el futuro pudieran cometerse con los medios o bajo la cobertura de la persona jurídica.

3.2 Análisis de la posible vulneración del principio *ne bis in idem*.

Es necesario tener presente que con la protección del principio *ne bis in idem* se pretenden dos objetivos, por un lado salvaguardar las garantías básicas del ciudadano y por otro salvaguardar la eficacia del Derecho penal en materia medioambiental.

En primer lugar debemos hacer mención a la ley 30/1992, en su art. 133 se expone lo referente a la concurrencia de sanciones de tal modo que no podrán

sancionarse los hechos que hayan sido sancionados penal o administrativamente, en los casos en que se aprecie identidad del sujeto, hecho y fundamento.

Deviene fundamental puntualizar que no puede darse la situación en que recaiga sobre los mismos hechos una doble sanción, administrativa y penal. Estableciéndose una prevalencia del proceso penal sobre el proceso administrativo.

La doctrina del Tribunal Constitucional ha sido muy variada con respecto a este tema, existiendo dos sentencias fundamentales al respecto: la Sentencia de la Sala Primera del Tribunal constitucional núm. 177/1999 de 11 octubre y la Sentencia del Pleno del Tribunal Constitucional núm. 2/2003 de 16 enero.

En cuanto a la primera de las sentencias, la STC 177/1999, debemos exponer que, tal y como se recoge en su FJ 4:

“(...) irrogada una sanción, sea ésta de índole penal o administrativa, no cabe, sin vulnerar el mencionado derecho fundamental, superponer o adicionar otra distinta, siempre que concurren las tan repetidas identidades de sujeto, hechos y fundamento. Es este núcleo esencial el que ha de ser respetado en el ámbito de la potestad punitiva genéricamente considerada, para evitar que una única conducta infractora reciba un doble reproche aflictivo.”

Esta afirmación, en el caso de la imposición de una sanción administrativa, supone una grave deficiencia, en la medida en que vacía de contenido el derecho penal. Supone una atribución de todo el poder sancionador a la Administración pública y supone una quiebra del principio de exclusividad de la jurisdicción penal para enjuiciar los delitos medioambientales.

Con respecto a la segunda sentencia, la STC 2/2003, es necesario mencionar que es totalmente divergente con respecto a lo establecido en la STC 177/1999, en este sentido, afirmando la prevalencia de la jurisdicción penal, se expone en el FJ 2 que:

“(...) la relevancia del órgano sancionador que conoce de los hechos en primer lugar, afirmando la competencia exclusiva de la jurisdicción penal para sancionar en estos casos de concurrencia aparente de infracciones administrativa y penal.”

Otra vía que abre la STC 2/2003 es la referente a la idea de sentar la posibilidad de que exista una compensación de la sanción administrativa en la imposición de la responsabilidad penal como medio para evitar una imposición desproporcionada, algo que se consideraría anticonstitucional. Esta idea se conoce con el nombre de “descuento”, tal y como recoge el FJ 6:

“El órgano judicial penal tomó en consideración la sanción administrativa impuesta para su descuento de la pena en fase de ejecución de la Sentencia penal, tanto en lo referido al tiempo de duración de la privación del carné de conducir como en lo que atañe a la cuantía de la multa, e intentó impedir cualquier otro efecto de la resolución administrativa sancionadora poniendo en conocimiento de la Administración la resolución penal. De modo que no puede sostenerse que materialmente el recurrente haya sufrido exceso punitivo alguno.”

Siguiendo con lo apuntado por el anterior FJ debemos añadir la no vulneración del art. 25,1 de la Constitución Española, recogido en el mismo FJ que nos dice que:

“(…) Desde la perspectiva material del derecho fundamental garantizado en el art. 25.1 CE, el núcleo esencial de la garantía en él contenida reside en impedir el exceso punitivo en cuanto sanción no prevista legalmente (...) En el caso no puede afirmarse que se hayan impuesto dos sanciones al recurrente, una en vía administrativa y otra en vía penal, pues materialmente sólo se le ha impuesto una sanción (...)”

La STC 2/2003 ha tenido mucha más aceptación y respaldo por parte de la doctrina que la STC 177/1999 y en consecuencia constituye la doctrina constitucional con respecto al principio *ne bis in idem*.

En definitiva, para poder apreciar una vulneración del principio *ne bis in idem* se debe verificar una identidad de sujeto, hecho y fundamento.

Existiría identidad de sujeto siempre y cuando la persona jurídica fuera sujeto de responsabilidad penal y cuando fuera sujeto de responsabilidad administrativa.

Desde el punto de vista del hecho, se apreciará la identidad cuando los hechos de la infracción penal sean los mismos que los de la infracción administrativa, sin perjuicio de que se añada en la tipificación penal algún elemento a mayores.

Con respecto a la identidad de fundamento, ésta se apreciará siempre y cuando coincida el concreto interés jurídico protegido en la norma sancionadora aplicada con el de la norma administrativa.

Tal y como apunta la STC 2/2003, a pesar de existir una sanción administrativa no se excluye una intervención de la jurisdicción penal, siempre y cuando se tenga en cuenta la previa imposición de la sanción administrativa, como por ejemplo en el descuento. Todo ello derivado de la aceptación de un doble reproche afflictivo y de la no aceptación de la doble sanción de los mismos hechos, mismos sujetos y mismos fundamentos.

Esta solución que aporta la STC 2/2003 merma el principio de seguridad jurídica del ciudadano, precisamente porque ese ciudadano tendría que ser objeto de dos procedimientos y dos sanciones.

