

**Dictamen sobre la forma de separación de algunos municipios de la MAS
y sus consecuencias indemnizatorias**

Examen de la legalidad de determinadas actuaciones municipales: ejercicio del derecho de separación (presupuesto y condiciones); declaración de lesividad y suspensión; contratación

Javier Barnes

INDICE

1. Antecedentes
 2. Consulta
 3. Legislación aplicable
 4. Resolución:
 - a. doble perspectiva de análisis: individual y de conjunto
 - b. consideraciones preliminares. Fundamentos jurídicos básicos
 - i. potestades discrecionales
 - ii. mancomunidad
 - iii. legitimidad democrática
 5. Sobre el derecho de separación
 - a. Introducción
 - b. El medio natural de “arreglo pacífico de controversias” se encuentra en el seno de la mancomunidad: el derecho de separación se ha ejercido sin lealtad institucional, fuera de los foros establecidos
 - c. El derecho de separación está sujeto a todo un conjunto de condiciones y procedimientos que han pretendido obviarse mediante artificios (técnicas unilaterales), carentes de fundamento y legitimidad. El abandono por “vía de hecho” de la mancomunidad se halla en la base de la cadena de actos ilegales subsiguientes
 6. Sobre la declaración de lesividad
 7. La contratación de emergencia
 8. Sobre el falseamiento de la competencia por actos desleales y la observancia de los indicadores internacionales sobre transparencia en la contratación pública en la lucha contra la corrupción administrativa
 9. Consecuencias indemnizatorias. Responsabilidad (administrativa y personal)
 10. Sobre el buen gobierno y la estabilidad presupuestaria
 11. Esbozo de algunas estrategias para el resarcimiento de los daños producidos y la defensa del servicio mancomunado
 - a. Cuadro resumen
 12. Sobre la responsabilidad penal
 13. Recapitulación
- Resumen Ejecutivo y Conclusiones

Dictamen sobre la forma de separación de algunos municipios de la MAS y sus consecuencias indemnizatorias

Examen de legalidad de determinadas actuaciones municipales: ejercicio del derecho de separación (presupuesto y condiciones); declaración de lesividad y suspensión; contratación

1. Antecedentes

- 1.1 La resolución de 4 de agosto de 2009 de la Dirección General de Administración Local de la Junta de Andalucía, publicada en el Boja en fecha 11 de septiembre de 2009, publicó los Estatutos de la Mancomunidad de Servicios de la Provincia de Huelva (en adelante, MAS). Los estatutos habían sido previamente aprobados, tanto por la Asamblea de Concejales, como por los Plenos de la totalidad de los municipios integrantes. Entre ellos se encontraban Valverde del Camino, Cartaya, San Juan del Puerto.
- 1.2 En el artículo 5 de los estatutos se establecían sus fines y competencias.
- 1.3 Es fin primero de la Mancomunidad la ejecución en común de obras y/o la prestación de servicios que se hallen comprendidos en el ámbito de competencia municipal para la gestión del ciclo integral del agua, en particular, el abastecimiento de agua potable, alcantarillado y saneamiento y depuración de aguas residuales. La Mancomunidad asumirá necesariamente la prestación de estos servicios subrogándose en la titularidad de los mismos, correspondiéndole en consecuencia la gestión integral de los

mismos, así como la imposición y ordenación de los tributos que por tal concepto puedan exigirse.

- 1.4 Constituye igualmente una finalidad de la Mancomunidad la ejecución en común de obras y/o la prestación de servicios que se hallen comprendidos en el ámbito de competencia municipal para la gestión del ciclo de residuos, en particular la recogida y tratamiento de residuos sólidos urbanos. La Mancomunidad podrá asumir la prestación de estos servicios, en todo o en parte, en los términos que acuerde, previa solicitud del municipio miembro interesado aprobada por el Pleno de su Ayuntamiento mediante acuerdo adoptado por mayoría absoluta. La Mancomunidad podrá subrogarse en la titularidad de los servicios correspondientes, asumiendo en tal caso la gestión integral de los mismos, así como la imposición y ordenación de los tributos que por tal concepto puedan exigirse.
- 1.5 La Mancomunidad de Servicios de Huelva, era, además, sucesora de las Mancomunidades del Condado y de la Costa de Huelva, excepción hecha de algunos municipios que, perteneciendo a aquéllas, optaron por la no integración, como fueron Lepe y Moguer, entre otros.
- 1.6 *Gestión Integral del Agua de Huelva*, S.A. nació como sociedad instrumental de la Mancomunidad de Aguas de la Costa de Huelva para la gestión del ciclo integral del agua, ampliando posteriormente y por vía de convenio su actuación a los municipios no integrados. Se encuentra pendiente ajustar el capital social de *GLAHS A* a la salida de los municipios de MOGUER y LEPE.
- 1.7 La MAS, por acuerdo del Pleno, de fecha de 29 de julio de 2010, decidió “encomendar a la entidad instrumental de la Mancomunidad de Servicios de la Provincia de Huelva “Gestión Integral de Aguas de Huelva, S.A.” (en adelante, *GLAHS A*), por un plazo de 30 años a contar desde la adopción del presente acuerdo, la prestación de los servicios mancomunados relacionados con la gestión integral del agua en los municipios integrantes de la Mancomunidad, comprendiendo concretamente las actividades a que se refiere el

artículo 9.4 de la Ley 5/2010, de 11 de junio, de Autonomía Local de Andalucía, así como la contemplada en el artículo 9.13 letra h) de dicha Ley(...). Asimismo se autorizó a *GLAHS A*, igualmente por el Pleno de la Mancomunidad, a solicitar y obtener la concesión demanial de los bienes afectos a la prestación de los servicios, cuya gestión se le encomienda bajo determinadas condiciones.

1.8 La MAS, *GLAHS A* y cada Ayuntamiento suscribieron un convenio “para la estabilidad de los servicios mancomunados”. La justificación de ese convenio se exponía en acuerdo del Pleno de la MAS, de 12 de noviembre de 2010, en los siguientes términos:

a) “Con objeto de dotar de la mayor firmeza posible a los compromisos adquiridos por los municipios integrantes de la mancomunidad, para la gestión a través de esta Mancomunidad de Servicios de la Provincia de Huelva (MAS) de los servicios relacionados con el ciclo integral del agua y el de los residuos, contenidos en los distintos acuerdos municipales referentes a la concesión demanial de las infraestructuras municipales afectas a la gestión del servicio del ciclo integral del agua, a la efectividad y estabilidad del capital social de *Gestión Integral del Agua de Huelva, S.A.*, las aportaciones extraordinarias establecidas por la Mancomunidad para los casos de separación anticipada de los municipios, insuficiencia de las tasas establecidas o procedimiento de obligaciones relacionadas con el aumento de capital social de *GLAHS A*, así como las pignoraciones o cesiones de derechos de crédito que se derivan de la prestación de determinados servicios relacionados con la gestión del ciclo integral del agua, se han incorporado los mismos como contenido a un Convenio a suscribir entre cada Ayuntamiento, la Mancomunidad de Servicios de la Provincia de Huelva (MAS) y la entidad instrumental *GLAHS A*, adquiriendo las partes firmantes los necesarios compromisos en relación con la prestación de los servicios, la permanencia en la Mancomunidad, el mantenimiento efectivo de *GLAHS A* y el mantenimiento de las concesiones demaniales de las infraestructuras municipales”.

b) En mérito a dichos convenios, y en lo que aquí interesa: cada ayuntamiento se comprometía:

- a permanecer en la MAS durante 30 años;
- a la cesión en concesión demanial de las infraestructuras, a cambio de un canon a abonar por *GLAHS A*, en los términos de los acuerdos del Pleno¹;
- a mantener la efectividad de la aportación de capital a través de la permanencia de los derechos de explotación del servicio;
- a satisfacer aportaciones extraordinarias fijadas por el Pleno para el caso de separación anticipada o insuficiencia de tasas;
- a ratificar, junto con la MAS, las cesiones o pignoraciones de los derechos de crédito que se derivan de la prestación de determinados servicios;

- 1.9 De hecho, se suscribieron los convenios y se otorgaron las concesiones. El 13 de enero de 2011, se otorgaron las concesiones, entre otros, de los ayuntamientos de Valverde del Camino, Cartaya, San Juan del Puerto, Bollullos, Higuera de la Sierra. A los acuerdos concesionales se incorporó una addenda sobre el pago del canon, suscrita por el correspondiente alcalde y *GLAHS A*, en virtud de la cual y entre otras consideraciones, “las cantidades a pagar anualmente del canon se realizarán en 30 pagos iguales de (cantidad correspondiente a cada municipio), que podrán fraccionarse semestral o trimestralmente a petición municipal (...). Las quince primeras anualidades podrán ser capitalizadas total o parcialmente el primer año aplicando una tasa de descuento que se estima en el nuevo por ciento, hasta un máximo de (cantidad concreta para cada ayuntamiento).
- 1.10 Si bien *GLAHS A* prestó los servicios de gestión del ciclo integral del agua y residuos sólidos a los Ayuntamientos de Lepe y Moguer, no integrados en la MAS, finalmente, y tras diversos conflictos y litigios, dejó de hacerlo.
- 1.11 Diversos municipios, iniciaron, en el cuarto trimestre de 2011 – pocos meses después de suscribir los precitados acuerdos y de otorgar las referidas concesiones- diversas actuaciones para separarse de la MAS y dejar sin efecto las concesiones y restantes

¹ En addenda a los títulos concesionales se recoge el régimen de abono del canon.

compromisos suscritos con MAS y *GLAHS.A*. De estas actuaciones cabe destacar a nuestro limitado propósito los siguientes elementos:

- a) De un lado, constituye hecho que las justificaciones y motivación de los distintos municipios que inician el proceso resultan ser prácticamente idénticas –identidad sustancial- y casi absoluta la mimetización en cuanto al tenor literal – identidad formal-. Así, se esgrimen en esencia tres argumentos: la falta de abono del canon que corresponde a *GLAHS.A*, la falta de oficina de atención al público, y el encarecimiento del servicio. Sin perjuicio de cuanto luego se dirá en el análisis individualizado, el inicio de la operación no va acompañada de datos, o de memorias o estudios que avalen esas afirmaciones.
- b) De otro, no se hace uso, en ningún caso, de los medios o cauces orgánicos y procedimentales naturales u ordinarios para la resolución de esas u otras discrepancias o controversias, como son los órganos de la propia Mancomunidad. MAS no tuvo constancia alguna, a través de esos órganos, de tales discrepancias. Las actuaciones municipales de separación resultan, por tanto, sorpresivas para la MAS.
- c) El hecho de no plantear esas justificaciones formales ante los órganos de la MAS se hace acompañar de un expreso o implícito proceso de separación, al margen de ésta, y sin previo cumplimiento de los acuerdos suscritos.
- d) Ese proceso de separación –al margen del cauce orgánico y procedimental establecido- se ha instrumentado de forma variada en cada municipio, aunque con notable analogía, y, sobre todo, con identidad en cuanto al resultado: *adjudicación a una misma empresa*. Cabe destacar aquellos supuestos, como los que representan San Juan del Puerto y Valverde del Camino, en los que se ha iniciado un procedimiento de declaración de lesividad de los acuerdos concesionales y de suscripción del convenio de estabilidad. Estos Ayuntamientos han promovido, al amparo del artículo 104 de la Ley 30/1992, la suspensión de los acuerdos en cuestión.
- e) Constituye, como se ha observado, un denominador común a este proceso la pretensión de eludir responsabilidades

económicas que, en razón de la separación y ruptura de acuerdos, debe de asumir cada ayuntamiento.

