

RÉGIMEN JURÍDICO GENERAL

15/12. ENCOMIENDA DE GESTIÓN AL CONSORCIO DE ZONA FRANCA

Posibilidad de que un Consorcio de Zona Franca participe en la gestión de un Consorcio interadministrativo del que forman parte Estado, Comunidad Autónoma y Corporaciones locales. Encomiendas de gestión; su regulación en la Ley 30/1992 y en la Legislación de Contratos del Sector Público. Cumplimiento por el Consorcio de la Zona Franca de los requisitos exigidos por una y otra; consideración especial de la exigencia de ser «medio propio» del Consorcio en cuestión ¹.

Vista la consulta de referencia, el Abogado del Estado que suscribe informa lo siguiente:

1. El Consorcio de la Zona Franca de [...] ha tenido una participación muy importante en la génesis del Consorcio [...]. Tras la constitución de este último, podemos ver cómo el Delegado del Estado ha sido vocal tanto del Consejo Rector del Consorcio, como de su Comisión Ejecutiva, como del Consejo de Administración de su sociedad instrumental. Pero durante el estudio de la configuración de la propia entidad, se estuvo pensando incluso en que el Consorcio de la Zona Franca concurriese como un miembro más, junto con Estado y Junta de Andalucía, a la creación del Consorcio [...]. Así queda constancia en el dictamen solicitado a la Abogacía General del Estado por las Direcciones Generales de Patrimonio del Estado y de Costas, previo a la constitución del Ente (Dictamen A.G. Medio Ambiente 2/06, de fecha 17 de mayo de 2006). La respuesta de la Abogacía General es positiva (apartado «V.d» del dictamen; folios 14-15), habiendo resultado capital en la concusión favorable del dictamen la adscripción del Consorcio al entonces Ministerio de Economía y Hacienda para demostrar que todas las competencias de fomento o potenciación de la actividad económica no se encuentran transferidas a la Junta de Andalucía (y, por tanto, el Estado podía participar directamente en el proyecto y

¹ Informe elaborado el 9-3-2012 por don Manuel Ponce Arianes, Abogado del Estado-Jefe en Cádiz.

no simplemente financiarlo). En concreto la existencia del Consorcio supone un ejercicio directo de competencias de índole similar (fomento de su ámbito territorial de influencia) por Entidad integrada en el Sector Público Estatal (apartado «V, a» del dictamen; folios 9-12).

Como indicamos, en la decisión final se optó por un Consorcio entre Estado y Junta de Andalucía, al que podrían incorporarse otras Administraciones, como efectivamente han hecho la Diputación Provincial y el Ayuntamiento de [.....]; pero, de una manera velada, el protagonismo del Consorcio de la Zona Franca sigue apareciendo en los Estatutos del Consorcio [.....], pues el último párrafo del artículo 32 nos dice que:

«Los recintos fiscales que se creen en su ámbito territorial participarán de las condiciones fiscales propias de su naturaleza conforme a lo establecido en la normativa vigente».

El desarrollo de esta previsión, conduciría sin duda a una participación más intensa, si no exclusiva, del Consorcio de la Zona Franca de Cádiz al menos en la gestión de este hipotético recinto fiscal de posible inclusión en la delimitación del Parque [.....].

2. Hasta la fecha, el Consorcio tiene constituida una Sociedad instrumental, de la que el Consorcio es socio único, con el carácter de sociedad Estatal (al ostentar mayoría el Estado en su participación en el Consorcio, la sociedad unipersonal de este último tiene consideración de sociedad Estatal), por lo que se requirió para su constitución autorización del Consejo de Ministros otorgada mediante acuerdo de 27 de abril de 2007. La sociedad efectivamente se constituyó por otorgamiento de escritura pública de fecha 20 de noviembre de 2007. Sus órganos colegiados han funcionado, pero el proceso de reclutamiento de directivos quedó interrumpido nada más aparecer la STS de 19 de octubre de 2009, anulando la primera reserva demanial.

En el artículo 5 de los estatutos sociales de la Sociedad instrumental se prevé que esta tenga el carácter de medio propio del Consorcio [.....], a los efectos de recibir las encomiendas, encargos e instrucciones del propio Consorcio. Como se ha indicado, la sociedad no ha empezado a recibir estas encomiendas al paralizarse las obras como consecuencia de la STS citada (las primeras obras de precarga las contrató directamente el Consorcio y los contratos relacionados con ellas tuvieron que suspenderse, primero, y resolverse más tarde). En principio se había previsto la participación de la sociedad en esta fase de construcción, pero nada se había decidido con relación a la fase de comercialización, aun cuando se tenía siempre presente que si el otorgamiento de los títulos de ocupación o disfrute temporal iba a ser realizado por la sociedad, a lo sumo podría concertar arrendamientos, puesto que sólo el Consorcio podía otorgar concesiones demaniales. La estipulación 7.^a del Convenio de 30 de abril de 2007, constitutivo del Consorcio [.....], preveía que la puesta a disposición de los suelos a favor de las empresas y entidades destinatarias del Parque sería

15/12 realizada directamente por el Consorcio o a través de sus sociedades instrumentales, con lo que dejaba abierta la cuestión. Lo mismo ocurre con la fórmula jurídica, puesto que se cita expresamente el arrendamiento, pero también otras fórmulas jurídicas que no impliquen la transmisión de la titularidad de los terrenos, que corresponderá siempre a las Administraciones consorciadas.

