Exp.: 23312

CPTOM/306/2023

C/I/13516/2023-elm

INFORME DE LA ABOGACÍA DE LA GENERALITAT

Asunto objeto del informe.- Consulta, formulada por la entidad VALENCIANA DE ESTRATÈGIES I RECURSOS PERA LA SOSTENIBILITAT AMBIENTAL, S.A. (en adelante, VAERSA), sobre determinadas cuestiones relacionadas con los encargos recibidos del Consorcio A3, constituido para la ejecución de las previsiones del Plan Zonal de Residuos 8 (Consorcio A3), así como sobre la posibilidad de sustituir dichos encargos por el desarrollo de determinadas competencias del Consorcio A3 a través de la modalidad de gestión directa de dichas competencias, desarrolladas a través de VAERSA, como alternativa a la figura de los encargos a medios propios.

I. ANTECEDENTES

ÚNICO.- Petición de informe. Objeto de la consulta.

Con base en lo dispuesto en el art. 17.5 del Decreto 84/2006, de 16 de junio, por el que se aprueba el Reglamento de la Abogacía General de la Generalitat, en relación con la cl. 4ª del Convenio de Asistencia Jurídica suscrito entre VAERSA y la administración del Consell, por el Director General de VAERSA se ha dirigido a esta Abogacía petición de informe jurídico, sobre las cuestiones referidas en el encabezamiento, y recogidas en el oficio de petición de informe.

El texto del oficio consulta, en síntesis, sobre la posibilidad de que el Consorcio A3 pueda prestar el servicio público de valorización y eliminación de residuos de su ámbito de gestión a través de la modalidad organizativa de gestión directa, valiéndose a este efecto del ente instrumental VAERSA, en su condición de medio propio personificado y servicio técnico de las entidades que conforman el sector público institucional de la administración local que tengan la condición de poderes adjudicadores, todo ello como alternativa a la realización, por parte de la referida entidad instrumental, de sucesivos encargos de gestión ordenados por dicho Consorcio; asimismo, se consulta también sobre la naturaleza jurídica del encargo recibido del Consorcio A3, a que se refiere el Acuerdo de 13-10-2020 de su Junta General, y, en su caso, sobre la «viabilidad jurídica» de una eventual revisión de oficio del referido encargo.

CSV: Cód. 1 URL de validación: Cód. 2 Cód. 3

II. CONSIDERACIONES JURÍDICAS

PRIMERA.- Carácter del presente informe. Normativa de aplicación.

El presente informe se solicita con base en el art. 5.3 de la Ley 10/2005, de 9 de diciembre, de la Generalitat, de Asistencia Jurídica a la Generalitat, atendida la posible dificultad técnico-jurídica de la cuestión planteada; reviste, por tanto, carácter facultativo y no vinculante, conforme a lo prevenido en los arts. 5.3 y 6 de la Ley 10/2005 antes citada, sin perjuicio de lo cual la resolución que se aparte del mismo deberá motivarse adecuadamente.

Las disposiciones a tomar en consideración para dar respuesta a las cuestiones planteadas en la consulta son, básicamente, las siguientes:

- Ley 12/2010, de 21 de julio, de la Generalitat, de Medidas Urgentes para Agilizar el Ejercicio de Actividades Productivas y la Creación del Empleo (en concreto, su art. 4, por el que se regula el régimen jurídico de la sociedad mercantil VAERSA).

- Ley 1/2015, de 6 de febrero, de Hacienda Pública, del Sector Público Instrumental y de Subvenciones (LHPSPIS).

- Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público (LRJSP).

- Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014 (LCSP).

SEGUNDA.- Sobre las cuestiones planteadas en la consulta.