- f) De la documentación examinada, se infiere que los Ayuntamiento de Valverde del Camino y San Juan del Puerto han acudido a la contratación de emergencia (servicios del ciclo del agua y residuos urbanos). Cartaya, por su parte, ha anunciado su intención de proceder a la misma en su propia web oficial.
- g) La adjudicataria de la nueva contratación es, igualmente, en todos los casos la empresa *AQUALIA GESTIÓN INTEGRAL DEL AGUA*, S.A., ya sea en la contratación de emergencia, como, en su caso y hasta el momento, en la contratación ordinaria.

1.12 MAS ha acordado la separación del Ayuntamiento de Valverde del Camino por incumplimiento de obligaciones, girando una cuota de liquidación por separación por un importe superior a 8 millones de euros.

1.13 Estas acciones municipales han generado numerosas actuaciones procedimentales y procesales, a consecuencia de la forma en que se ha producido la separación.

2. Consulta

- 2.1 El presente dictamen tiene por objeto el análisis general de las actuaciones administrativas realizadas tendentes a hacer efectiva la separación de determinados municipios de la MAS.
- 2.2 Ese análisis comprende señaladamente el enjuiciamiento jurídico independiente de las siguientes cuestiones:
- a) La legalidad de la *separación* municipal de la Mancomunidad: presupuesto y condiciones de ejercicio del derecho.
 - b) La legalidad de la *declaración de lesividad* de la que se sirve el proceso de separación, así como de los actos subsiguientes o relacionados, por conexión o consecuencia, en particular la *suspensión* de la concesión demanial, allá donde se haya producido; legalidad de las actuaciones precedentes o previas a tal declaración;
 - c) La legalidad de las *contrataciones de emergencia*, cualesquiera que sean las circunstancias y los presupuestos de hecho en que se haya basado cada uno de los municipios, teniendo en cuenta las actuaciones precedentes;
 - d) La observancia de las normas relativas a la *estabilidad presupuestaria* a resultas de las operaciones realizadas en cada uno de los casos;
 - e) El análisis del *falseamiento de la competencia* a consecuencia de actos desleales;
 - f) Las *responsabilidades* que de los procedimientos seguidos y del conjunto de actuaciones puedan derivarse, señaladamente aquellas que sean resultado de la ilegalidad de las actuaciones objeto de consideración en cada caso; así como las de carácter civil y administrativo que puedan igualmente desprenderse de tales acciones, de acuerdo con las condiciones establecidas, y la luz de las circunstancias y datos que obren en el expediente;

- g) Cualesquiera otras que guarden relación directa y necesaria con las letras anteriores (y, en particular, las relativas a la estrategia legal que resulte aconsejable).

3. Legislación aplicable

3.1 En primer lugar:

- a) Directivas comunitarias sobre contratación administrativa: 2004/17/CE y 2004/18/CE, y posteriores actos modificativos: Directiva 2005/75/CE, Directiva 2006/97/CE, Reglamento (CE) n° 1422/2007, Directiva 2009/81/CE, Reglamento (CE) n° 1177/2009, Reglamento (CE) n° 1251/2011. Comunicaciones y Recomendaciones de la Comisión Europea.²
- b) Carta Europea de la Autonomía Local.
- c) Constitución (señaladamente, arts. 1.1, 9.1, 9.3, 53.1, 103.1, 106, 137, 140).
- d) Estatuto de Autonomía de Andalucía.
- e) Ley 30/1992, de 26 de noviembre de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común. Título X.
- f) Ley 6/2010, de 11 de junio, reguladora de la participación de las Corporaciones Locales en los Tributos de la Comunidad Autónoma de Andalucía.
- g) Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público; Real Decreto Legislativo 3/2011 por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público.
- h) Ley 31/2007, de 30 de octubre, sobre procedimientos de contratación en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales.
- i) Ley 4/1986, de 5 de mayo, del Patrimonio de la Comunidad Autónoma de Andalucía.
- j) Ley 33/2003, de 3 de noviembre, del Patrimonio de las Administraciones Públicas.

² Pueden verse en la página web del Ministerio de Hacienda y Administraciones Locales:

<http://www.minhap.gob.es/es->

[ES/Servicios/Contratacion/Junta%20Consultiva%20de%20Contratacion%20Administrativa/Paginas/Union.aspx](http://www.minhap.gob.es/es-Servicios/Contratacion/Junta%20Consultiva%20de%20Contratacion%20Administrativa/Paginas/Union.aspx)

k) Ley 5/2010, de 11 de junio, de Autonomía Local de Andalucía.

3.2 En segundo término, la jurisprudencia constitucional y contencioso-administrativa del Tribunal Supremo en relación con los siguientes principios generales básicos:

- a) Sistema constitucional de autonomía local (arts. 137, 140 C.E.), de responsabilidad patrimonial (art. 106 C.E.), de interdicción de la arbitrariedad (art. 9.3 C.E.), de servicio objetivo de los intereses generales (art. 103.1 C.E.) y de sujeción de todos los poderes públicos al ordenamiento jurídico (art. 9.1 C.E.), y en lo que ahora importa, de sometimiento pleno de las Administraciones públicas a la Ley y al Derecho (art. 103.1 C.E.).
- b) Principio de proporcionalidad (art. 1.1 C.E.; TUE, CEDH).
- c) Desviación de poder (art. 106 C.E., art. 63.1 Ley 30/1992).
- d) Potestad de separación.

4. Resolución

4.1 Doble perspectiva del análisis: individual y de conjunto

4.2 En principio, las actuaciones municipales objeto de nuestro análisis podrían ser consideradas en su conjunto, esto es, como eslabones inseparables de una misma cadena al servicio de una estrategia o finalidad última (i), o singularmente, haciendo abstracción de la relación de causalidad o instrumentalidad en la que unas y otras se inscriben (ii).

4.3 Ahora bien, metodológicamente, y en el caso contemplado, esa opción no ha de tomarse como alternativa o con carácter excluyente. Una y otra vertiente han de ser oportunamente abordadas, como complemento necesario:

- a) Primero, *por razones explicativas* y de *comprensión* de lo acaecido. Así, no se puede entender en su debido contexto, por ejemplo, el concreto y singular ejercicio de la potestad de separación de un determinado municipio, si no es en relación con la adjudicación “final” del servicio a una misma empresa. Al tiempo que esa relación de instrumentalidad (representable en la secuencia *separación-contratación de emergencia-adjudicación a una misma empresa*, con actuaciones intermedias variadas, según los casos) no se entiende en su integridad, si no se inicia con un examen pormenorizado de cada una de ellas.
- b) Segundo, *por razones de valoración jurídica* y a *efectos probatorios* en términos judiciales y de surgimiento de responsabilidad patrimonial. En efecto, la relación o secuencia en su conjunto no sólo hace prueba de la causa última, que todo lo impregna, es decir, de la finalidad perseguida con esa estrategia (la adjudicación a una misma empresa, a cambio de financiación), sino también el uso artificioso, desviado e ilegal de las distintas piezas o técnicas encadenadas (separación, lesividad, suspensión, contratación de emergencia...), piezas que, sencillamente, *no encajan* (en la legalidad), por más que

pretendan justificarse por sí mismas. La relación de instrumentalidad, manifiesta por lo demás, cuando no confesada abiertamente por algunos municipios, termina por evidenciar, por si hiciera falta, que cada una de esas operaciones, en sí y *per se*, resultan manifiestamente ilegales.

Quiérese decir, y ello es importante notarlo, que si alguna actuación singular –por ejemplo, el ejercicio de la potestad de separación, en un municipio dado- pudiera ser dudosa o cuestionable aisladamente considerada, su análisis contextual no hace sino fortalecer que se trata de una operación orquestada contraria al ordenamiento jurídico.

- 4.4 En el presente dictamen, por tanto, se contemplan las dos dimensiones, de modo inseparable: conjunto y piezas forman un entramado. Las actuaciones singulares se hallan al servicio de una estrategia, a cuyo trasluz han de ser asimismo enjuiciadas. El análisis de conjunto y singular a un tiempo permitirá, de un lado, beneficiarse de una visión integral, y, de otro, concluir con mayor consistencia y fiabilidad acerca de cada una de esas actuaciones.
- 4.5 *Si cualesquiera de las técnicas utilizadas en el caso concreto desborda la legalidad, con mayor razón cuando, además, se les inserta en un contexto y al servicio de unos fines asimismo ilegales.* En estas palabras, podría sintetizarse la conclusión del presente dictamen.
- 4.6 A tal efecto, pues, preciso es proceder del siguiente modo:
 - a) Primero, estudiar a nuestro limitado propósito las condiciones para que la decisión primera en el tiempo –la de separarse de la Mancomunidad- responda a las exigencias legales y estatutarias, así como convencionales, que resulten de aplicación.
 - b) Segundo, examinar los parámetros de legalidad de la declaración de lesividad y de la suspensión a ella anudada, en los casos en que se ha recurrido a esta técnica.
 - c) Tercero, enjuiciar la contratación de los servicios, haya sido o no precedida de una declaración de lesividad.
 - d) Cuarto, determinar si concurre el presupuesto del falseamiento de la competencia por actos desleales (en primer término, por parte

de la empresa adjudicataria), así como si se han desconocido los criterios sobre la transparencia en la contratación (por parte de los municipios).

- e) Quinto, identificar las distintas responsabilidades (extracontractual y personal) a que da lugar la operación emprendida (más allá de la elemental responsabilidad contractual que se deriva de lo legalmente establecido y acordado en caso de separación). Responsabilidad que traería causa, en primer término, de un funcionamiento anormal de los servicios públicos, y, más específicamente, de la ilegalidad de unas actuaciones, haya sido o no declarada aún.
- f) Sexto, indagar los criterios en vigor en lo que hace al buen gobierno y a la estabilidad presupuestaria, así como las medidas que quepa adoptar en punto a la publicidad y transparencia de las actuaciones llevadas a cabo, como medios de control jurídico y debate político.
- g) Finalmente, por vía de síntesis y de modo colateral, esbozar algunas estrategias en defensa de los intereses de la MAS y *GLAHS A*.
- h) Es necesario, con todo, iniciar el dictamen con unas consideraciones preliminares y comunes a los problemas planteados.

