

D. DERECHO ADMINISTRATIVO	CORPORACIONES LOCALES. RELACIONES INTERADMINISTRATIVAS. CONVENIO	Núm. 148/2002
------------------------------	---	------------------

Julio GALÁN CÁCERES
Profesor del CEF

• **ENUNCIADO:**

El día 1 de enero, a las 13:00 horas el alcalde de la localidad XXX convoca un Pleno extraordinario para celebrarse el día 3 de igual mes, a las 10:00 horas, con un único punto del orden del día, que no fue dictaminado por comisión alguna, consistente en la aprobación de un convenio interadministrativo de colaboración entre en el citado Ayuntamiento y el Ayuntamiento de la localidad RRR con el objeto de que la gestión y prestación del servicio público de agua potable en el término municipal del primero de los Ayuntamientos citados se lleve a cabo por el segundo de los Ayuntamientos, pero a través de la empresa municipal Aguas, S.A., como órgano de gestión de aquél.

Entre otras, destacan las siguientes cláusulas:

1. La financiación del servicio se realiza mediante la inclusión por el Ayuntamiento de XXX en sus Ordenanzas fiscales de las tarifas que, de mutuo acuerdo, se establezcan y sean suficientes para cubrir todos los costes del servicio. De manera que la potestad de aprobación de las tarifas queda pendiente del acuerdo o convenio con la citada empresa municipal del Ayuntamiento de RRR, que hará suyo el importe de la facturación que perciba de los usuarios como contraprestación del servicio, deduciéndose que la facturación será emitida por la propia citada empresa, obligándose en ella a prestar el Ayuntamiento de XXX en casos de operaciones de crédito de esa entidad los avales solidarios que fueren precisos.

2. A tal efecto se ceden para su explotación a la misma todas las instalaciones, elementos y redes adscritas al servicio de agua, si bien continúan propiedad del Ayuntamiento de XXX, pudiendo realizar aquélla todas las obras, incluidas las necesarias para las nuevas acometidas y las nuevas ampliaciones e instalaciones necesarias que pasarán a ser parte del activo de la empresa.

3. Las acometidas domiciliarias o conexiones a redes públicas se realizarán con arreglo a las normas de la empresa.

4. El Convenio que dura 10 años se resolverá de mutuo acuerdo de los dos Ayuntamientos, y si uno de ellos decide rescindirlo queda en vigor durante cinco años más para el otro.

5. El saldo del activo de obras y de inversiones, deducidas las amortizaciones realizadas, debe ser abonado por el Ayuntamiento, a cuyo efecto se faculta a la empresa municipal gestora para realizar la recaudación del servicio de agua potable y destinar y aplicar el producto de la misma a resarcir dicho saldo.

El Convenio es aprobado por la mayoría de 15 votos afirmativos de los 25 concejales asistentes, amén del alcalde, sobre un total de 33 que componían la Corporación municipal.

Un concejal, ausente de la localidad, se entera de la convocatoria al encontrar la citación en su domicilio dentro de un sobre oficial que había sido introducido por debajo de la puerta. Éste, finalmente, asistió a la sesión plenaria, intervino en el debate previo a la votación y se abstuvo en la misma. Con posterioridad presenta el oportuno recurso solicitando la nulidad de dicha sesión al no haber sido convocado en forma legal.

Finalmente, el día 8 de febrero del mismo año, el primer teniente de alcalde firma el oportuno instrumento jurídico acordado entre ambos Ayuntamientos.

• **CUESTIONES PLANTEADAS:**

1. Informar sobre la validez o invalidez de la sesión plenaria extraordinaria celebrada.
2. ¿Tiene razón el concejal en el recurso que plantea?
3. Informar sobre la validez o invalidez del Convenio acordado por ambos Ayuntamientos.

• **SOLUCIÓN:**

1. Respecto a la validez o no de la sesión plenaria extraordinaria hay que señalar que la misma es nula de pleno derecho, a tenor de lo previsto en el artículo 62.1 e) de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre.

A) En primer lugar, se incumple el plazo de dos días hábiles de antelación que, al menos, debe existir entre la convocatoria y la celebración de la sesión extraordinaria, según los artículos 46.2 b) de la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las Bases del Régimen Local (LBRL), y 80.4 del Reglamento de Organización, Funcionamiento y Régimen Jurídico de las Entidades Locales, aprobado por Real Decreto 2568/1986, de 28 de noviembre.