Las cuestiones sobre las que se formula la consulta han sido ya, en su mayor parte, abordadas en anteriores informes de esta Abogacía. En concreto, el informe de 07-04-2022 (exp.: 055/22, ADRET/68/2022, C/I/2689/2022), versa precisamente sobre la posibilidad de que la administración autonómica pueda recurrir al ente instrumental VAERSA para la prestación de

CSV: Cód. 4 URL de validación: Cód. 5 Cód. 6

determinados servicios públicos en régimen de gestión directa, como alternativa a la realización recurrente de encargos al citado medio propio; y, de forma más específica, el informe de 04-10-2022 (exp.: 234/22, ADRET/304/2022, C/1/9551/2022) trata sobre la posibilidad de que los Consorcios A1, A3, y A6, constituidos para la ejecución de las previsiones de los Planes Zonales de Residuos 6, 8 y 11, respectivamente, puedan desempeñar determinadas competencias a través de VAERSA, bajo la modalidad de gestión directa.

El último de los informes citados concluye en los términos literales siguientes:

> ·(·)
>
> 1. Los consorcios objeto de la consulta tienen la consideración de administraciones públicas, y se encuentran integrados en el sector público institucional de una entidad local -la Diputación de Alicante-, por lo que, en el ejercicio de su potestad de autoorganización, pueden gestionar la prestación de los servicios y actividades de interés público de su competencia a través de cualquiera de las formas de gestión, directa o indirecta, admitidas en el ordenamiento jurídico, evitando en todo caso duplicidades funcionales o competenciales, y siempre que la opción organizativa escogida permita garantizar el cumplimiento los principios de eficiencia y sostenibilidad financiera exigibles en todo caso.
>
> 2. VAERSA ostenta la condición de medio propio personificado y servicio técnico de, entre otras, las entidades que conforman el sector público de la administración local y que tengan la condición de poderes adjudicadores. Nada obsta, por tanto, la posible gestión directa de determinadas competencias y/o actividades de los consorcios para su prestación a través de la entidad instrumental VAERSA, excluyendo en todo caso cualquier atribución que pudiera comportar el ejercicio de potestades administrativas, dada su naturaleza de sociedad mercantil. Se trata, además, de una opción organizativa contemplada de manera explícita en el art. 4 de la Ley 12/2010 (precepto que regula, en lo fundamental, el régimen jurídico de VAERSA). Para su implementación efectiva, además de la mera enunciación de esta posibilidad en la norma legal anteriormente referida, sería necesario adoptar las disposiciones necesarias para atribuir, en favor del ente instrumental, el ejercicio de aquellas actividades correspondientes a las competencias cuya gestión se estime oportuno desarrollar por gestión directa, lo que, en el presente caso, conllevaría la adaptación y/o modificación de los respectivos estatutos de los consorcios afectados, así como la adaptación del objeto social del ente instrumental, si resulta necesario atendiendo a las actividades incluidas en el ámbito pretendido de la gestión directa, que pasarían a integrar su actuación ordinaria, y que, en su caso, podría planificarse a través de la figura del contrato-programa, previsto en el art. 55 LHPSPIS, habida cuenta la integración de VAERSA en el sector público empresarial de la Generalitat.

CSV: Cód. 7 Cód. 8 URL de validación: Cód. 9 Cód. 10 Cód. 11

3. También debe señalarse que la posible gestión directa de determinadas actividades o servicios públicos, efectuada a través de VAERSA, no excluye la posibilidad de que, ocasionalmente, puedan confiarse al ente instrumental encargos en su condición de medio propio personificado y servicio técnico de la administración, referidos a actuaciones esporádicas o puntuales comprendidas en su objeto social, pero no incluidas en el ámbito de la gestión directa. En este sentido, la figura del encargo a medio propio personificado resulta idónea para la realización de actuaciones puntuales o esporádicas, correspondientes al objeto social de la entidad, pero que no conforman su actuación ordinaria propia. El encadenamiento o sucesión de encargos con el mismo o similar objeto, confiados al medio propio personificado, contradice el carácter excepcional que se le supone a dichos encargos, y deviene, por tanto, un indicio que apunta a la naturaleza permanente o estructural de los cometidos que integran dichos encargos. En el caso de servicios o actividades cuya prestación se prevé sostenida o permanente, y en tanto se contemple su realización por parte del ente instrumental, parece más acorde con la naturaleza persistente y continuada de dicha actuación su configuración bajo la modalidad de gestión directa.