4.7 El presente análisis se estructura en dos grandes partes, netamente diferenciadas: el cuerpo del dictamen y el resumen ejecutivo y conclusiones.

4.8 **Consideraciones preliminares. Fundamentos jurídicos básicos**

4.9 Con carácter previo, y habida cuenta la naturaleza transversal que adquieren para las cuestiones suscitadas algunas exigencias jurídicas, se hace necesario recordar:

- a) Primero, ciertos principios y fundamentos básicos del Derecho Público nacional, europeo y comparado, relativos al ejercicio de las **potestades discrecionales** (aquí, de las Corporaciones locales), expresión todos ellos de que *discrecionalidad* (y

autonomía) no es sinónimo de *capricho*, ni, menos aún, de *arbitrariedad*³;

- b) en segundo lugar, el concepto, sentido y finalidad de la creación de una **mancomunidad** y de los servicios mancomunados; así como su analogía con el derecho de asociación, a efectos ilustrativos.
- c) Por último, las condiciones de **legitimidad democrática** de una decisión administrativa, como la que aquí se considera, pues no basta con que tenga el respaldo mayoritario de la corporación municipal.

4.10 Resulta oportuno traer aquí la primera cuestión –las reglas básicas de la **discrecionalidad administrativa**–, puesto que la separación de una mancomunidad, que es de lo que ahora se trata, constituye, sin duda alguna, una potestad discrecional que el ordenamiento reconoce en favor del municipio. Es éste un punto de partida innegable.

4.11 Técnicamente, y pese a la dicción literal de algunos textos legales y jurisprudenciales, se trata de una *potestad* (discrecional), más que de un *derecho*, en beneficio del municipio, propia, más en concreto, del ámbito de las relaciones de carácter cooperativo.

4.12 Así las cosas, las reglas fundamentales que, por mandato constitucional, disciplinan el ejercicio de una **potestad discrecional**, también local o municipal, se podrían sintetizar así:

- a) Las potestades administrativas (discrecionales) deben ejercerse *de conformidad con los fines que las justifican*.⁴ Es éste un principio elemental del Derecho Administrativo, expresado en la propia Constitución (art. 9.1, 9.3, 53.1 y 106). Lo contrario se denomina “desviación de poder” y determina la anulabilidad de lo actuado (art. 63.1 de la Ley 30/1992)⁵. Si cualesquiera de las potestades que se han puesto en juego por parte de los municipios analizados, sean éstas de carácter normativo, de

³ Art. 9.3 C.E.: principio de interdicción de la arbitrariedad. Art. 9.1 y 53.1, 103.1 C.E.: sujeción de la acción de todos los poderes públicos, y en particular de la Administración, también la local, a la Ley y al Derecho. La discrecionalidad, ha dicho siempre la mejor doctrina, se asienta *sobre una base normativa y dentro del marco que la norma haya establecido*.

⁴ Jurisprudencia constante. Véase, a mero título de ejemplo, SSTSJ de Navarra, de 28 de septiembre de 2004, fundamento jurídico 3º;

⁵ “Son anulables los actos de la Administración que incurran en cualquier infracción del ordenamiento jurídico, incluso la desviación de poder.”

separación, de revisión de oficio, o de contratación, han de responder a los fines que la justifican. Resulta obvio, de acuerdo con una jurisprudencia que se remonta al siglo XIX, que, aun cuando el procedimiento y las reglas de competencia sean fielmente respetadas, *si el fin que se persigue es otro que el admitido*, en este caso, ajeno a las necesidades del servicio mancomunado en cuestión, lo resuelto, sea en forma de acto administrativo, o de contrato, deviene ilegal, por estar incurso en desviación de poder. En términos positivos y más amplio y comprensivos: toda Administración ha de servir con objetividad los intereses generales, y con sometimiento pleno a la Ley y al Derecho (art. 103.1 C.E.), principio éste expresivo del principio de legalidad, que incluye la sujeción a los fines u objetivos para los que se otorgan y reconocen las potestades administrativas. La potestad de separación, en cuanto base y primera en el tiempo de la secuencia considerada, ha de respetar la finalidad para la que se le reconoce, siempre en función de la mejor prestación del servicio.

- b) Las potestades administrativas (discrecionales) han de ejercerse en términos de *racionalidad, ponderación y proporcionalidad*. En un Estado de Derecho, toda acción del poder público (legislativo, ejecutivo y judicial, también las Corporaciones locales) ha de ser *racional y racionalizable*, no caprichosa; fruto de la *ponderación* de todos los elementos y no de la improvisación; congruente con las necesidades del servicio y adecuada la relación de medio a fin, y no carente del obligado equilibrio. La potestad de separación, en primer término, no puede ser fruto de capricho o de la improvisación.
- c) Las potestades administrativas (discrecionales) han de desplegarse con respeto de los derechos de terceros, y con *lealtad institucional*, sin incurrir en “abuso de derecho” o “enriquecimiento injusto” por decirlo en términos muy simples y característicos del Derecho Civil. En concreto, las potestades, aquí la de separación en primer término, habrán de observar los siguientes criterios, fijados por la Ley y extraídos de la jurisprudencia constitucional, *en las relaciones entre los municipios y la MAS: “Las Administraciones públicas actúan y se relacionan de acuerdo con el principio de lealtad institucional y, en consecuencia, deberán: a) Respetar el ejercicio legítimo por las otras Administraciones de sus*

competencias. b) Ponderar, en el ejercicio de las competencias propias, la totalidad de los intereses públicos implicados y, en concreto, aquellos cuya gestión esté encomendada a las otras Administraciones. c) Facilitar a las otras Administraciones la información que precisen sobre la actividad que desarrollen en el ejercicio de sus propias competencias. d) Prestar, en el ámbito propio, la cooperación y asistencia activas que las otras Administraciones pudieran recabar para el eficaz ejercicio de sus competencias.”

- d) Las potestades administrativas (discrecionales) han de ejercerse *motivadamente*, lo cual no es un mero adorno externo, formal y secundario, sino el único modo de expresar y controlar que se han ejercido de conformidad con el ordenamiento jurídico, tanto por lo que se refiere al fin que las justifica (letra a), como en lo que hace a los precitados principios (letras b y c). La transparencia y publicidad evita, además, la corrupción; constituye el antídoto de la ilegalidad, produce los efectos de la medicina preventiva. A mayor autonomía y discrecionalidad, más intenso también deviene el deber de motivar. La falta de motivación pone siempre bajo sospecha la acción emprendida, al margen de que suponga de suyo ya una ilegalidad por tal concepto.
- e) Las potestades administrativas (discrecionales) han de ejercerse de conformidad con los *procedimientos administrativos* establecidos y con plena observancia de las reglas y presupuestos previos que las legitiman, bien sea para separarse de una mancomunidad, declarar lesivo un acto, o adjudicar un contrato, y, por consiguiente, cuando, como primera medida, *concurran los presupuestos habilitantes* para ello. No existe la discrecionalidad pura. Las opciones que el legislador le atribuye y reconoce siempre están rodeadas de elementos indisponibles. Así, un ayuntamiento podrá decidir la gestión indirecta de un servicio e instrumentar a tal fin su contratación. Pero ésta habrá de llevarse a cabo en los términos que la legislación de contratos (procedimiento) disponga.
- f) Lo mismo cabe decir en lo que hace al cumplimiento de requisitos o *presupuestos sustantivos* que lleva aparejado de ordinario todo ejercicio de potestad administrativa, por discrecional que ésta sea. Las potestades reglamentaria, tributaria o expropiatoria, por ejemplo, de espectro más amplio

que la que aquí se considera en particular (la de separación de una mancomunidad), están igualmente, como todas, sujetas a la observancia de reglas sustantivas, bien sea en forma de respeto del principio de jerarquía normativa, bien de una intensa y escalonada ponderación de los bienes y derechos en presencia en los distintos momento o fases de la actuación (presencia de interés general-necesidad de ocupación-justiprecio-toma de posesión), como acontece con la expropiación, entre tantos ejemplos. En suma, y en lo que ahora importa, la potestad de separación habrá de llevarse a cabo mediante el cumplimiento de las obligaciones que correspondan.⁶

- 4.13 Estos principios, de honda tradición y raigambre constitucional, se encuentran recogidos no sólo en la Constitución, sino también en la legislación administrativa básica (régimen local, de autonomía local, de procedimiento administrativo, de contratación), como habrá ocasión de insistir, y cuentan con un reconocido respaldo y refrendo en la jurisprudencia constitucional y contencioso-administrativa, así como europea y comparada.
- 4.14 El examen individualizado de las actuaciones tipo que se han llevado a cabo podrá poner de manifiesto la inobservancia, con mayor o menor extensión según los casos, de esos principios elementales.
- 4.15 En segundo término, para el mejor entendimiento de la problemática planteada, conviene recordar asimismo las premisas conceptuales sobre las que se asienta una **mancomunidad**. Las mancomunidades son, según su propia definición, “entes locales de cooperación finalista, naturaleza asociativa y base representativa.”⁷

⁶ La LALA, de entrada, y con independencia de lo que puedan añadir los estatutos y los acuerdos suscritos, que “con la solicitud de separación deberá proceder a la liquidación de las deudas que se mantengan, al abono de la parte del pasivo de la mancomunidad que, en ese momento, le sea proporcionalmente imputable, y al pago de los gastos que se deriven de la separación.” (art. 76.1).

⁷ Al margen de la LALA, en cuyo artículo 65.1 se dispone que “1. Las mancomunidades legalmente constituidas tienen la condición de entidad local de cooperación territorial, con personalidad y capacidad jurídica para el cumplimiento de sus fines específicos.”, otras leyes modernas insisten en igual naturaleza a la indicada en el texto. Piénsese, por ejemplo, en la Ley 17/2010, de 22 de diciembre, de mancomunidades y entidades locales menores de Extremadura.

