



Audiencia de Cuentas de Canarias

DICTAMEN ELABORADO EN RELACIÓN CON EL ESCRITO DE LA CONCEJALA DELEGADA DE URBANISMO, VIVIENDA Y MEDIO AMBIENTE DEL AYUNTAMIENTO DE LA VILLA DE SANTA BRÍGIDA POR EL QUE SE INTERESA EL PRONUNCIAMIENTO DE ESTA INSTITUCIÓN SOBRE LAS FÓRMULAS DE CONTRATACIÓN DE UN PLAN GENERAL DE ORDENACIÓN URBANA QUE EN EL MISMO SE EXPONEN

MODELO 1

Se puede sacar a concurso público todo el PGO. El equipo redactor que gane el concurso subcontrataría los documentos específicos a otros profesionales (geógrafos, biólogos, arqueólogos, etc.) y el ayuntamiento no intervendría en esas subcontrataciones.

A tenor de lo dispuesto en el artículo 111 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 (no derogado por la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público, en adelante LCSP) y atendiendo al principio general de respeto a la autonomía de la voluntad de las partes, dentro de los límites plasmados en el artículo 1255 del Código Civil, las Corporaciones locales, pueden contratar lo "que tengan por conveniente", aunque el límite máximo o última causa del contrato deberá ser siempre el servicio público como actividad encaminada a la satisfacción del interés público, como así lo recogía expresamente el artículo 4 del Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, que admite la "libertad de pactos", pero con una adición en referencia a las prerrogativas que se reconozcan en la legislación básica, en estos momentos, en el artículo 25 de la LCSP.

De acuerdo con el artículo 70 de la LCSP, el objeto debe ser determinado y estar entre las competencias de las Corporaciones locales lo que, dada su amplitud, indica que puede ser en cualquier ámbito que afecte a la colectividad, "fines institucionales" del artículo 22 de la LCSP.

Por ello y, en cuanto a la cuestión planteada sobre la posibilidad de contratar con una empresa las tareas de redacción del Plan General de Ordenación Urbana, la respuesta afirmativa se basa en la posibilidad general que tienen las Administraciones Públicas de celebrar contratos de servicios con empresas particulares en los que la realización de su objeto sean prestaciones de hacer consistentes en el desarrollo de una actividad o dirigidas a la obtención de un resultado distinto de una obra o un suministro, como señala el artículo 10 de la LCSP siendo indudable que estos servicios que se pretenden contratar no implican ejercicio de la autoridad inherente a los poderes públicos.



Audiencia de Cuentas de Canarias

En cuanto a la subcontratación, el artículo 210 de la LCSP establece que el contratista podrá concertar con terceros la realización parcial de la prestación, salvo que el contrato o los pliegos dispongan lo contrario o que por su naturaleza y condiciones se deduzca que aquél ha de ser ejecutado directamente por el adjudicatario.

La celebración de los subcontratos estará sometida al cumplimiento de los siguientes requisitos:

- a) Si así se prevé en los pliegos o en el anuncio de licitación, los licitadores deberán indicar en la oferta la parte del contrato que tengan previsto subcontratar, señalando su importe y el nombre o el perfil empresarial, definido por referencia a las condiciones de solvencia profesional o técnica, de los subcontratistas a los que se vaya a encomendar su realización.
- b) En todo caso, el adjudicatario deberá comunicar anticipadamente y por escrito a la Administración la intención de celebrar los subcontratos, señalando la parte de la prestación que se pretende subcontratar y la identidad del subcontratista, y justificando suficientemente la aptitud de éste para ejecutarla por referencia a los elementos técnicos y humanos de que dispone y a su experiencia. En el caso que el subcontratista tuviera la clasificación adecuada para realizar la parte del contrato objeto de la subcontratación, la comunicación de esta circunstancia eximirá al contratista de la necesidad de justificar la aptitud de aquél. La acreditación de la aptitud del subcontratista podrá realizarse inmediatamente después de la celebración del subcontrato si ésta es necesaria para atender a una situación de emergencia o que exija la adopción de medidas urgentes y así se justifica suficientemente.
- c) Si los pliegos o el anuncio de licitación hubiesen impuesto a los licitadores la obligación de comunicar las circunstancias señaladas en la letra a), los subcontratos que no se ajusten a lo indicado en la oferta, por celebrarse con empresarios distintos de los indicados nominativamente en la misma o por referirse a partes de la prestación diferentes a las señaladas en ella, no podrán celebrarse hasta que transcurran veinte días desde que se hubiese cursado la notificación y aportado las justificaciones a que se refiere la letra b), salvo que con anterioridad hubiesen sido autorizados expresamente, siempre que la Administración no hubiese notificado dentro de este plazo su oposición a los mismos. Este régimen será igualmente aplicable si los subcontratistas hubiesen sido identificados en la oferta mediante la descripción de su perfil profesional. Bajo la responsabilidad del contratista, los subcontratos podrán concluirse sin necesidad de dejar transcurrir el plazo de veinte días si su celebración es necesaria para atender a una situación de emergencia o que exija la adopción de medidas urgentes y así se justifica suficientemente.
- d) En los contratos de carácter secreto o reservado, o en aquéllos cuya ejecución deba ir acompañada de medidas de seguridad especiales de acuerdo con disposiciones legales o reglamentarias o cuando lo exija la protección de los intereses esenciales de