(...).

A. En primer lugar, se consulta sobre la posibilidad, en términos de viabilidad jurídica, de que el Consorcio A3 pueda desarrollar la prestación del servicio público de valorización y eliminación de residuos en su ámbito de influencia, a través del ente instrumental VAERSA, bajo la modalidad de gestión directa.

Como se explica en el informe de 04-10-2020, el Consorcio A3 tiene la consideración de administración pública (art. 2.3 LRJSP), y es también, por tanto, poder adjudicador; se encuentra adscrito a la Diputación de Alicante (arts. 2.3 y 120.1 LRJSP, en relación con el art. 2 de sus Estatutos), quedando integrado, por tanto, en su sector público institucional; como tal, ostenta las mismas prerrogativas que las entidades locales que lo integran (con excepción de la potestad expropiatoria y la tributaria), entre las que se incluye la potestad autoorganizativa.

En cuanto a su relación con VAERSA, el Consorcio A3 es titular de una acción del referido ente instrumental, y, por su parte, el art. 4 de la Ley 12/2010, de 21 de julio, de la Generalitat, de Medidas Urgentes para Agilizar el Ejercicio de Actividades Productivas y la Creación del Empleo, en su apartado 2 (en la redacción derivada de la Ley 9/2019, de 23 de diciembre, de

CSV: Cód. 12 URL de validación: Cód. 13 Cód. 14

la Generalitat), atribuye de manera explícita a la VAERSA la condición de medio propio personificado y servicio técnico no solamente respecto de la Administración de la Generalitat y de su sector público dependiente, sino también respecto de las diferentes entidades que integran la administración local y de las entidades de sus respectivos sectores públicos que tengan la condición de poderes adjudicadores. De modo que VAERSA tiene normativamente reconocida su condición de medio propio personificado y servicio técnico de, entre otras administraciones y entidades, el Consorcio A3.

Conforme a lo explicado en los informes de esta Abogacía anteriormente referidos, nada obsta, en principio, a la posibilidad de que el Consorcio A3 pueda realizar la prestación del servicio público a través de la opción organizativa de su gestión directa, previa la adopción, en su caso, de los actos y disposiciones que resulten necesarios para la adecuada configuración de las competencias afectadas, de modo que las mismas queden integradas como parte de los cometidos propios de ente instrumental, obviando de este modo la necesidad de encadenar sucesivos encargos con el mismo o similar objeto. Se trata, además, de una opción organizativa contemplada de manera explícita en el art. 4 de la Ley 12/2010, de 21 de julio, de la Generalitat, de Medidas Urgentes para Agilizar el Ejercicio de Actividades Productivas y la Creación del Empleo.

Sobre esta cuestión, en definitiva, no procede sino ratificar las consideraciones y conclusiones recogidas en los informes de 07-04-2022 y de 04-10-2022, de esta Abogacía.

B. En segundo lugar, <u>se consulta acerca de la ·naturaleza jurídica· del cometido confiado a VAERSA</u>, derivado de la acuerdo de 13-10-2020 de la Junta General del Consorcio A3, y, <u>en su caso, sobre si dicho encargo puede incurrir en algún supuesto de nulidad y/o anulabilidad</u> de derecho administrativo.

El concreto encargo aquí referido, acordado por la Junta General del Consorcio A3 en fecha 13-10-2020, y formalizado con el ente instrumental en virtud de documento de fecha 01-04-2021, tiene prevista una duración de 22 años, conforme se establece en su estipulación cuarta. También en este punto basta con aplicar las conclusiones de los dos informes