- 4.16 La caracterización de las mancomunidades como entidades locales no ofrece dificultad. Sí la ofrece, sin embargo, su ubicación en la ordenación de las Administraciones locales, porque de ella depende, en buena medida, la articulación de las relaciones entre los municipios asociados con la asociación, la mancomunidad.
- 4.17 Pues bien, la ubicación de las mancomunidades en este sistema solo puede hacerse partiendo de la premisa de que ellas mismas son manifestación de la autonomía local, porque el derecho de asociación es esencial a ésta como se ha visto, en virtud de convenios internacionales. El derecho de asociación de los municipios forma parte de la garantía institucional de la autonomía local. Son los municipios los que crean un ente con personalidad diferenciada para la planificación, establecimiento, gestión o ejecución en común de obras y servicios determinados de competencia propia y le dotan de capacidad jurídica para el cumplimiento de estos fines. En este ámbito, la mancomunidad, se sitúa en un plano superior, o, si se quiere, separado, diferenciado, como la sociedad a los socios para la gestión del objeto social. Es de su esencia: el interés de la sociedad está por encima del individual interés de los socios.
- 4.18 Establecida la superioridad de la mancomunidad por su misma naturaleza asociativa, la ley dispone, de inmediato, dos elementos de contrapeso: a) las mayorías cualificadas en el proceso de constitución y adhesión; y b) la representatividad: sus estatutos garantizarán que la composición del órgano de representación municipal asegure la

Por su parte, y a título de ejemplo, entre tantos, de la misma concepción, la Ley extremeña dispone en su art. 56 lo siguiente:

“Separación voluntaria

1. Los municipios y entidades locales menores podrán separarse en cualquier momento de la mancomunidad, previo el cumplimiento de los siguientes requisitos:

- a. Acuerdo del Pleno municipal o Junta Vecinal ratificado por el Pleno del municipio matriz, siempre adoptado con el voto favorable de la mayoría absoluta de los miembros de cada órgano.
- b. Hallarse al corriente en el pago de sus aportaciones a la mancomunidad.
- c. Que haya transcurrido, en su caso, el periodo mínimo de pertenencia estatutariamente establecido.
- d. Abono de todos los gastos que se originen con motivo de la separación, así como la parte del pasivo contraído por la mancomunidad a su cargo.
- e. Que se notifique el acuerdo de separación a la mancomunidad con al menos seis meses de antelación.”

Sólo una vez satisfechos esos requisitos, añade el precepto en su apartado segundo: “2. Cumplidos los requisitos anteriores, la mancomunidad aceptará la separación del municipio o entidad local menor interesado mediante acuerdo de su Asamblea, al que se dará publicidad”.

presencia de miembros electos de todos los municipios, sin que ninguno pueda ostentar la mayoría absoluta⁸.

4.19 Con todo, el ordenamiento jurídico asume con naturalidad el derecho de separación de la mancomunidad, siempre y cuando se ejerza en las condiciones de forma y fondo establecidas. Aun cuando la mancomunidad sea la figura más adecuada para la gestión de un determinado servicio, como en ocasiones apuntan las leyes y las Administraciones superiores, lo cierto es que, en todo caso, la formación de las mancomunidades se caracteriza por la voluntariedad de los municipios y que son éstos lo que, al fin y al cabo, habrán de decidir el modelo que más se adecue a sus necesidades, si es mediante esta figura o la gestión propia del municipio.⁹ Y es que la mancomunidad, a la postre, resulta ser una técnica de relación voluntaria, aunque una vez expresada – constituida-, ésta deba ser respetada. La “colaboración interadministrativa”¹⁰, pues, puede cesar, pero habrá de hacerse en las condiciones legalmente establecidas y pactadas. Es éste un dato elemental, de fácil comprensión.

4.20 Por último, y a nuestros efectos, la mancomunidad bien podría compararse con una asociación civil, en cuya constitución y estatutos se establecieran unos compromisos de inversión por parte de los asociados para atender los fines para los que se crea, así como unas reglas en caso de separación de cualesquiera de sus asociados, o para la disolución de la asociación misma. El hecho de que exista un derecho fundamental (de asociación), la posición jurídica más fuerte que el ordenamiento reconoce, tanto para asociarse (dimensión activa), como para no asociarse (vertiente pasiva), y, por tanto, para separarse en su caso de la asociación, en nada impide, antes al contrario, que el ejercicio del derecho vaya acompañado del cumplimiento de los requisitos libremente asumidos, requisitos que no sólo son conforme a Derecho, sino que suponen un respeto del ejercicio del derecho de asociación de los demás, y cuyo cumplimiento y satisfacción, nótese bien, no pueden quedar al albur

⁸ Art. 67 LALA.

⁹ Por todas, y paradigmáticamente, la Sentencia del TSJ de Madrid, de 18 de mayo de 2010.

¹⁰ En que se basa la mancomunidad, según jurisprudencia constante. Por ejemplo, Sentencia del TSJ de Madrid, de 18 de mayo de 2010.

de una decisión unilateral. Si se rompen esas reglas, se causaría un daño al derecho de los demás. Sabido es, por decirlo en términos muy simples y coloquiales, que mi derecho termina donde empieza el derecho de los demás. Aquí, de lo que se trata es de los deberes inherentes a todo derecho (como dos pulmones). Valga esta sencilla imagen, de principio, para comprender lo que ahora se aborda.

- 4.21 Por lo que hace en fin a las condiciones de **legitimidad democrática** de una decisión municipal, conviene notar que el ejercicio de cualquier potestad, en cuanto expresión del poder de que está investida la Administración (local, en nuestro caso), por contraste con lo que acontece en el ámbito del Derecho privado, está sujeta a reglas más onerosas. Potestad –poder, prerrogativa- no es sinónimo de libertad. La potestad no se activa sin más, ni legítimamente, por la fuerza de los votos, que, en el caso de la Administración local, puedan acompañarla. El propio legislador democrático perdió hace mucho tiempo su omnipotencia ante la Constitución. Ni siquiera una mayoría parlamentaria puede violentarla. Con mayor razón, una Administración local, que, aunque dotada de una legitimidad democrática directa, aunque reducida a su respectivo ámbito de actuación, ha de respetar también el resto del ordenamiento jurídico, aprobado con una superior legitimidad democrática, en otras palabras, las leyes expresión de la soberanía nacional. Por muy amplia mayoría que apoye el ejercicio de una potestad municipal –en este caso, de separación de la mancomunidad- no sería bastante ni suficiente para entenderla legal y democrática. Si no respeta las reglas legal y democráticamente establecidas, por lo demás de evidente fundamento constitucional y entronque con el Derecho europeo, la decisión será ilegal y no democrática.

5. Sobre el derecho de separación

Introducción

- 5.1 Con carácter previo, y a resultas de las consideraciones preliminares que venimos de relatar, ha de advertirse algo que acaso se haya perdido en la perspectiva de lo acaecido y que representa un dato que no ha de perderse de vista en ningún momento: una cosa es el descontento del equipo de gobierno, sea éste real o aparente, y otra, muy distinta, que ello justifique cualquiera cosa por parte del municipio, de entrada la separación misma (i); que el descontento sea equivalente o expresión de ilegalidad (ii); o que, aun cuando fuere fundado (el descontento y la ilegalidad), ello justifique el recurso a actuaciones unilaterales y coercitivas, frente y ante otra Administración, como es la mancomunidad, en un contexto contractual y de libre asunción de compromisos.
- 5.2 Por otra parte, y aunque se trate de una consideración elemental, parece oportuno iniciar las reflexiones que se contienen con el origen mismo del problema planteado, que no es otro que la prestación de los servicios del ciclo integral de agua y retirada de residuos sólidos urbanos, por los municipios.
- 5.3 Los Municipios son entidades básicas de la organización territorial del Estado y cauces inmediatos de participación ciudadana en los asuntos públicos, que institucionalizan y gestionan con autonomía los intereses propios de las correspondientes colectividades¹¹. La gestión de sus propios intereses se alcanza a través de la asignación de competencias, que pueden ser propias, o delegadas, siendo las primeras determinadas por la ley¹². En el elenco de competencias municipales destacan, a los efectos que interesan, el suministro de agua y de recogida y tratamiento de residuos, alcantarillado y

¹¹ Art. 1 LBRL

¹² Art. 7 LBRL

tratamiento de aguas residuales¹³. La indiscutible realidad de que no todos los municipios pueden ejercer todas las competencias ha motivado que la ley disponga umbrales mínimos de servicios que deben prestar los municipios en función de los niveles de población. No obstante ello, existe un nivel inicial, en que, por la sola existencia del municipio, está obligado a prestar determinados servicios, los más elementales o básicos, los que le dotan de significado originario. Entre estos servicios que todo municipio está obligado a prestar, se encuentra la recogida de residuos, limpieza viaria, abastecimiento domiciliario de agua potable, alcantarillado.

- 5.4 La prestación de los servicios municipales pueden hacerla los municipios por sí o asociados¹⁴. Las Entidades locales tienen el derecho, en el ejercicio de sus competencias, de cooperar y, en el ámbito de la Ley, asociarse con otras Entidades locales para la realización de tareas de interés común.¹⁵
- 5.5 Una fórmula de asociación municipal, de arraigo en la legislación española es la mancomunidad¹⁶: se reconoce a los municipios el derecho a asociarse con otros en mancomunidades para la ejecución en común de obras y servicios determinados de su competencia. Las mancomunidades tienen personalidad y capacidad jurídicas para el cumplimiento de sus fines específicos y se rigen por sus Estatutos propios. Los Estatutos han de regular el ámbito territorial de la entidad, su objeto y competencia, órganos de gobierno y recursos, plazo de duración y cuantos otros extremos sean necesarios para su funcionamiento¹⁷. La mancomunidad es una entidad local a la que corresponden, para la prestación de los servicios o la ejecución de las obras de su competencia, las potestades propias de los municipios que determinen sus Estatutos. En defecto de previsión estatutaria, les corresponderán todas las potestades enumeradas en dicho apartado, siempre que sean precisas para el cumplimiento de su finalidad, y de acuerdo con la legislación aplicable a cada una de dichas potestades, en ambos casos.

¹³ Art. 20. l) LBRL

¹⁴ Art. 26 LBRL.

¹⁵ Art. 10 de la Carta Europea de la Autonomía Local de 15 de octubre de 1985, ratificada por España el 20 de enero de 1988.

¹⁶ Art. 3.2.c) LBRL.

¹⁷ Art. 44 LBRL.