3. Según lo expuesto, la fórmula más razonable para implicar al Consorcio de la Zona Franca en la gestión del proyecto [.....] (como hemos visto ya participa en sus órganos de gobierno la persona del Delegado) pasaría por cumplir requisitos análogos a los que ya cumplía la propia «Sociedad de Gestión del proyecto [.....] S.A.», de manera que pueda considerársele como medio propio del Consorcio [.....] y aceptar y ejecutar las encomiendas de gestión que éste le realice.

A este respecto, la figura de la encomienda de gestión cuenta con regulación tanto en la Ley 30/1992, de 26 de noviembre (artículo 15), como en la Ley de Contratos del Sector Público (artículo 4.1.n en relación con el 24.6 de su texto refundido). Dado que los requisitos exigibles no son los mismos, hemos contrastado el criterio de diferenciación entre unas y otras con la Abogacía General del Estado, llegando a la conclusión de que los criterios de la Ley 30/1992 nos servirían si la encomienda no va a referirse a prestaciones que fuesen propias de contratos regulados por la Ley de Contratos del Sector Público. Podría ser el caso, por ejemplo, de una hipotética encomienda que alcanzase a las competencias y tareas en principio atribuidas por los Estatutos del Consorcio a la Gerencia del mismo. Sin embargo, en el momento de incluir en la encomienda prestaciones propias de los contratos regulados por el Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, ya habrá que cumplir los requisitos, más exigentes, previstos por esta última. Si la encomienda abarca ambos tipos de funciones, deberán cumplirse ambas normativas.

4. Como entendemos que sí quieren encomendarse funciones relacionadas con la ejecución de las obras de urbanización del Parque [.....], así como, en su caso, la ulterior comercialización de los terrenos ya urbanizados, comenzaremos por estudiar los requisitos de la normativa más exigente, es decir, la de Contratos del Sector Público. Tales requisitos pueden resumirse en tres:

- Que el Consorcio realice para el poder adjudicador la parte más importante de su actividad.
- Que el control del poder adjudicador sobre el Consorcio de la Zona Franca sea similar al que ejerce el Consorcio [.....] sobre sus propios servicios.
- Que en las normas de creación o Estatutos del Consorcio de la Zona Franca se reconozca expresamente su condición de medio propio del poder adjudicador en cuestión.

Veamos uno a uno si concurren tales requisitos.

5. Por medio de sucesivos dictámenes, la Abogacía General del Estado ha ido insistiendo en que el objeto fundamental de los Consorcios de Zona Franca es el ejercicio de la actividad de fomento dentro de sus respectivos ámbitos territoriales de influencia. Al tiempo de su constitución, esta actividad de fomento era muy concreta, mediante la construcción y explotación de un recinto fiscal en el que las mercancías podían permanecer sin abonar determinados impuestos relacionados fundamentalmente con el tráfico exterior. Posteriormente se han hecho más versátiles, puesto que su objeto les permite explotar su patrimonio, incluso fuera de los recintos fiscales, para conseguir dicha finalidad de fomento. Si tanto la actividad interior como exterior al recinto fiscal llevada a cabo por los Consorcios se considera actividad de fomento propia de la Administración del Estado (dictamen del Consejo de Estado 1336/2005, de 17 de noviembre, que confirma a su vez el de la Abogacía General del Estado de fecha 6 de mayo de 2005; de ambos se hace eco la Instrucción de esta última 1/2006, de 8 de febrero, sobre contratación de los Consorcios de Zona Franca), tendremos que convenir que el 100 % de la actividad de los Consorcios se realiza para dicho Estado, actuando los Consorcios, como vicarios del mismo, mediante competencias atribuidas por su normativa orgánica y estatutaria (sólo una particularidad en su actuación tradicional interior al recinto fiscal, en donde, además de la regulación específica, cuenta, por aplicación de esta última, con un título habilitante específico o concesión de zona franca).

No habría problema pues con que el Consorcio recibiese encomiendas de gestión del propio Estado. Lo que ofrece más dudas es si las puede recibir del Consorcio [...], donde el Estado es un miembro más, cualificado, eso sí, por su participación mayoritaria (superior al 50 %). Posteriormente volvemos sobre este tema para llegar a conclusiones concretas.