Audiencia de Cuentas de Canarias

la seguridad del Estado, la subcontratación requerirá siempre autorización expresa del órgano de contratación.

e) Las prestaciones parciales que el adjudicatario subcontrate con terceros no podrán exceder del porcentaje que se fije en el pliego de cláusulas administrativas particulares. En el supuesto de que no figure en el pliego un límite especial, el contratista podrá subcontratar hasta un porcentaje que no exceda del 60 por 100 del importe de adjudicación. Para el cómputo de este porcentaje máximo, no se tendrán en cuenta los subcontratos concluidos con empresas vinculadas al contratista principal.

La consecuencia inmediata de la infracción de estas condiciones, así como la falta de acreditación de la aptitud del subcontratista o de las circunstancias determinantes de la situación de emergencia o de las que hacen urgente la subcontratación, podrá dar lugar a la imposición al contratista de una penalidad de hasta un 50 por ciento del importe del subcontrato.

Los subcontratistas quedarán obligados sólo ante el contratista principal que asumirá, por tanto, la total responsabilidad de la ejecución del contrato frente a la Administración, con arreglo estricto a los pliegos de cláusulas administrativas particulares y a los términos del contrato. El conocimiento que tenga la Administración de los subcontratos celebrados o la autorización que otorgue en el supuesto previsto en la letra d) anterior no alterarán la responsabilidad exclusiva del contratista principal.

En ningún caso podrá concertarse por el contratista la ejecución parcial del contrato con personas inhabilitadas para contratar. Los órganos de contratación, podrán imponer al contratista, advirtiéndolo en el anuncio o en los pliegos, la subcontratación con terceros no vinculados al mismo, de determinadas partes de la prestación que no excedan en su conjunto del 30% del importe del presupuesto del contrato, cuando gocen de una sustantividad propia dentro del conjunto que las haga susceptibles de ejecución separada, por tener que ser realizadas por empresas que cuenten con una determinada habilitación profesional o poder atribuirse su realización a empresas con una clasificación adecuada para realizarla. Estas obligaciones se considerarán condiciones especiales de ejecución del contrato.

Por último, desde un punto de vista objetivo, los contratos para la redacción de planes generales de urbanismo son contratos de servicios de los definidos en el artículo 10 de la LCSP e incluidos expresamente en la categoría 12 (planificación urbana) de contratos de servicios.

MODELO 2 (MIXTO A)

Se solicita dictamen acerca de la viabilidad de contratar a profesionales externos para las Unidades de actuación y Planes Parciales, aprobados y pendientes de desarrollar en el municipio, sin que ello suponga el fraccionamiento del objeto del contrato de un PGO.



Audiencia de Cuentas de Canarias

En cuanto a la viabilidad de contratar profesionales, dado lo expuesto con relación al modelo 1, no plantearía problemas, siempre y cuando se tuvieran en cuenta los límites de la LCSP sobre fraccionamiento del objeto del contrato.

Así, se debe tener en cuenta el artículo 74. 2 y 3 de la LCSP, que contempla ciertas limitaciones que deben ser tenidas en cuenta en el expediente de contratación.

En este sentido, el artículo 74 de la LCSP dispone que:

1. El objeto de los contratos del sector público deberá ser determinado.
2. No podrá fraccionarse un contrato con la finalidad de disminuir la cuantía del mismo y eludir así los requisitos de publicidad o los relativos al procedimiento de adjudicación que correspondan.
3. Cuando el objeto del contrato admita fraccionamiento y así se justifique debidamente en el expediente, podrá preverse la realización independiente de cada una de sus partes mediante su división en lotes, siempre que éstos sean susceptibles de utilización o aprovechamiento separado y constituyan una unidad funcional, o así lo exija la naturaleza del objeto.

Asimismo, podrán contratarse separadamente prestaciones diferenciadas dirigidas a integrarse en una obra, tal y como ésta es definida en el artículo 6 de la LCSP, cuando dichas prestaciones gocen de una sustantividad propia que permita una ejecución separada, por tener que ser realizadas por empresas que cuenten con una determinada habilitación.

En los casos previstos en los párrafos anteriores, las normas procedimentales y de publicidad que deben aplicarse en la adjudicación de cada lote o prestación diferenciada se determinarán en función del valor acumulado del conjunto, salvo lo dispuesto en los artículos 14.2, 15.2 y 16.2 de la LCSP.