- 5.6 Las mancomunidades han sido objeto de regulación con cierto detalle, como se prevé en la legislación básica del Estado, por las Comunidades Autónomas. En el ámbito de Andalucía dos normas han regulado, sucesivamente, las mancomunidades: el título III de la derogada Ley de 7/1993, de 27 de julio, de Demarcación Municipal de Andalucía y, posteriormente, la Ley 5/2010, de 11 de junio, de Autonomía Local de Andalucía, entre cuyos “principios generales” dispone que *“(p)or ley, o de acuerdo con la presente ley, podrán crearse otras entidades locales complementarias, que no alterarán en ningún caso la estructura territorial de Andalucía y estarán dirigidas a favorecer el ejercicio de las competencias municipales y provinciales”*¹⁸, para continuar diciendo: *“Para el ejercicio de sus competencias, la prestación de servicios y el desarrollo de iniciativas económicas, los municipios podrán asociarse entre sí o con otras entidades locales, administraciones públicas o entidades públicas o privadas sin ánimo de lucro, delegar o encomendar el ejercicio de competencias y utilizar cuantas formas de gestión directa o indirecta de servicios permitan las leyes, sin que en ningún caso se vean afectadas ni la titularidad de las competencias ni las garantías de los ciudadanos”*(artículo 10) y *“Las mancomunidades legalmente constituidas tienen la condición de entidad local de cooperación territorial, con personalidad jurídica y capacidad jurídica para el cumplimiento de sus fines específicos. Su régimen jurídico será el establecido en sus propios estatutos, que deberán respetar, en todo caso, lo dispuesto en la presente ley, así como en las normas que la desarrollen”* (artículo 65.1)
- 5.7 La caracterización fundamental de las mancomunidades puede sintetizarse del siguiente modo: a) tienen personalidad jurídica y capacidad para el cumplimiento de sus fines; b) su ámbito de actuación territorial es el de los municipios mancomunados; c) sus potestades serán las fijadas en los estatutos y que sean estrictamente indispensables para el cumplimiento de sus fines; d) los estatutos son la “regla orgánica” fundamental en la vida de la mancomunidad, al establecer su régimen orgánico y de funcionamiento; e) dos tipos de órganos rigen la vida de la mancomunidad, un órgano de representación de los municipios, y órgano de gobierno. El primero ejercerá funciones de control del segundo y deberá garantizar la

¹⁸ Art. 3 LALA.

representación de miembros electos de todos los municipios, sin que ninguno(se refiere a los municipios) pueda tener mayoría; f) El proceso de constitución de la mancomunidad requiere un compromiso reforzado por parte de los ayuntamientos.¹⁹

5.8 Los estatutos MAS han acogido la concepción tradicional de las mancomunidades, expresada, en las anteriores consideraciones preliminares. El órgano de carácter representativo es el Pleno, y esa nota se manifiesta en su composición²⁰, en su funcionamiento²¹ y en el régimen de adopción de acuerdos²². Carácter representativo que se vuelca sobre el ejercicio de las competencias²³:

1. Corresponde al Pleno de la Mancomunidad:

- a) Elegir y destituir al Presidente.*
 - b) Designar a los representantes de los sistemas de abastecimiento en la Comisión Permanente, a propuesta del Presidente.*
 - c) Controlar y fiscalizar la actuación tanto de los órganos de gobierno de la Mancomunidad como de la Sociedad o sociedades gestoras propias, sin perjuicio de las competencias atribuidas a otros órganos.*
 - d) Aprobar las modificaciones o reformas sustanciales de los Estatutos conforme a lo previsto en el Título IV de los presentes Estatutos.*
 - e) Aprobar la admisión y separación de miembros de la Mancomunidad.*
 - f) Aprobar el Reglamento orgánico básico de la Mancomunidad.*
 - g) Asumir nuevos fines de la Mancomunidad en los ámbitos enunciados en el párrafo tercero del artículo quinto de los presentes Estatutos.*
 - h) El establecimiento o la imposición de nuevos tributos o exacciones.*
 - i) Aprobar los Presupuestos y fiscalizar anualmente las Cuentas.*
 - j) Determinar la aportación anual general de los municipios mancomunados, así como las aportaciones extraordinarias.*
 - k) Aprobar los expedientes de municipalización.*
 - l) En cuanto sean de aplicación y, tratándose de competencias delegables, no se hallan atribuido por los presentes Estatutos a otros órganos de la Mancomunidad, las contempladas para el Pleno de los municipios en el artículo 22 de la ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de Bases de Régimen Local y las demás que expresamente le confieran las Leyes de régimen local.*
- 2. El Pleno podrá delegar cualquiera de sus atribuciones, en todo o en parte, en el Presidente o la Comisión Permanente, con excepción de aquellas que sean legalmente indelegables o cuyo ejercicio exija una mayoría especial.*

¹⁹ Mayoría absoluta en la iniciativa, en la aprobación de los estatutos, en la adhesión a la mancomunidad ya constituida.

²⁰ Arts. 8 y 9.

²¹ Arts. 12 y 13 Estatutos MAS

²² Arts. 15 y 16 estatutos MAS.

²³ Artículo 11. Competencias.

El medio natural de “arreglo pacífico de controversias” se encuentra en el seno de la mancomunidad: El derecho de separación se ha ejercido sin lealtad institucional, fuera de los foros establecidos

- 5.9 En el presente epígrafe, se han de tener en cuenta dos datos:
- a) Primero, que la mancomunidad dispone de mecanismos naturales para la resolución de controversias de cualquier género,
 - b) Y, segundo, que su utilización resulta relevante; que no es un indiferente jurídico, cuando se pretende ejercer el derecho de separación, y no en último lugar porque, primero, puede ser ilustrativa de una intencionalidad desviada (desviación de poder), lo que supondría que, por muy libre y mayoritaria que sea la decisión, pueda estar viciada en origen por obedecer a razones no admisibles; y, segundo, de la lealtad institucional y de la voluntad de cumplir las obligaciones previas que la separación lleva aparejada.
- 5.10 Conviene recordar la premisa básica sentada por la propia jurisprudencia: “La exclusión o separación” de un ayuntamiento de una mancomunidad, “no es caprichosa, responde a determinados fines.”²⁴. Lo contrario sería desviación de poder²⁵, esto es, un ejercicio de la potestad de separación para fines distintos que la justifican.
- 5.11 Pues bien, desde el momento en que el municipio decide libre y voluntariamente incorporarse a la mancomunidad, se integra en un conjunto –en una Administración- en el que se establecen unas relaciones de carácter cooperativo, de mutua dependencia y recíproca influencia e interacción. Al mancomunarse el servicio se crea una nueva organización, con todas las implicaciones que ello reclama –en punto a recursos humanos y materiales, a inversiones y financiación-. En el contexto del servicio mancomunado, la acción

²⁴ SSTSJ de Navarra, de 28 de septiembre de 2004, fundamento jurídico 3º.

²⁵ Véase el epígrafe anterior sobre cuestiones preliminares.

individual de cada municipio, obvio es decirlo, ya no es meramente individual, por sus repercusiones inmediatas y de calado sobre el sistema en su integridad, estabilidad y continuidad. De ahí que el Régimen local, tradicionalmente, haya establecido, primero, una adecuada representatividad de todos los municipios que integran la nueva Administración, y, segundo, las garantías y equilibrios que, sin menoscabo de la libertad de cada municipio para seguir o no cooperando en la prestación del servicio, salvaguarden la viabilidad del sistema. Ello supone, como ha quedado dicho, que el derecho de separación deba ejercerse con unas condiciones y reglas elementales.

5.12 Ello entraña, en lo que ahora importa, que sea, por decirlo en términos muy simples, “más difícil salir que entrar”. Y ello por las razones antedichas. En concreto: las justificaciones para separarse han de estar:

- a) *mejor ponderadas* (costes y beneficios, derechos y deberes, responsabilidades asumidas...);
- b) *más justificadas y motivadas*, explicadas en su racionalidad, expresando las razones de verdad, con transparencia;
- c) con una clara *argumentación* en derredor de la finalidad que justifica el ejercicio de esta potestad discrecional, esto es, *en una más eficiente prestación del servicio*, y no en cuestiones ajenas a ello;
- d) con mayor rigor y observancia de las *reglas procedimentales* establecidas (planteamiento en el seno de los órganos colegiados; previo cumplimiento de las obligaciones asumidas, ...).

5.13 Siendo una y otra –incorporación y separación- expresión de la autonomía municipal y de las potestades discrecionales que el ordenamiento jurídico reconoce a los Entes locales, y estando urgidas una y otra, en cuanto manifestación del poder en el seno de un Estado de Derecho, al cumplimiento de principios y criterios elementales²⁶, lo cierto es que la segunda –la separación- constituye una decisión que produce efectos y consecuencias sobre el conjunto de municipios integrados que el municipio ha de evaluar.

²⁶ Como los recordados en el núm. I anterior.

- 5.14 En todo caso, es el legislador el que, en primer término, ya ha hecho una valoración, y el que, por consecuencia, ha obligado a ponderarla al municipio que se encuentra en tal trance, al exigir el cumplimiento previo de unos deberes y obligaciones, puesto que desde la creación de la mancomunidad y la incorporación de los municipios, la aprobación de los estatutos y de los acuerdos correspondientes, ningún municipio es ya una pieza suelta que pueda decidir sin más e irresponsablemente. Ni siquiera en este extremo –para debatir estos deberes- se ha hecho uso de los órganos representativos.
- 5.15 Nada de eso ha ocurrido en el presente caso. Y ello no sólo porque no se hayan aducido razones suficientes, no se haya seguido el procedimiento debido, ni se hayan observado las elementales obligaciones y deberes legalmente establecidas y voluntariamente asumidos, sino también –y es lo que ahora quiere destacarse- porque no se ha hecho intento alguno de hallar solución a los problemas o circunstancias invocadas por algunos municipios como causa pretendidamente justificativa de la separación.
- 5.16 Muy al contrario, algunos municipios han recurrido indebidamente al Derecho Administrativo de las técnicas unilaterales, en lugar del Derecho Administrativo del consenso y del “arreglo pacífico de controversias”.
- 5.17 En efecto, la mancomunidad y, más en concreto, sus órganos de representación, constituyen el medio natural de solución de conflictos, de búsqueda de soluciones, de expresión de las discrepancias. Se trata de órganos colegiados con una amplia representatividad (territorial, institucional y política)²⁷, a saber: el Pleno y la Comisión Permanente, cuya naturaleza y razón de ser –a diferencia del órgano unipersonal- radica en el debate, el consenso, y

²⁷ Estatutos MAS: Artículo 8: 1. El Pleno estará compuesto por los vocales representantes de los municipios asociados y de los partidos, federaciones, coaliciones o agrupaciones que hayan obtenido representación en más de uno de los municipios mancomunados.

2. Cada municipio estará representado por el Alcalde o concejal en quien delegue.

3. Cada grupo que haya obtenido representación en más de uno de los municipios mancomunados, estará representado por un vocal.

la búsqueda de acuerdos²⁸. De ahí que quepa en estos órganos y no en otros, dicho sea marginalmente, el voto discrepante. Quiérese decir que la legislación histórica y vigente ha encontrado, implícita o explícitamente, en estos órganos el cauce normal para la solución de los problemas que puedan suscitarse. Aún más, el ente instrumental de la MAS, que es GIAHSA, y que de forma inmediata es el que gestiona el servicio de CIA y RSU, también posee unos órganos de gobierno, junta general y consejo de administración, de acuerdo con su naturaleza mercantil. Dicha junta general es el pleno de la Mancomunidad y en el Consejo de Administración tiene una amplia representatividad de los municipios implicados²⁹.