La única excepción al respecto de ese plazo mínimo sería el carácter urgente de la sesión, pero de los hechos relatados no se deduce el mismo, de ser así el alcalde en la convocatoria debería haberlo hecho constar, y, en todo caso, el primer pronunciamiento del Pleno sería, precisamente, sobre el carácter urgente de la sesión.

B) No fue sometido el asunto incluido en el orden del día al dictamen preceptivo de la comisión informativa correspondiente, transgrediéndose con ello lo dispuesto en el artículo 82.2 del citado Reglamento de Organización de las Entidades Locales.

Tampoco deducimos que se dieran motivos de urgencia que pudieran haber exceptuado la necesidad de este informe, a tenor de lo previsto en el número 3 del referido artículo.

C) En principio, la aprobación de un convenio exige la mayoría simple del Pleno para su aprobación, mayoría que sí se obtuvo en este caso. Ahora bien, el artículo 47.3 e) de la LBRL exige mayoría absoluta del número legal de miembros que conforman la Corporación para «la concesión de bienes o servicios por más de cinco años, siempre que su cuantía exceda del 20% de los recursos ordinarios del presupuesto».

Tendremos ocasión de comprobar y razonar que lo que este Convenio en realidad encubría es una auténtica concesión de servicios, que, al margen de su nulidad por no respetar el procedimien-

to legalmente previsto para su otorgamiento, es lo cierto que hubiera exigido dicha mayoría absoluta, si, además de su duración (10 años), hubiera afectado al 20 por 100 de los recursos ordinarios del presupuesto municipal, dato que desconocemos.

Por todo ello, y con independencia de lo comentado en el apartado C), no cabe duda de que esta sesión extraordinaria es nula de pleno derecho, pues se trata de infracciones graves de normas esenciales de formación de la voluntad del Pleno, máximo órgano colegiado expresivo de la soberanía municipal, que por ello tiene encaje, de manera clara y patente, en el artículo 62.1 e) de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

2. Respecto al recurso planteado por el concejal, debemos significar que carece de razón.

Es cierto que el artículo 80.3 del Reglamento de Organización, Funcionamiento y Régimen Jurídico de las Corporaciones Locales exige la notificación de la convocatoria de la sesión a los concejales en su domicilio y, también, que el artículo 59 de la Ley 30/1992 dispone la forma en que deben hacerse las notificaciones en el caso de que no se encuentre en su domicilio el notificado y se encuentre en paradero desconocido, pero no es menos cierto que se admite la subsanación de la notificación defectuosa cuando el mismo se da por notificado o realiza actuaciones que demuestran conocer el contenido de la notificación. Y esto es lo que ha ocurrido en el presente caso como se pone de manifiesto en el hecho de que el concejal recurrente acude a la sesión, interviene en el debate y se abstuvo en la misma. Por tanto, ninguna indefensión le ha provocado la forma concreta en que se realizó la notificación de la convocatoria.

3. Respecto a la validez o no del Convenio en cuestión, debemos afirmar que el mismo no resulta ajustado a derecho.

Es perfectamente posible la utilización de los convenios interadministrativos entre diferentes Administraciones para la cooperación económica, técnica y administrativa de las mismas, como prevé el artículo 57 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, de Bases del Régimen Local. Pero aquí no existe un convenio de cooperación meramente técnica, económica o administrativa sino que se ceden a una empresa constituida por otra Entidad Local las competencias administrativas necesarias para la prestación del servicio público de forma indirecta.

Cierto, también, que el artículo 15 de la Ley 30/1992 permite mediante la encomienda de gestión a otros órganos o entidades de la misma o distinta Administración para la realización de actividades de carácter material, técnico o de servicios de la competencia de los órganos administrativos o de las entidades de derecho público, por razones de eficacia o cuando no se posean los medios técnicos idóneos para su desempeño. Pero dicha encomienda no puede suponer cesión de titularidad de la competencia ni de los elementos sustantivos de su ejercicio, siendo de la responsabilidad del órgano o entidad encomendante dictar cuantos actos o resoluciones de carácter jurídico den soporte o en los que se integre la concreta actividad material objeto de encomienda.