MODELO 2 (MIXTO B)

El plan se redactaría desde la oficina municipal y se solicita dictamen acerca de la posibilidad de contratar a un profesional (asesor externo) que coordinara el Plan General. Asimismo, sobre la viabilidad de que desde el ayuntamiento se subcontratara a los diferentes profesionales que redactaran los documentos especiales para los que el ayuntamiento no cuenta con medios propios, sin que ello suponga el fraccionamiento del objeto del contrato de un PGO.

A la luz de lo antes indicado, no hay mayor limitación en relación con la posibilidad de contratar a un asesor externo que coordine el Plan General de Ordenación Urbana y a que



Audiencia de Cuentas de Canarias

se contraten profesionales para la redacción de aquellos documentos para los que el Ayuntamiento carezca de medios propios.

MODELO 3

La creación de una Sociedad Municipal de Urbanismo o similar que contratara a todos los profesionales necesarios para la redacción de este Plan, sin que ello suponga el fraccionamiento del objeto del contrato de un PGO.

Se plantea el encargo directo de redacción del Plan General de Ordenación Urbana por la Administración a una empresa pública que, a su vez, contrate a los profesionales necesarios.

Los poderes adjudicadores, en este caso una Administración Pública, pueden encargar a una entidad la realización de una prestación y, si esta entidad “encargada” tiene la consideración de medio propio o servicio técnico de aquel poder adjudicador, el negocio jurídico en el que se sustancie el encargo estará excluido de la LCSP, según establece el artículo 4.1.n) primer inciso, en relación con el 24.6 de la misma.

Pero, a pesar de la vocación excluyente del precepto, estos encargos de poderes adjudicadores a sus medios propios y servicios técnicos, no son ajenos absolutamente ni a la contratación pública ni al Derecho Comunitario que inspira su regulación. Es decir, para que sea operativa la exclusión, ha de tratarse, efectivamente, de una verdadera encomienda de gestión y no de un contrato encubierto.

Son dos los requisitos que han de cumplirse para identificar a una determinada entidad como medio propio o servicio técnico del poder adjudicador: que el poder adjudicador ejerza sobre la persona contratante o entidad encomendada un control análogo al que ejerce sobre sus propios servicios y, por otra parte, que dicha persona realice la parte esencial de su actividad con el ente o entes públicos que la controlan (en el comentario al modelo 4 se hace una mención más extensa a estos requisitos).

En cuanto a si es necesario que la entidad receptora de la encomienda tenga medios suficientes para realizar la actividad encomendada, es un requisito que no se establece ni por la jurisprudencia comunitaria, ni por la LCSP, por lo que no procede su exigencia, salvo que la normativa específica de creación o reguladora de la entidad encomendada así lo disponga. Por ello, para los supuestos en que la normativa específica no lo prevea, no cabe imponer limitación alguna a la posibilidad de contratar con terceros, como expresamente se desprende de la sentencia del TJCE de 11 de mayo de 2003.

Por otra parte, el artículo 4.1.n), establece que los contratos que deban celebrar estas entidades consideradas medio propio y servicio técnico, para la realización de las prestaciones objeto del encargo, quedarán sometidos a la LCSP, en los términos procedentes según la naturaleza de la entidad que los celebre, tipo, cuantía y, en todo caso, cuando se trata de



Audiencia de Cuentas de Canarias

contratos de obras, servicios o suministros, cuyas cuantía superen los umbrales establecidos en la Sección 2ª del Capítulo II del Título Preliminar, las entidades de derecho privado deberán observar para su preparación y adjudicación las reglas establecidas en los artículos 121.1 y 174. Esta segunda parte se refiere, al “siguiente paso”, es decir, una vez las entidades consideradas medio propio y servicio técnico del poder adjudicador, en este caso de la propia Administración Pública, han recibido el encargo, el régimen jurídico aplicable a los contratos que deban celebrar estas entidades para llevar a cabo la prestación encargada se hace depender de la naturaleza de la entidad encargada, del tipo y de la cuantía, la cuestión fundamental consistirá en determinar si se trata de poderes adjudicadores o no, pues dependiendo de ello, el régimen jurídico aplicable a su contratación, será uno u otro.

Asimismo y, de conformidad con lo establecido en el artículo 175 de la LCSP, los poderes adjudicadores que no reúnan la condición de Administración Pública 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 de publicidad, concurrencia, transparencia, confidencialidad, igualdad y no discriminación 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. 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. Se aclara que el citado precepto contiene la previsión, de forma específica, respecto a los contratos que no están sujetos a regulación armonizada.

MODELO 4

Tradicionalmente se realizan encomiendas a través de GESPLAN, como empresa pública dependiente de la Consejería de Medio Ambiente y Ordenación Territorial, y es la que hace la contratación del equipo redactor del PGO.