- 5.18 El principio de colegialidad que preside la organización supramunicipal del servicio mancomunado, que no de jerarquía, ha sido por completo desconocido por parte de los municipios en cuestión. Y aquí radica la desvirtuación de todas las actuaciones subsiguientes, expresadas en el recurso a técnicas unilaterales impropias.
- 5.19 En suma, que no conste intento alguno de resolver las dificultades, problemas y discrepancias que pudieran llevar, finalmente, a la adopción de una medida como es la separación, constituye prueba indiciaria de la desviación de poder (no es la mejor prestación del servicio mancomunado, sino, en su caso, y entre otros, según parece, una financiación inmediata del municipio la que se busca por medios contrarios al Derecho); prueba de la mala fe –en términos civiles- y de la falta de lealtad institucional –en expresión del Derecho público contemporáneo-; del ejercicio abusivo del derecho³⁰ y de la autonomía³¹; y, en lo que más interesa ahora, de la ilegalidad de la cadena de actuaciones concatenadas. Como también lo es el

²⁸ Artículo 11. Competencias.

1. Corresponde al Pleno de la Mancomunidad:...c) Controlar y fiscalizar la actuación tanto de los órganos de gobierno de la Mancomunidad como de la Sociedad o sociedades gestoras propias, sin perjuicio de las competencias atribuidas a otros órganos.

²⁹ Artículos 8, 9 y 16 de los estatutos de GIAHSA.

³⁰ “la ley no ampara el abuso del derecho ni el ejercicio antisocial del mismo. Todo acto u omisión que por la intención de su autor, por su objeto o por las circunstancias en que se realice sobrepase manifiestamente los límites normales del ejercicio de un derecho, con daño para tercero, dará lugar a la correspondiente indemnización y a la adopción de las medidas judiciales y administrativas que impidan la persistencia en el abuso.” artículo 7.3 del Código Civil.

³¹ Confundida aquí, no ya con soberanía, sino con falta de sometimiento a la Ley y el Derecho, en abierta contradicción con el art. 103.1 C.E., y los valores inherentes al principio del Estado de Derecho (art. 1.1 C.E.), de acuerdo con la jurisprudencia constitucional nacional, europea y comparada.

abandono de esos órganos para establecer los criterios acerca de las obligaciones asumidas.

- 5.20 En lugar de hacer uso de ese Derecho Administrativo –consenso, debate, discusión, búsqueda de soluciones- se acude, reiteramos, a la sorpresa, a la celeridad inmotivada, a la declaración unilateral y a la ejecución forzosa, creando con ello nuevos problemas de legalidad.
- 5.21 Al margen de que existan esos cauces y órganos, lo procedente, en su caso, esto es, en la hipótesis de discrepancia irresoluble acerca de los derechos y obligaciones de los ayuntamientos y mancomunidad durante su normal funcionamiento, o de los deberes que previamente hayan de cumplir los municipios que deseen separarse, es acudir a la jurisdicción contencioso-administrativa en demanda de la solución de esas discrepancias. Si a ello se une, primero, el mimetismo con que han actuado algunos municipios, mimetización que lleva incluso al “cortar y pegar”, como si las razones, motivos o justificaciones pudieran ser idénticos de un municipio a otro, y, segundo, el escaso período de tiempo en que se ha pretendido llevar a efecto el conjunto de la operación, poca duda puede haber acerca de la ilegalidad administrativa del conjunto y de cada una de las actuaciones en singular, y ello sin perjuicio de la relevancia penal en que haya podido incurrirse.
- 5.22 Esta actuación –el derecho de separación- no se ha realizado en el seno de la mancomunidad, en los términos en que el propio ordenamiento tiene previstos.
- 5.23 A ello se añade que la separación en sí incurre en desviación de poder, lo que se pone de manifiesto tanto desde la perspectiva de las actuaciones producidas, como desde la óptica de conjunto (todo está diseñado a contratar ilegalmente una empresa prestataria del servicio a cambio de financiación).

- 5.24 La prueba de la existencia de desviación de poder, según la jurisprudencia dominante, se obtiene de ordinario mediante indicios. Basta la prueba indiciaria o circunstancial.
- 5.25 Pues bien, el primer indicio deriva de los antecedentes, del contexto, y del procedimiento seguido, dejando ahora al margen las manifestaciones de algunos municipios acerca del plan a seguir –una suerte de “prueba de confesión”–. No es baladí, por ello, recordar que, de existir alguna justificación o motivo real para separarse, habrían de expresarse en su medio natural, es decir, en el seno de la propia mancomunidad, máxime a la vista de los argumentos esgrimidos.
- 5.26 Conviene, pues, en primer término, aludir a este dato, sin perjuicio de los que luego se expondrá.
- 5.27 Hemos de remitirnos, en fin, a cuanto ha quedado dicho en punto al ejercicio de las potestades discrecionales de la Administración en las consideraciones preliminares.
- 5.28 A results de cuanto antecede, cabe recapitular lo siguiente:

No se ha hecho uso en ningún caso de los mecanismos y cauces naturales para resolver los problemas y eventuales controversias.

La no utilización de esos mecanismos y cauces naturales pone por de pronto bajo sospecha, primero, la sinceridad de la *justificación* formal, y, segundo, la *intencionalidad*.

Si, además, ello se pone en conexión con la estrategia final –confesada en algunos casos y patente en todos–, queda refrendada la falta de justificación y la desviación del fin.

La no utilización de esos mecanismos de arreglo pone la primera piedra para, aceleradamente, evitar cualquier solución, como se acredita en las actuaciones subsiguientes. De entrada, lo procedente, en su caso, habría sido impugnar los deberes o deudas exigidas por la mancomunidad.

El derecho de separación está sujeto a todo un conjunto de condiciones y procedimientos que han pretendido obviarse mediante artificios (técnicas unilaterales), carentes de fundamento y legitimidad. El abandono por “vía de hecho” de la mancomunidad se halla en la base de la cadena de actos ilegales subsiguientes.

5.29 Por lo que hace al derecho de separación, conviene retener los siguientes datos normativos:

La Ley de Bases de Régimen Local y el Texto Refundido de las Disposiciones Legales Vigentes en materia de Régimen Local.

La Ley de Autonomía Local de Andalucía.

Los Estatutos de la Mancomunidad de Servicios de la Provincia de Huelva, publicados por Resolución de la Dirección General de Administración Local, de 4 de agosto de 2009 .

Acuerdo del Pleno de MAS, de 29 de julio de 2010 de encomienda de gestión a GIAHSA de la prestación de los servicios mancomunados.

Los acuerdos del Pleno de MAS de: ampliación de capital de GIAHSA(12-11-2010); de aportaciones extraordinarias de los municipios para la estabilidad(12-11-2010); Convenio con los Municipios para la estabilidad de la prestación de los servicios mancomunados(12-11-2010), ratificado ulteriormente por los plenos de los ayuntamientos integrantes.

5.30 Pues bien, en el presente epígrafe, una vez sentada la naturaleza de las mancomunidades³², la existencia en su seno de un mecanismo natural de arreglo pacífico de controversias a disposición del municipio mancomunado³³, y la necesidad de acudir en última instancia y en caso de separación a los tribunales para discutir las exigencias de la mancomunidad³⁴, interesa analizar:

La concurrencia del presupuesto mismo para que pueda activarse la potestad de separación.

³² Cfr. consideraciones preliminares.

³³ Epígrafe anterior.

³⁴ *Ibidem*.

La concurrencia de los demás requisitos y condiciones para que la separación resulte legítima.

- 5.31 El planteamiento de base que ha servido de sustrato a las actuaciones municipales consideradas -tendientes a la separación de la Mancomunidad-, con los matices y singularidades que se indican en el cuerpo del DICTAMEN para cada caso, resulta errado y falto de contexto y perspectiva.
- 5.32 En primer término, desde un punto de vista formal (de las técnicas utilizadas), la premisa de partida, en efecto, se ha situado en un punto equivocado, cual es el recurso a técnicas de Derecho Administrativo de carácter unilateral, técnicas de policía administrativa, por otra parte, propias en su caso de las relaciones “Administración-ciudadano”, y no de las relaciones municipio-Mancomunidad. Declaraciones unilaterales y ejecuciones forzosas – como inicio de la separación-, que se hallan por completo en situación de “fuera de juego” en el concreto y específico contexto examinado.³⁵
- 5.33 En el epígrafe anterior, se hacía referencia a los medios naturales de arreglo de controversias –en el seno de los órganos colegiados de la mancomunidad-, de un lado, y a la necesidad de impugnar, en su caso, en la hipótesis de pretender ejercer la separación, las deudas y obligaciones que la mancomunidad señale, de otro. No consta en la documentación obrante en nuestro poder para realizar el presente dictamen que ni una cosa, ni otra se hayan producido en el presente caso.
- 5.34 La conclusión que se impone, desde esta óptica, es que se ha “abandonado” la mancomunidad, sin intento de arreglo; y sin tan siquiera acudir a los tribunales, únicos competentes para, en caso de conflicto formalizado e irresoluble entre municipio y mancomunidad, determinar la procedencia de las exigencias de la mancomunidad.
- 5.35 Esas circunstancias son de suyo suficientemente elocuentes.

³⁵ Para mayor abundamiento, véase el núm. II siguiente.