6. El mismo razonamiento contenido en el punto anterior podríamos aplicar al segundo requisito (control sobre el medio propio similar al que se ejerce sobre los propios servicios): parece claro que concurre entre el Estado y el Consorcio de la Zona Franca, pues aquel controla por amplia mayoría los órganos de gobierno del Consorcio, atribuyéndose a éste, tal y como hemos visto también en el punto inmediato anterior, la categoría de Ente integrado en el Sector Público Estatal.

Sin embargo vuelve a surgirnos la duda cuando consideramos que es el Estado y no el Consorcio [...] el que ejerce ese control sobre el Consorcio de la Zona Franca de Cádiz.

7. Hasta ahora el Consorcio [...] ha realizado encomiendas de gestión a TRAGSA y sus sociedades filiales. Para ello se ha utilizado como razonamiento que tanto el Estado (socio mayoritario), como las Comunidades Autónomas (con pequeñas participaciones cada una de ellas), pueden utilizar a TRAGSA y su grupo como medio propio, puesto que la jurisprudencia comunitaria admite que el control de este último se lleve a cabo conjuntamente por varios Entes (siempre que no participe en el con-

15/12 trol ningún privado). Así la Sentencia del TJCE de 19 de abril de 2007, asunto ASEMPO, en el que el Reino de España era parte procesal. Pues bien, si ello es así, es decir, si Estado y Junta de Andalucía pueden utilizarlo como medio propio, también creemos que puede hacerlo un Consorcio formado por uno y otro.

No podemos en principio trasladar este razonamiento al Consorcio de la Zona Franca de [...], puesto que el Estado sí tiene control y participación política en el mismo, pero no la Junta de Andalucía. Se necesitan criterios interpretativos más flexibles para dar cabida al supuesto que ahora se nos plantea.

Entendemos que tal flexibilidad sí se deduce de otros dictámenes de la Abogacía General del Estado, como el de fecha 14 de septiembre de 2011 (R-979-11) en el que se admite que la Fábrica Nacional de Moneda y Timbre actúe como medio propio no sólo del Estado, sino también (folios 6 y ss) para las Entidades y organismos públicos dependientes o vinculados a la Administración del Estado. Se postula la interpretación flexible y no estricta por ser este precisamente el criterio fijado por la propia Ley de Contratos del Sector Público para TRAGSA y su grupo (Disposición adicional 25.ª del T.R. de la LCSP, aprobado por R.D. legislativo 3/2011, de 14 de noviembre), pronunciándose en un sentido similar otras normas reguladoras de distintos Entes con características parecidas (se mencionan expresamente el BOE, la Agencia Estatal de Seguridad Aérea, el CEDEX, el CIS y el Instituto de Salud Carlos III). Finalmente también concreta el precepto estatutario, relativo a la FNMT que así lo proclama, pero no sin antes haber proclamado este criterio interpretativo flexible como principio general, lo que resulta útil en el dictamen para aplicar la misma regla a las entidades referidas en las disposiciones adicionales 8.ª a 10.ª de la LOFAGE y a nosotros puede resultárnoslo en el caso concreto que se nos consulta (en cambio no se hace el criterio tan flexible como para incluir otras Entidades sometidas al Derecho Privado, como las Sociedades Estatales y las Fundaciones Públicas).

El Consorcio [...], ciertamente, no es un Ente público dependiente del Estado; pero sí se encuentra vinculado al mismo en cuanto que forma parte del Sector Público Estatal; en concreto, se trata de un verdadero Consorcio, en el que la participación o control político del Estado resulta mayoritaria [en este caso letra *h*) del artículo 2.1 de la Ley General Presupuestaria].

Con esta interpretación flexible, podemos dar por cumplidos los dos primeros requisitos para atribuir encomiendas de gestión, pues la actividad de fomento que el Consorcio de la Zona Franca realiza como Ente instrumental del Estado y el control político que este último tiene de sus órganos de gobierno, nos permiten predicar lo mismo de un Consorcio, como el Consorcio [...], en el que el Estado ostenta la mayoría.

8. El tercer requisito es un requisito formal: la previsión en la regulación orgánica o estatutaria de la condición de medio propio del Consorcio de la Zona Franca. A este respecto las normas estatutarias de la mayoría de los medios propios citados como ejemplo en el punto anterior (porque también son citados por el dictamen de la Abogacía General que en todo momento se sigue) son bastante recientes (la mayoría del año 2009), con lo que ya pueden tomar en consideración la redacción de la Ley de Contratos del Sector Público. Los Estatutos del Consorcio de la Zona Franca, en cambio, datan del 12 de abril de 1933 y su única modificación se ha producido, en cuanto al objeto, el 25 de junio de 1998 (en ambos casos por Orden del Ministerio de Hacienda o Economía y Hacienda). El silencio al respecto no habrá que interpretarlo pues como intención negativa del legislador, sino simplemente como imposibilidad de prever requisitos que el legislador todavía no había establecido. Como hemos visto, se trata de criterios que poco a poco han ido delimitando la normativa y jurisprudencia comunitarias, siendo plasmados en la legislación de contratos del Estado a través de las sucesivas reformas.