Teniendo presente ese apunte, cabe destacar que la STC 2/2003 es la solución más acertada hoy en día a la problemática creada en torno al *ne bis in idem*, a pesar de que ella misma establezca la subsunción de la menor de las sanciones con respecto a la mayor, lo que supone un claro *bis in idem*.

Administrativamente se sancionó la sociedad Lixonon por la infracción del art. 116,3 letra c) del Texto refundido de la Ley de Aguas por un incumplimiento de las condiciones impuestas en la concesión administrativa³.

Penalmente se castiga un delito constituido por el vertido de una serie de residuos contaminantes al río Dos Trasnos y sus efectos sobre la flora y la fauna así como sobre el medio acuático de la zona.

Para finalizar es necesario valorar la relación/conexión entre el derecho administrativo y el derecho penal, tal y como recoge la Sentencia del Tribunal Supremo 363/2006, de 28 de marzo (RJ 2007, 1848), relativa a un delito contra la ordenación del territorio:

"(...) la coordinación de las medidas administrativas y penales para la tutela urbanística no debe interpretarse en el sentido de que el Derecho Penal le corresponde un papel inferior respecto del Derecho Administrativo o meramente auxiliar. Ambos se complementan para mejorar la tutela de un interés colectivo de especial relevancia, ocupando cada uno de ellos su lugar específico y desempeñando el papel que le corresponde conforme a su naturaleza. El derecho administrativo realiza una función preventiva y también sancionadora de primer grado, reservándose el Derecho Penal para las infracciones más graves, conforme al principio de intervención mínima (...)"

³ "Acciones constitutivas de infracción.

3. Se considerarán infracciones administrativas:

- c. *El incumplimiento de las condiciones impuestas en las concesiones y autorizaciones administrativas a que se refiere esta Ley, sin perjuicio de su caducidad, revocación o suspensión."*

4. CONCLUSIONES.

- Los hechos descritos en este caso son constitutivos de diversos delitos:
 - a) Provocación o realización directa o indirecta de 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. Tal y como recoge el art. 325 del Código Penal.
 - b) Daños a la calidad de las aguas, animales o plantas derivados de la explotación de las instalaciones de la Planta de Tratamiento de Residuos de la Construcción.
 - c) Daños en la calidad de de las aguas animales o plantas derivadas de la valorización, eliminación o aprovechamiento de residuos.
- Bajo mi punto de vista, y tras todo lo expuesto anteriormente, no se produce una vulneración del principio *ne bis in idem* por no darse una correspondencia del objeto entre la sanción administrativa, infracción de un requisito de la concesión administrativa, y la sanción penal, daños causados en la flora, la fauna, el medio acuático y a terceros por la contaminación de las aguas. Asimismo tampoco se produce una identidad en cuanto al sujeto, la sanción administrativa se le impone a la sociedad Lixonon mientras que la querrela criminal se dirige contra Juan Fragueta Ferreiro.

En materia medioambiental debemos tener claro que lo que se establece es una doble observancia, por un lado la Administración actúa conforme a las actividades propias su naturaleza y la jurisdicción penal actúa conforme al principio de intervención mínima con respecto a los actos delictivos.

Tal es mi parecer que emito en A Coruña, a 3 de enero de 2013 y que, como siempre, someto a otro mejor fundado en Derecho.

Jorge Mejuto García

BIBLIOGRAFÍA

CARBONERO GALLARDO, J.M., (dir. y coord.), *“Teoría y práctica para la gestión de los servicios públicos locales”*, La Ley.

CORCOY BIDASOLO, M., (dir.) *“Derecho Penal parte especial. Doctrina y jurisprudencia con casos solucionados. Tomo 1”*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2011.

ESCUÍN PALOP, V., BELANDO GARÍN, B., *“Los recursos administrativos”*, Thomson Civitas.

FARALDO CABANA, P., (dir.), PUENTE ABA, L.M., (coord.), *“Ordenación del territorio, patrimonio histórico y medio ambiente en el Código Penal y la legislación especial”*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2011.

GARCÍA RUBIO, F., *“La organización administrativa de las fórmulas de gestión directa de los servicios públicos locales”*, La Ley.

LOZANO CUTANDA, B., *“Derecho ambiental administrativo”*, La Ley, Madrid, 2010.

PARADA, R., *“Derecho Administrativo III. Bienes públicos. Derecho urbanístico”*, Marcial Pons.

PERNAS GARCÍA, J.J., *“Las operaciones in house y el Derecho comunitario de contratos públicos. Análisis de la jurisprudencia del TJCE”*, Práctica y jurisprudencia administrativa.

PERNAS GARCÍA, J.J., *“La exigencia de control análogo en las encomiendas a medios propios”*, Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica, nº 311, septiembre-diciembre 2009, pp. 229-276.

RUIZ RISUEÑO, F., *“El proceso contencioso-administrativo”*, Colex.

ROMA VALDÉS, A., *“Responsabilidad penal de las personas jurídicas. Manual sobre su tratamiento penal y procesal”*, Rasche, Madrid.

SÁNCHEZ MORÓN, M., *“Derecho Administrativo. Parte General”*, Tecnos, 8ª Edición, Madrid, 2012.

SOSA WAGNER, F., *“La gestión de los servicios públicos locales”*, Thomson Civitas.

ZUGALDÍA ESPINAR, J.M., *“La responsabilidad criminal de las personas jurídicas, de los entes sin personalidad y sus directivos. Análisis de los arts. 31 bis y 129 del Código Penal”*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013.