- 5.36 A ello habrá de añadirse lo que bajo este epígrafe se analiza específicamente, a saber: las cuestiones relativas a la existencia de los presupuestos mismos para el ejercicio de la potestad, así como la observancia de las reglas propias de toda potestad discrecional, tal y como se han señalado en las consideraciones preliminares.
- 5.37 Llegados a este punto, de los antecedentes se infiere que algunos municipios han expresado diversas razones, a través o con ocasión de sus actuaciones unilaterales, para justificar el ejercicio de la potestad discrecional de separación de la mancomunidad. Estos desencadenantes, según los casos, han sido la falta del pago del canon que debía adelantar *GLAHS A*, la inexistencia de un abaratamiento del coste del agua para el usuario, o la falta de instalación de una oficina de atención al público en los reseñados municipios.
- 5.38 Así, en el caso de Valverde del Camino, se aduce: “Lejos de conseguir una mayor eficiencia y eficacia en la prestación de los servicios relacionados con el ciclo integral del agua, la gestión a través de MAS no ha conseguido un abaratamiento de los costes a soportar por los usuarios sino, por el contrario, un mayor aumento real del mismo al repercutir los mayores costes de todos los Ayuntamientos mancomunados entre los usuarios de Valverde del Camino, sin optimizar las necesarias sinergias. Esa ineficiencia también se ha proyectado sobre el propio ayuntamiento, puesto que ha llegado a acordarse con *GIAHSA*, en el año 2010 la cesión demanial a la MAS de los bienes de titularidad municipal afectos a la prestación del servicio relacionado con el ciclo integral del agua sin que hasta la fecha *GLAHS A* haya abonado al Ayuntamiento de Valverde del Camino los importes de los cánones devengados, a pesar de las continuas intimaciones al pago.” “Lo anterior ha propiciado que la tarifa vigente que abonan los vecinos de Valverde del Camino sea actualmente más gravosa de la que resultaría si se atendieran exclusivamente a sus necesidades y no se tuvieran en cuenta los mayores costes que suponen estos servicios que debe prestar MAS en otros municipios”. “A ello se une el hecho de la falta de una asistencia próxima al usuario, no habiéndose implantado una

oficina en el término municipal de Valverde del Camino donde los vecinos puedan dirigirse para resolver sus dudas o problemas”.³⁶

- 5.39 San Juan del Puerto: “...lo que acredita el incumplimiento de la obligación del pago de GIAHSA, no solo del canon de 2010 y 2011, sino también de la capitalización de los 15 primeros años, comprometidos, no como una posibilidad sino como una garantía esencial asumida por la MAS y GIAHSA”. “La falta de implantación de una oficina de atención personal en el municipio de San Juan del Puerto...” “Pero lo que justifica la separación desde la óptica de los intereses de los habitantes de San Juan del Puerto es que las posibles sinergias derivadas de la integración en una entidad supralocal no se han traducido en una disminución del monto de las correspondientes tasas, sino en su sostenido e injustificado aumento”.
- 5.40 El Ayuntamiento de Cartaya argumenta: “...ante la deriva institucional y financiera de la Mancomunidad, ha determinado unos inadmisibles niveles de calidad en la prestación de tales servicios. En efecto, lejos de conseguir una mayor eficiencia y eficacia en la prestación de los servicios relacionados con el ciclo integral del agua y la recogida de residuos sólidos urbanos, la gestión a través de la MAS no ha conseguido un abaratamiento de los costes a soportar por los usuarios (...). Esa ineficiencia se ha proyectado sobre el propio Ayuntamiento de Cartaya, puesto que ha llegado a acordarse en 2010 la cesión demanial a la MAS de los bienes de titularidad municipal afectos a la prestación del servicio relacionado con el ciclo integral del agua sin que hasta la fecha GIAHSA haya abonado el importe capitalizado del canon previsto, ni los importes de los cánones devengados (...)”.³⁷
- 5.41 Higuera de la Sierra lo explica así: “Esa ineficiencia también se ha proyectado sobre el propio Ayuntamiento de Higuera de la Sierra, puesto que ha llegado a acordarse en 2010 la cesión demanial a la MAS de los bienes de titularidad municipal afectos a la prestación del servicio relacionado con el ciclo integral del agua sin que hasta la fecha GIAHSA haya abonado al Ayuntamiento el importe

³⁶ Punto 3 de la propuesta de acuerdo del Pleno de 21-11-2011).

³⁷ Decreto 58/2012 de la Alcaldía.

capitalizado del canon previsto, a pesar de las continuas intimaciones para el cumplimiento de esta obligación y su correspondiente pago...”.

- 5.42 Pues bien, con independencia de que esas razones o justificaciones sean reales o aparentes, tengan o no fundamento suficiente, lo cierto es, como tantas otras, esas discrepancias o diversidad de pareceres cuentan con mecanismos normales para su resolución, como ha quedado dicho, en el seno de la propia mancomunidad, sin perjuicio pudieran llevar su discrepancia, en su caso, a la vía jurisdiccional. La reacción no es acudir a medidas ejecutivas para separarse, y, menos aún, sin previo cumplimiento de las obligaciones y costes que deban asumirse, sin duda por otra parte también discutibles en el seno de la propia mancomunidad y, en última instancia, ante los tribunales.
- 5.43 Asimismo habrá que determinar si la intención que subyace al ejercicio de esta potestad resulta desviada, como ya se ha avanzado en el epígrafe anterior, así como si es o no proporcionada.
- 5.44 Por lo que hace a este último principio constitucional, la proporcionalidad mide la relación de medio a fin, si el primero es apropiado, necesario y proporcionado en sentido estricto.³⁸ Pues bien, aun cuando todas las motivaciones esgrimidas resultaren indubitadas, lo cierto es que en modo alguno justificarían la reacción concreta que han llevado a cabo. Podrían servir para justificar, en su caso, el ejercicio de la potestad de separación. Pero no en la forma en que lo han realizado. Ello, al margen de otras consideraciones, resulta abiertamente desproporcionado.
- 5.45 En lo que hace a la finalidad, si realmente es la mejor atención del servicio, o es la financiación, como en otros casos se ha puesto de manifiesto por el propio Ayuntamiento, los indicios comienzan en la orquestación de la medida o en la mimetización de las mismas resoluciones, sin contar con la invocación fuera de los órganos y cauces naturales, en el seno de la mancomunidad. La desviación de

³⁸ Por todas SSTC 66/1995, 55/1996.

poder, más que ningún otro vicio, sin embargo, se infiere a partir del conjunto de actuaciones. Por ello, si a esos indicios que ya emergen en el primer eslabón de la cadena, se le añaden otros, y, sobre todo, la meta final, la adjudicación a una concreta empresa, y no a otras, para obtener una financiación que ninguna relación guarda con las necesidades del servicio.

6. Sobre la declaración de lesividad

6.1 De acuerdo con los antecedentes que obran en nuestro poder, dos de los ayuntamientos integrados en la MAS. han declarado lesivos determinados acuerdos, fundamentalmente la concesión de bienes de dominio público a *GLAHS* vinculados a la prestación del ciclo integral del agua. Se trata de San Juan del Puerto y Valverde del Camino. Por esta razón, se va a exponer con carácter general qué requisitos requiere esta técnica de revisión de actos administrativos y, posteriormente, analizar si su uso por los ayuntamientos afectados resulta ajustada al ordenamiento jurídico.

6.2 Como es sabido, la declaración de lesividad resulta admisible, como variante de la revisión de oficio, en los casos y en las condiciones excepcionales que la Ley 30/1992, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común establece en su artículo 103, en cuya virtud:

1. Las Administraciones públicas podrán declarar lesivos para el interés público los actos favorables para los interesados que sean anulables conforme a lo dispuesto en el artículo 63 de esta Ley, a fin de proceder a su ulterior impugnación ante el orden jurisdiccional contencioso-administrativo:

2. La declaración de lesividad no podrá adoptarse una vez transcurridos cuatro años desde que se dictó el acto administrativo y exigirá la previa audiencia de cuantos aparezcan como interesados en el mismo, en los términos establecidos por el artículo 84 de esta Ley....

3. Transcurrido el plazo de seis meses desde la iniciación del procedimiento sin que se hubiera declarado la lesividad se producirá la caducidad del mismo.(...)

5. Si el acto proviniera de las entidades que integran la Administración Local, la declaración de lesividad se adoptará por el Pleno de la Corporación o, en defecto de éste, por el órgano colegiado superior de la entidad.

6.3 La declaración de lesividad, por sí misma, carece de eficacia directa sobre el acto. La eficacia del acto, por la sola declaración de lesividad, no se ve alterada. Constituye un requisito de procedibilidad, un verdadero presupuesto procesal. Así lo configura el artículo 43 de la LJCA:

“Cuando la propia Administración autora de algún acto pretenda demandar su anulación ante la Jurisdicción Contencioso-Administrativa deberá, previamente, declararlo lesivo para el interés público”.

Establecido éste, debe la Administración impugnar jurisdiccionalmente el acuerdo a través del pertinente recurso contencioso administrativo. Sin este recurso, se insiste, la declaración de lesividad carece de eficacia. El recurso contencioso administrativo de lesividad, verdaderamente singular, tiene a la administración autora del acto declarado lesivo como demandante, y al sujeto beneficiado por el acto impugnado, como demandado. Se produce una inversión de la natural posición procesal en la revisión jurisdiccional de actos y disposiciones. El Juzgado o Tribunal competente para conocer del recurso, finalmente, dictará la oportuna sentencia, cuyo contenido será estimatorio o desestimatorio. En el primer caso, procederá a la anulación del acto declarado lesivo, que hasta entonces era un acto válido. Si, por el contrario, las razones esgrimidas por el Ayuntamiento demandante no son suficientes para apreciar la anulación del acto, o la declaración de lesividad adolece de vicios que la invaliden, será desestimado el recurso, o, lo que es lo mismo, confirmado el acto.

Tres pasos son, pues, necesarios para que el acto favorable quede invalidado: 1º la declaración de lesividad; 2º que la Administración lo impugne judicialmente; 3º que los órganos del Orden Jurisdiccional Contencioso-Administrativo lo anulen.

6.4 Lo expuesto constituye la vertiente procedimental y procesal de la declaración de lesividad. Lo fundamental, empero, consiste en las

exigencias que deben recaer sobre el acto para que pueda ser declarado lesivo e impugnado ante los tribunales. La LRJPAC es clara al respecto: El acto debe ser anulable conforme al artículo 63 de la misma.

- 6.5 La invalidez de acto administrativo puede tener lugar por causas radicales, infracciones manifiestas del ordenamiento jurídico, o por causas de mera ilegalidad. Se habla entonces de nulidad o anulabilidad de los actos, respectivamente.
- 6.6 La revisión de oficio de los actos anulables no puede realizarla por su autoridad la Administración, a diferencia de los actos nulos de pleno derecho, sino que requiere el pronunciamiento jurisdiccional en los términos vistos. El artículo 103, de forma gráfica, se rubrica “Declaración de lesividad de actos anulables”. Por tanto, el acto, para ser declarado lesivo, debe infringir el ordenamiento jurídico. Ha de ser ilegal. No caben declaraciones de lesividad por motivos de oportunidad o conveniencia.
- 6.7 Como se ve, es ésta una técnica del todo excepcional, por lo que supone y significa, a saber: la quiebra del principio de seguridad jurídica (en su vertiente de protección de la consolidación de situaciones jurídicas preexistentes, y, en consecuencia, de fiabilidad, certidumbre y garantía); y de otros principios derivados de éste o eventualmente en intersección con él, tales como el principio de proporcionalidad, el principio de *venire contra factum proprium non valet*; la confianza legítima (en las operaciones económicas y en el ámbito de las inversiones); o la garantía patrimonial de la propiedad (entendida ésta en sentido constitucional y comprensiva de protección de todo bien o derecho de contenido patrimonial, lo que incluye, sin duda alguna, las concesiones), principio general éste, en realidad abigarrado sistema constitucional (art. 33, 106) y europeo del Convenio (art. 1 del Protocolo Adicional Primero), que no es sino, al decir de la jurisprudencia y de la doctrina, una expresión elemental del principio del Estado de Derecho (art. 1.1 C.E.).