CSV: Cód. 15 URL de validación: Cód. 16 Cód. 17 Cód. 18

repetidamente señalados; como se explica en los mismos, la figura del encargo a medio propio resulta idónea para la realización de actuaciones puntuales o esporádicas, comprendidas en el objeto social de la entidad, pero que no conforman su actuación ordinaria propia. Sensu contrario, cuando se trata de servicios o actividades cuya prestación se prevé sostenida o permanente, y en tanto se contemple su realización por parte del ente instrumental, parece más acorde con la naturaleza persistente y continuada de dicha actuación su configuración bajo la modalidad de gestión directa. A estos efectos, estaremos en presencia de una actuación sostenida o permanente no solo cuando se produce un encadenamiento o sucesión de encargos con el mismo o similar objeto, sino también cuando nos encontremos ante un único encargo si, por su dilatada duración, puede considerarse estructural o permanente para el ente instrumental que lo presta; este es, notoriamente, el presente caso, dado que se trata de un encargo cuya duración prevista es nada menos que de 22 años, de modo que su ejecución conlleva una actuación que puede calificarse, de facto, como estructural o permanente para el ente instrumental. En consecuencia, la fórmula organizativa del encargo a medio propio no parece la más idónea para la prestación del servicio público en cuestión.

El Consorcio, como se explica en el informe de 04-10-2022, tiene la consideración de administración pública (adscrita, en concreto, a la Diputación de Alicante), y como tal ostenta, entre otras, la potestad administrativa de autoorganización[1]. El hecho de que haya recurrido, en el legítimo ejercicio de la citada potestad, a un instrumento jurídico que puede no resultar en este caso el más adecuado, no determina automáticamente la invalidez de dicha opción organizativa, a pesar de los inconvenientes que puede originar (tales como la dificultad para dotarse de personal laboral fijo de carácter estructural, la acusada rotación de personal, la elevada litigiosidad promovida por los trabajadores afectados, que habitualmente desemboca en pronunciamientos Jurisdiccionales que ponen de manifiesto la inconveniencia de concatenar sucesivos encargos con el mismo objeto, etc.). La elección de una determinada fórmula jurídica, de entre las permitidas por el ordenamiento, para prestar un servicio público

1 La potestad de autoorganización administrativa comprende, siguiendo al profesor Personal , el «(·) conjunto de facultades que la Administración ostenta para organizar su estructura», en orden a «la creación, supresión y modificación de órganos administrativos y la atribución de respectivas competencias a estos órganos nuevos (...)».

CSV: Cód. 19 Cód. 20 URL de validación: Cód. 21 Cód. 22

de su competencia, implica, precisamente, que no existe una única posibilidad «viable» o válida, en términos jurídicos, o, en su caso, excluyente de otras igualmente plausibles; la noción misma de potestad de autoorganización implica, por definición, un margen de discrecionalidad en favor de la administración titular de dicha potestad, para estructurar sus propios medios y servicios; ello sin perjuicio de que, como es propio de cualquier otra actuación o decisión administrativa, la misma deberá motivarse adecuadamente, en términos de eficiencia y sostenibilidad económico-financiera, y resultar asimismo congruente con el ejercicio efectivo de las competencias propias y la más adecuada satisfacción de sus fines institucionales, so pena de incurrir en arbitrariedad.

Esta consideración resulta también aplicable en el supuesto de que la opción autoorganizativa escogida para la prestación del servicio resulte ser, en su caso, la correspondiente a un contrato administrativo, a través de su licitación conforme a la normativa reguladora de la contratación pública.

No se aprecia, por tanto, que la realización del encargo en cuestión constituya, por sí sola, motivo de invalidez de derecho administrativo, con independencia de que, como se ha señalado, no parece la técnica más idónea para desarrollar un cometido de tantos años de duración.

C. En último término, <u>se consulta sobre la posibilidad de instar un procedimiento de revisión de oficio</u>, con la siguiente finalidad, como se indica literalmente en la consulta: «(…) en aras a revertir la situación generada (…)».