La participación en la gestión del Parque [.....] encajaría plenamente en la ampliación del objeto social del Consorcio de la Zona Franca de [.....] operada por la última de las OOMM citadas (la de 25 de junio de 1998). Como consecuencia de la misma, el apartado segundo del artículo 4 de sus Estatutos prevé ya que el Consorcio pueda actuar fuera del recinto fiscal, «directamente o asociado a otros organismos», con la finalidad de «contribuir al desarrollo y dinamización económica y social de su área de influencia» (también el Consorcio [.....] puede actuar fuera del ámbito delimitado para el Proyecto [.....], cuando ello resulta aconsejable, según señala el último párrafo de la estipulación tercera de su convenio de creación y el artículo 3.2 de sus Estatutos) . Sólo faltaría pues el dato de la inclusión en los Estatutos de una previsión de actuación como medio propio. Dado que la operación que estamos describiendo pasa necesariamente por su aprobación por el Ministerio, al que están adscritos los dos organismos implicados (Consorcio [.....], y Consorcio de la Zona Franca) no vemos dificultad en que dicha aprobación general vaya acompañada de una modificación puntual de los Estatutos, por Orden Ministerial, recogiendo tal extremo. Así por ejemplo, se podría considerar al Consorcio de la Zona Franca (y a las Sociedades Estatales de capital 100 % público dependientes del mismo), a los efectos previstos en la Ley de contratos del Sector Público, como medio propio de la Administración del Estado y demás Entes integrados en el Sector Público Estatal, tal y como lo define el artículo 2.1 de la Ley General Presupuestaria.

9. Hasta aquí los requisitos necesarios para efectuar encomiendas de gestión de contenido contractual. Tal y como decíamos en el punto 3 anterior, si además se deseara realizar encomiendas que no respondan a dicho contenido, deberemos cumplir además los requisitos establecidos por el artículo 15 de la Ley 30/1992. Si comparamos los apartados 3 y 4 de este último, parecerían que son algo distintos los requisitos previstos en uno y

15/12 otro para el caso en que la encomienda sea intra-administrativa (es decir, dentro de una misma Administración) o inter-administrativa (saliendo del ámbito de una misma Administración); pero, realizando una interpretación sistemática de ambas, llegaremos a la conclusión de que, si la que se produce dentro de la misma Administración requiere publicación en el Boletín oficial, con mayor razón la necesitará la que es externa (J.A. Sardina, en obra colectiva sobre la Ley 30/1992). Y con relación al acuerdo de encomienda, aunque se hable de acuerdo de los órganos o entidades intervinientes, para la interna, y de convenio para la externa, en nuestro caso, en que hablamos de entidades y no de simples órganos administrativos, la manifestación de voluntad de ambas Administraciones parece encajar muy bien en la figura del convenio.

A la hora de concretar si nos hallamos dentro de la misma Administración del Estado o saltamos la barrera de la misma para movernos en el plano inter-administrativo, cabrían las dos interpretaciones. En principio, y estando tanto el Consorcio [.....] como el Consorcio de la Zona Franca de [.....] dentro del ámbito del sector público Estatal (de nuevo artículo 2.1 de la Ley General Presupuestaria) podemos inclinarnos por el ámbito interno a la Administración del Estado; pero, teniendo en cuenta que los requisitos que vemos se requieren son muy similares en uno y otro caso, nada cuesta utilizar el convenio administrativo, publicando su contenido en el BOE. De esta forma se toma en consideración también y se le da suficiente relevancia al hecho de el Consorcio [.....], aunque pertenezca al Sector Público Estatal por la posición mayoritaria del Estado, es un Ente de naturaleza asociativa o corporativa y no un simple Ente instrumental creado por el Estado y controlado por el mismo al 100 %.

Por todo lo expuesto, el Abogado del Estado que suscribe es de informe, que concurren los requisitos sustantivos para que el Consorcio de la Zona Franca de [.....] pueda recibir encomiendas de gestión del Consorcio [.....] tanto de contenido contractual (artículo 24.6 LCSP), como no contractual (artículo 15 Ley 30/1992). En cuanto a los requisitos formales, sería preciso hacer constar la consideración de medio propio en sus Estatutos, así como, en su caso, firmar el correspondiente convenio y publicarlo en el Boletín Oficial del Estado.