

EAPC - Aprofundim en el procediment administratiu i en el funcionament de les administracions públiques



La cooperació horitzontal i vertical: les sentències del TSJ de Catalunya núm. 1774/2021 i núm. 3661/2020

30-11-2021

Les administracions públiques, dins del reconegut principi d'autonomia que deriva de la Constitució i dels estatuts d'autonomia, porta implícit el principi d'autoorganització per assolir els seus objectius, els quals sempre han d'estar vinculats a la satisfacció de l'interès general. Així, per exemple, les formes (directa o indirecta) i fórmules (mitjans propis, personificacions diferents, etc.) de prestació dels serveis públics també participen del principi d'autoorganització, això sí, sota la necessitat d'optar per la forma de gestió més idònia que permeti assolir el nivell òptim de prestació, de manera sostenible i eficient, com recullen -pel que fa als ens locals- l'article 85.2 de la Llei 7/1985, de 2 d'abril, reguladora de les bases de règim local, i l'article 249.2 del Decret legislatiu 2/2003, de 28 d'abril, pel qual s'aprova el text refós de la Llei municipal i de règim local de Catalunya. La decisió de les administracions en aquest àmbit pot tenir un impacte directe o indirecte en el mercat i per tant en el principi de la lliure competència, com també en el règim jurídic d'aplicació, com per exemple en matèria de contractació del sector públic.

Les sentències del Tribunal Superior de Justícia de Catalunya

Precisament, la Secció Cinquena de la Sala Contenciosa Administrativa del Tribunal Superior de Justícia de Catalunya ha dictat els darrers temps dues sentències força interessants i representatives del que s'ha exposat en el paràgraf anterior: la [Sentència núm. 3661/2020, de 21 de setembre de 2020](#) (núm. rec. 107/2018), i la [Sentència núm. 1774/2021, de 22 d'abril de 2021](#), dictada en el rotlle d'apel·lació núm. 50/2020.

L'objecte del plet de la Sentència del 2021 consisteix en la impugnació per part d'una societat mercantil habitualment prestadora, mitjançant formes de gestió indirecta, dels serveis públics relacionats amb el cicle integral de l'aigua, dels acords adoptats per un ajuntament de la província de Barcelona, mitjançant els quals s'encarrega a una societat mercantil de capital públic l'execució, per si mateixa o mitjançant la contractació de tercers, d'unes obres relatives a la xarxa hidràulica del municipi. Aquesta societat mercantil pública és mitjà propi d'un consorci format per una pluralitat d'ens locals. En aquest punt, el Tribunal valida aquesta fórmula, en considerar

que en ser la fórmula del Consorci de naturalesa associativa, específicament per a la gestió compartida de serveis de prestació obligatòria per part dels consorciats, segons recull la normativa de règim local, ha d'admetre que, a la cooperació horitzontal instrumentalitzada a través del Consorci, pugui succeir-li una cooperació vertical per prestar el servei per un mitjà propi del Consorci, sempre que es compleixin els requisits establerts legalment. Val a dir que el passat 25 d'octubre el Tribunal Suprem va inadmetre el recurs de cassació interposat contra la Sentència núm. 1774/2021.

El consorci com a fórmula de cooperació horitzontal en el cas objecte de litigi

La Sentència 1774/2021 posa en relleu que la figura del consorci en el nostre ordenament “és una tècnica organitzativa de cooperació interadministrativa, que es materialitza en l'entitat associativa com a persona jurídicopública que sorgeix per articular la cooperació voluntària entre diferents tipus d'entitats, Administració local, autonòmica i estatal, així com entitats privades sense ànim de lucre que persegueixen fins d'interès públic concurrents amb els de les administracions públiques”. Segons aquesta definició, “el Consorci parteix de la preexistència d'uns interessos comuns a les entitats que promouen el consorci que determinen la fórmula associativa amb vocació instrumental per a la realització d'obres o prestació de serveis d'interès públic o privat, però amb rellevància col·lectiva”.