Como se ha señalado en el apartado B anterior, la realización del encargo en cuestión, por más que dicho instrumento jurídico pueda no resultar el más conveniente en este caso, no constituye por sí misma una actuación que necesariamente tenga que adolecer de invalidez administrativa. En cualquier caso, no debe perderse de vista que una de las notas inherentes a todo encargo efectuado a un medio propio, es que el poder adjudicador que ordena el

CSV: Cód. 23 Cód. 24 URL de validación: Cód. 25 Cód. 26

encargo puede ejercer sobre el ente instrumental destinatario del mismo un control, directo o indirecto, análogo al que ostentaría sobre sus propios servicios. Es decir, el encargo a un medio propio, por definición, configura una forma de cooperación vertical «in house», de modo que, con base en dicho poder de control, la relación que se entabla entre el poder adjudicador y su medio propio a través de esta técnica reviste caracteres similares a la que dicho poder adjudicador detenta sobre sus propios órganos y servicios; de ahí que los encargos son objeto de una mera formalización, en la que se plasman por escrito los términos en que debe cumplirse lo que, en último término, no es sino una orden o instrucción dirigida a un órgano quasi-propio. Es decir, el poder adjudicador puede, en cualquier momento, dejar sin efecto un encargo previamente ordenado, sin que para ello tenga que acudir en modo alguno a la técnica de la revisión de oficio.

Por tanto, si lo que se pretende, como parece, es extinguir un encargo actualmente vigente, basta con que el poder adjudicador ordene su cese o finalización (sin perjuicio, como es de rigor, de la necesaria motivación, y de la debida liquidación económica del encargo interrumpido).

TERCERA.- Sobre la eventual publicación del presente informe, conforme a lo previsto en el art. 16.2, letra a), de la Ley 1/2022, de 13 de abril, de Transparencia y Buen Gobierno de la Comunitat Valenciana.

El presente informe da respuesta a diversas consultas planteadas, y supone o conlleva una interpretación del derecho, por lo que, a criterio de esta Abogacía, concurre el supuesto previsto en el art. 16.2, letra a), de la Ley 1/2022, de 13 de abril, de Transparencia y Buen Gobierno de la Comunitat Valenciana.

Asimismo, la disposición final 2ª de la precitada Ley 1/2022, en su apartado segundo, dispone lo siguiente:

Cód. Cód. 28 URL de validación: Cód. 29 Cód. 30

> ·(·) Permanecerán en vigor, en todo lo que no se oponga a esta ley y hasta que no se deroguen expresamente, el Decreto 105/2017, de 28 de julio, del Consell, de desarrollo de la Ley 2/2015, de 2 de abril, de la Generalitat, en materia de transparencia y de regulación del Consejo de Transparencia, Acceso a la Información Pública y Buen Gobierno, y el Decreto 56/2016, del Consell, de 6 de mayo, por el cual se aprueba el Código de buen gobierno de la Generalitat. El Consell tendrá que realizar, si procede, las modificaciones normativas necesarias para adaptar el contenido de estos decretos a lo que establece esta ley. (·).

Y, por su parte, el artículo 27.2 del Decreto 105/2017, de desarrollo de la Ley 2/2015, ubicado en el capítulo I del Título II, dedicado a la publicidad activa, establece:

> ·(·) Asimismo, las subsecretarías publicarán, previa consulta preceptiva a la Abogacía General de Generalitat, aquellos informes jurídicos de la misma que den respuesta a consultas planteadas en la medida que supongan una interpretación del derecho, de los derechos garantizados en la normativa vigente en materia de transparencia o que tengan efectos jurídicos, con los límites establecidos en la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, especialmente en los artículos 14.1.º, letras f) y k) y 18.1.b). (·).

Por cuanto antecede, y no apreciándose la concurrencia de ninguno de los límites establecidos en la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, el presente informe jurídico tendrá que ser objeto de publicidad activa, conforme a lo previsto en el art. 16.2, letra a), de la Ley 1/2022, de 13 de abril, de Transparencia y Buen Gobierno de la Comunitat Valenciana.

Es cuanto procede informar en Derecho.

El presente informe tiene carácter no vinculante, por lo que el órgano consultante podrá adoptar, en su caso, la decisión que estime más oportuna, en relación con las cuestiones planteadas.

Valencia, al día de la firma electrónica del presente documento.

EL ABOGADO DE LA GENERALITAT

GENERALITAT VALENCIANA

Vº.Bº.: EL ABOGADO COORDINADOR

GENERALITAT VALENCIANA

CSV: Cód. 32 Cód. 33 URL de validación: Cód. 34 Cód. 35