En este supuesto, no sólo se encomiendan actividades materiales, técnicas o de servicios de la competencia municipal sino que se ceden ciertas competencias administrativas sin que la empresa cesionaria precise, en esos supuestos, del soporte de actos o resoluciones concretos.

Por su parte, la intervención del Ayuntamiento de RRR se limita a la firma y aprobación del convenio pero no asume ninguna obligación ni tampoco le corresponde ningún derecho; la única que

asume derechos y deberes es la empresa municipal de dicho Ayuntamiento o entidad cesionaria, que es una empresa que adopta la forma de sociedad mercantil y cuyo régimen jurídico es de derecho privado, lo que excluye la aplicación de los convenios de encomienda de gestión pues de acuerdo con el artículo 15.5 de la Ley 30/1992 «el régimen jurídico de la encomienda de gestión no será de aplicación cuando la realización de las actividades enumeradas en el apartado primero haya de recaer sobre personas físicas o jurídicas sujetas a derecho privado, ajustándose, entonces, en lo que proceda, a la legislación correspondiente de contratos del Estado, sin que puedan encomendarse a personas o entidades de esta naturaleza actividades que, según la legislación vigente, hayan de realizarse con sujeción al derecho administrativo».

A esta conclusión no parece óbice el que la citada sociedad haya sido constituida con capital municipal del Ayuntamiento de RRR y dependa del mismo a todos los efectos, porque si esas notas tienen validez para el ejercicio de sus competencias en ese municipio, en cambio dejan de tener sentido si lo que se pretende es ejercer en el ámbito de otro municipio, pues entonces prima su sometimiento al régimen jurídico del derecho privado que en todo caso se da por su forma de sociedad mercantil anónima con el que ha sido constituida. Por consiguiente no cabe de hablar de convenio de encomienda de gestión de un servicio público a una sociedad sujeta al derecho privado sino que en tal caso ha de acudir a la legislación de contratos del Estado y, en el caso concreto de las Administraciones Locales, cuando se está hablando de la prestación indirecta de servicios públicos como el del agua o la concesión administrativa.

En suma, el convenio encubre una auténtica concesión o cesión de la gestión de servicio público por un tercero distinto de la propia Administración Local titular del servicio que hasta ese momento venía prestando 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 el municipio de RRR.

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 pues se está pasando a un sistema de gestión indirecta del servicio público de que se trata. Por ello, esto no impedirá la aplicación de la normativa que se hubiera tratado de eludir: esto es, la relativa del procedimiento para posibilitar la gestión indirecta del servicio (art. 85 de la LBRL), más concretamente la reguladora de la concesión con arreglo al Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio.

Es cierto que el artículo 154.2 del mismo excluye la aplicación de sus reglas a los supuestos de gestión del servicio público mediante la creación de entidades públicas destinadas a este fin, ni cuando se atribuya a entidades de derecho privado en cuyo capital sea exclusiva la participación de la Administración. Pero, obviamente, ha de referirse a su propio término municipal, en realidad se trata de gestión directa del servicio, no, como en este caso, a una empresa de otro Ayuntamiento constituida para la prestación del servicio en su propio territorio, nunca fuera de él, pues entonces se produce lo que venimos afirmando respecto al otro territorio, una gestión indirecta del servicio mediante concesión sin respetarse las normas reguladoras de esta modalidad de prestación del servicio público.

En conclusión, al prescindirse de esas normas, en particular las de publicidad y concurrencia de la licitación, se incurre en un vicio de nulidad absoluta contemplado en el artículo 62.1 e) de la Ley 30/1992 consistente en prescindir total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido.

• **SENTENCIAS, AUTOS Y DISPOSICIONES CONSULTADAS:**

- **Ley 30/1992 (LRJAP y PAC), arts. 15, 47.3 e), 59 y 62.1 e).**
- **Ley 7/1985 (LBRL), arts. 46.2 b), 57 y 85.**
- **RDLeg. 2/2000 (TRLCAP), art. 154.2.**
- **RD 2568/1986 (Rgto. de Organización, Funcionamiento y Régimen Jurídico de las Corporaciones Locales), arts. 80.3 y 4 y 82.2 y 3.**