En el cas objecte de la Sentència, el Tribunal conclou que es “desnaturalitza clarament el Consorci com a fórmula associativa, ja que els fins no són de”interès comú’ dels consorciats en l'aspecte relatiu a la gestió dels serveis municipals d'aigua. Així, l'interès dels municipis menors de 20.000 habitants és identificable en la prestació del servei de proveïment domiciliària d'aigua definit en l'article 26.2 de la LRBRL, mitjançant una fórmula de "gestió compartida" amb altres municipis. Però, els municipis més grans que gestionen directament els seus serveis d'aigua a través de societats mercantils, no tenen gens d'interès en la prestació d'aquest servei per part del Consorci, perquè ja tenen les seves pròpies empreses municipals que gestionen els seus propis serveis.

A més, el Tribunal afirma que en el cas examinat tampoc no es produeix una relació de cooperació horitzontal entre l'Ajuntament i el Consorci, ja que “no es produeix cap cessió de competències a favor del Consorci, que no gestiona el servei, de manera que la relació s'entaula directament entre l'Ajuntament i la societat mercantil pública”. En aquest cas, la sentència qualifica les relacions com a recíproques i no de cooperació.

La cooperació vertical a través de la societat mercantil pública mitjà propi del Consorci

La societat mercantil, estava participada en un 41,55% pel Consorci i en la resta per diferents empreses municipals d'aigües de Mataró, Manresa, Reus, Vilafranca i el Prat de Llobregat, amb un 11,69% cadascuna d'aquestes societats mercantils municipals. La Sentència aborda si l'Ajuntament del qual s'han impugnat els acords, complia o no l'anomenat “control anàleg”, un dels requisits necessaris per tenir la condició de mitjà propi. La Sentència arriba a la conclusió que el control el tenen les empreses municipals d'aigua: “l'Ajuntament forma part del consorci, però el control efectiu del Consorci el tenen els ajuntaments que tenen societats municipals d'aigües”. En abordar el requisit d’“activitat”, la Sentència posa de manifest que GIACSA presta els seus serveis per a un grup d'ens locals consorciats; per tant, GIACSA no realitza la seva activitat essencial amb tots els poders adjudicadors que la integren, “en tant que només presta serveis a alguns dels ens territorials que formen part d'un d'aquests, CONGIAC, sense que presti serveis en cap de les localitats on actuen les societats accionistes que tenen la majoria com a mitjans propis del municipi”.

Aquesta falta de control efectiu també es posa de manifest pel contingut del contracte programa subscrit amb la societat mercantil, on “es disposa que percebi un benefici industrial per la prestació del servei, la qual cosa és incompatible amb la condició de mitjà propi, ja que pot produir un efecte de falsejament o restricció de la lliure competència”. Així mateix la Sentència posa en relleu que la societat té uns mitjans personals limitats i que “resulta que encarrega a les empreses municipals accionistes la gestió del servei a les diferents societats municipals que componen el seu accionariat puix que no compta amb recursos suficients per dur-lo a terme”.

Davant aquesta circumstància, la Sentència afirma que “la subcontractació sistemàtica de la major part de la prestació que es desprèn de l'actuat aproxima el mitjà propi a un mer intermediari, que percep una retribució per aquesta intermediació, la qual cosa qüestiona el valor afegit de l'encàrrec per al poder adjudicador i per als usuaris, i deixa sense justificació la decisió de no licitar el servei”.

La conclusió final

Així, es conclou que tot això porta a descartar “la condició de la societat mercantil com a mitjà propi de l'Ajuntament”. Per recordar que “la doctrina *in house providing* representa una fallida del principi de lliure competència i és una excepció a l'àmbit d'aplicació del dret comunitari de contractes, per la qual cosa no ha de servir per eludir la llei i cal interpretar-la de manera restrictiva, com ja va assenyalar la STJCE de 13 d'octubre de 2005 (c. pàrquing Brixen)” i, per tant, l'acord impugnat és contrari a dret i afecta el principi de lliure competència perquè adopta un sistema de gestió directa associativa que no compleix els requisits per utilitzar mitjans propis i l'exclusió consegüent de l'aplicació de les normes de contractació pública, la qual cosa constitueix un frau de llei i vulnera el principi de la lliure concurrència, peça angular del règim jurídic de la contractació del sector públic.



Gabriel Capilla Vidal

Doctor en dret. Professor UAO en Dret administratiu i urbanístic. Lletrat en excedència de la
Comissió Jurídica Assessora