Tal como se ha indicado en el modelo anterior, la LCSP, ha introducido en su artículo 24.6 una nueva regulación de las encomiendas de gestión a entidades que tengan atribuidas la condición de medio propio y servicio técnico de la Administración que efectúa la encomienda.

De acuerdo con el artículo 4.1.n) de la LCSP, como regla general, están excluidos del ámbito de la Ley los negocios jurídicos en cuya virtud se encargue a una entidad que, conforme a lo señalado en el artículo 24.6, tenga atribuida la condición de medio propio y servicio técnico del mismo, la realización de una determinada prestación.

Por otra parte, el artículo 24.6 de la LCSP establece que, a los efectos previstos en ese artículo y en el artículo 4.1.n), los entes, organismos y entidades del sector público podrán ser



Audiencia de Cuentas de Canarias

considerados medios propios y servicios técnicos de aquellos poderes adjudicadores para los que realicen la parte esencial de su actividad cuando éstos ostenten sobre los mismos un control análogo al que pueden ejercer sobre sus propios servicios. Si se trata de sociedades, además, la totalidad de su capital tendrá que ser de titularidad pública.

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.

Se trata, por tanto, de que la sociedad mercantil contratista tenga respecto del poder adjudicador una dependencia estructura y un control efectivo, de manera que las tareas que se encomiendan a aquélla no se gestionarían de modo diferente si las hubiese acometido el propio poder adjudicador.

La exigencia, respecto de las sociedades mercantiles, de que todo el capital social sea de titularidad pública procede, con algunas matizaciones, de la jurisprudencia europea, que entiende que, el hecho de que el poder adjudicar 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 (Sentencia de la Sala Primera del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, asunto C-340-04, Carbotermo SpA, Consorcio Alisei). La LCSP, sustituye el criterio jurisprudencial que otorga valor de mero indicio a la titularidad pública de la totalidad del capital social por el de considerar que esa circunstancia es requisito autónomo, adicional al de tener un control análogo al que el poder adjudicador puede ejercer sobre sus propios servicios. Concorre este primer requisito aunque el capital, todo él público, está desembolsado por varios poderes adjudicadores, respecto de todos los cuales la empresa pública será medio propio.

En este sentido, la Disposición adicional vigésima séptima de la Ley 14/2007, de 27 de diciembre, de Presupuestos Generales de la Comunidad Autónoma de Canarias para 2008, sobre Régimen Jurídico de las encomiendas a la sociedad mercantil pública Gestión y Planeamiento Territorial y Medioambiental, Sociedad Anónima (GESPLAN, SA) determina que:



Audiencia de Cuentas de Canarias

1. GESPLAN, SA, como medio instrumental y servicio técnico propio de la Administración Pública, está obligada a realizar los trabajos que le encomienden las entidades locales canarias y los organismos autónomos que dependan de cualesquiera de ellas, en el marco de sus respectivas competencias y funciones y en las materias que constituyen el objeto social de la empresa señaladas, y especialmente, aquéllas que sean urgentes o que se ordenen como consecuencia de las situaciones de emergencia que se declaren.
2. Las entidades locales canarias podrán participar en el capital social de GESPLAN, SA, mediante la adquisición de acciones en la forma prevista en la legislación sobre patrimonio de la Comunidad Autónoma de Canarias.
3. GESPLAN, SA, no podrá participar en procedimientos para la adjudicación de contratos convocados por las administraciones públicas de las que sean medio propio. No obstante, cuando no concurra ningún licitador podrá encargarse, en función de su objeto social, a las empresas citadas la ejecución de la actividad objeto de licitación pública.
4. El importe de las obras, trabajos, asistencias técnicas, prestación de servicios y suministros realizados por medio de GESPLAN, SA, se determinará aplicando a las unidades ejecutadas las tarifas correspondientes, que deberán ser objeto de aprobación por la Administración competente. Dichas tarifas se calcularán de manera que representen los costes reales de realización y su aplicación a las unidades producidas servirá de justificante de la inversión o de los servicios realizados.
5. La contratación que realice GESPLAN, SA con terceros en el marco de ejecución de obras, trabajos, asistencias técnicas y prestación de servicios u otras actuaciones encomendadas previstas en el apartado anterior, quedará sujeta a las prescripciones de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (actualmente LCSP), en cuanto a capacidad de las empresas, publicidad y procedimientos de licitación y formas de adjudicación.

Por tanto, si el Ayuntamiento de Santa Brígida participa en el capital social de GESPLAN, SA, esta sociedad podría ser considerada medio propio. En cuyo caso, el instrumento para la formalización del encargo podría ser la encomienda de gestión”.

Santa Cruz de Tenerife a 25 de marzo de 2009