6.8 En lo que ahora importa, ha de notarse que con esta técnica se autoriza la anulación de un acto administrativo firme y consolidado, de carácter declarativo de derechos, esto es, beneficioso para terceros.

6.9 En cuanto técnica que excepciona la seguridad jurídica, principio general del Derecho de honda raigambre y expresas raíces constitucionales e internacionales, ha de ser interpretado de forma restrictiva o, por mejor decir, estricta. Excepcionalidad y carácter estricto que deriva igualmente del principio que prohíbe ir contra los actos propios.

6.10 Desde esas premisas, resulta obligado, a nuestro limitado propósito, poner en su debido contexto a este instrumento:

Constituye una forma genuina de ejercicio de autoridad y poder formales, esto es, se trata de una manifestación de autoridad en su máxima expresión, tanto por su carácter unilateral, como por su objeto –la remoción de situaciones jurídicas preexistentes y consolidadas;

Representa y simboliza con fuerza la modalidad de Administración imperativa –o de “orden y mando”–, cuando actúa en escenarios en los que se trata de aplicar con técnicas coercitivas lo que la ley ha dispuesto (acto administrativo, eventual revisión).

Su hábitat propio reside, además, en las relaciones Administración-ciudadano.

El carácter excepcional justifica la exigencia de la concurrencia de unos presupuestos, primero, y la observancia de un procedimiento, después, que podrían justificar su utilización. Extremos éstos que han de ser interpretados con toda severidad, como se ha notado.

6.11 El examen de las resoluciones dictadas en los procedimientos de lesividad, por tanto, debe realizarse bajo este esquema procedimental, directrices en su finalidad y requisitos de la institución. Lo primero que hay que examinar es la ilegalidad invocada de los actos declarados lesivos. Es decir, qué norma o normas infringen los acuerdos concesionales. Dos son los

municipios que han acudido a esta forma de revisión, San Juan del Puerto y Valverde del Camino. Las singularidades planteadas en este último merecen observaciones aparte en lo que a procedimiento se refiere. Sin embargo, las razones sustantivas merecen un análisis conjunto, por lo demás bien sencillo. No disponemos en los antecedentes de las declaraciones de lesividad de San Juan del Puerto y de Valverde del Camino, pero sí de los acuerdos de iniciación del procedimiento.

- 6.12 En el primer caso, cuando aborda este punto no se indica precepto de ley alguno como infringido. Esto es sorprendente. La esencia de la revisión de oficio en esta modalidad es que el acto sea ilegal, y no se cita la norma infringida. No solo es una mala técnica, sino que adolece de la falta del requisito sustantivo. Pero, además, las consecuencias para la viabilidad de la lesividad son letales, ya que esta situación, obviamente, sitúa en indefensión material tanto a *GLAHS*A como a MAS, pues desconocen, en su calidad de interesados, en el trámite de alegaciones conferido, qué ley considera el ayuntamiento está siendo vulnerada por la concesión. Por ello no pueden evacuar alegaciones adecuadas a la finalidad del procedimiento.
- 6.13 La misma suerte corre el examen del acuerdo de incoación del procedimiento del Ayuntamiento de Valverde del Camino en el que tampoco se indica que norma concreta resulta infringida o violentada por el acuerdo concesional.
- 6.14 Las razones que se esgrimen en uno y otro son económicas: cálculo del canon erróneo por la valoración de las infraestructuras concedidas, falta de cumplimiento por parte de *GLAHS*A.
- 6.15 Es importante haber partido para estas observaciones de los acuerdos iniciales de incoación de los procedimientos que persiguen la declaración de lesividad, pues, al no estar motivados, y ser la motivación sobre ese aspecto nuclear o fundamental para las alegaciones de los interesados, y situarles en manifiesta indefensión, en su vertiente administrativa, resulta que la declaración de lesividad

adolece de un vicio de anulabilidad, que puede ser invocado en los recursos contenciosos de lesividad, de modo que serán estos desestimados sin necesidad de pronunciamiento sobre la legalidad o ilegalidad de los actos lesivos, sino por la anulación de la declaración de lesividad misma.

- 6.16 A día de hoy se desconoce todavía la suerte la corre el procedimiento de la declaración de lesividad del Ayuntamiento de San Juan del Puerto. No así la de Valverde del Camino. Este ha desistido del procedimiento, y por tanto, no hay declaración de lesividad. La razón es un tanto alambicada. Una concejal de la oposición en el Ayuntamiento interpuso recurso contencioso administrativo contra los acuerdos de *, dictados por el propio Ayuntamiento. Tras la elecciones locales, la citada concejal pasó a ser Alcaldesa, y optó para privar de efecto a los actos de que estamos hablando, el régimen de la revisión de oficio de los actos anulables, esto es, la declaración de lesividad. Sin embargo, los incidentes procesales en los recursos formulados por MAS y *GLAHSÁ*, sobre todo la adopción de la medida cautelar judicial, arrojó como resultado la incertidumbre, no solo del resultado final del proceso, sino también de la ejecución inmediata de la suspensión de los acuerdos supuestamente lesivos, y, en fin, la nueva contratación que por vía de emergencia se estaba gestando. Estas circunstancias determinan-no cabe otra explicación-que el Ayuntamiento, ahora regido por la concejal recurrente, se allanara en aquél recurso contencioso administrativo, dando lugar al entendimiento-más adelante veremos cómo- de que la estimación del recurso por allanamiento del Ayuntamiento dejaba sin efecto los acuerdos recurridos y, mediatamente, sin objeto la lesividad, por medio de la cual se intentaba su anulación.

7. La contratación de emergencia

- 7.1 Al ilegítimo ejercicio del derecho de separación le han seguido otras actuaciones abiertamente contrarias a Derecho: La **emergencia de la contratación** carece de cobertura legal y constituye igualmente un artificio al servicio de una estrategia incompatible con el Derecho. No concurre el presupuesto de hecho habilitante (las circunstancias que justifican excepcionalmente la contratación de emergencia)
- 7.2 Como se ha dicho, uno de los elementos coincidentes en el cambio de modo de gestión de CIA y RSU en los municipios citados, es el recurso a la tramitación de emergencia en la contratación de los nuevos servicios.
- 7.3 La subsiguiente contratación del ciclo integral del agua en los municipios que han iniciado los procedimientos de abandono constituye una actuación “ex post” a los actos ilegales y arbitrarios de separación. Sin embargo ello, resulta que esos actos posteriores solo se explican por las arbitrariedades anteriores, y, por otro lado, y esto es quizá más grave, encierran en sí mismos una ilegalidad con la cual cobra sentido la operación en su conjunto, que no es otra que romper unilateralmente para relación con MAS prescindiendo de las obligaciones legales y compromisos asumidos. Dicha ilegalidad es la contratación bajo la modalidad de emergencia de los servicios mancomunados. Sabido es que la contratación administrativa de un servicio público está sujeta a unos principios determinados, que trascienden el ordenamiento nacional, alcanzando dimensión comunitaria. Si una Administración no presta un servicio por sí misma (gestión directa), la prestación debe estar abierta a la concurrencia y competencia entre los posibles licitadores, de ámbito europeo, al menos. El artículo 1 del TRLCSP dispone:

La presente Ley tiene por objeto regular la contratación del sector público, a fin de garantizar que la misma se ajusta a los principios de libertad de acceso a las licitaciones, publicidad y transparencia de los procedimientos, y no discriminación e igualdad de trato entre los candidatos, y de asegurar, en conexión con el objetivo de estabilidad

presupuestaria y control del gasto, una eficiente utilización de los fondos destinados a la realización de obras, la adquisición de bienes y la contratación de servicios mediante la exigencia de la definición previa de las necesidades a satisfacer, la salvaguarda de la libre competencia y la selección de la oferta económicamente más ventajosa (...). La contratación de emergencia permite (obliga, en realidad) a prescindir de esos principios, y por ello es objeto de rigurosas exigencias tanto en lo que se refiere a sus presupuestos como a su alcance por parte de la ley.

Separado un ayuntamiento de una mancomunidad, nada impide -al contrario incluso- que arbitre el medio en que debe prestar los servicios hasta ese momento mancomunados. Lo ocurrido en los ayuntamientos a que hacen referencia los antecedentes dista mucho de esta solución de normalidad. La contratación de emergencia utilizada permite al ayuntamiento disponer de la prestación del servicio al margen de la mancomunidad, y con independencia del “derecho de la separación”, bajo el paraguas justificativo de un régimen de contratación excepcional, que solo busca justificar la apariencia. Los vicios que se han relatado en relación con la declaración de lesividad y la suspensión³⁹ concurren igualmente aquí: carencia de presupuesto para que resulten procedentes; falta de motivación suficiente; desviación de poder; falta de proporcionalidad; abuso y arbitrariedad. Si la artificiosidad de la declaración de lesividad concurría en algunos supuestos, la práctica generalidad de los municipios en cuestión han forzado hasta el contrasentido la figura de la contratación de emergencia. Y ello no ya sólo por “contaminación”, esto es, por la relación de causalidad en que se han insertado las medidas antecedentes (ilegitimidad de la separación, y de la lesividad) y en cuya virtud la contratación de emergencia pierde el apoyo o justificación aparentes, la cobertura buscada, sino porque estas contrataciones, en sí mismas consideradas y con independencia de lo anterior, adolecen de los mismos vicios aducidos, que han tenerse en este dictamen por razones de espacio y economía, por reproducidos.

7.4 *Se usa un medio ilegal para obtener un fin igualmente ilegal.* En un primer momento nos vamos a ocupar de la ilegalidad del medio.

³⁹ Cfr. núm. III anterior.

Posteriormente, se hará referencia al alcance de ese medio ilegal en el conjunto de las actuaciones y las consecuencias posibles y previsibles de su uso.

7.5 La legislación vigente considera la tramitación de emergencia estrictamente excepcional, como se desprende del artículo 113 de la TRLCSP⁴⁰. Su tenor es tan claro que, por sí mismo, sitúa, de modo palmario, las actuaciones examinadas fuera de su ámbito:

7.6 **Artículo 113. Tramitación de emergencia**

1. Cuando la Administración tenga que actuar de manera inmediata a causa de acontecimientos catastróficos, de situaciones que supongan grave peligro o de necesidades que afecten a la defensa nacional, se estará al siguiente régimen excepcional:

a) El órgano de contratación, sin obligación de tramitar expediente administrativo, podrá ordenar la ejecución de lo necesario para remediar el acontecimiento producido o satisfacer la necesidad sobrevenida, o contratar libremente su objeto, en todo o en parte, sin sujetarse a los requisitos formales establecidos en la presente Ley, incluso el de la existencia de crédito suficiente. El acuerdo correspondiente se acompañará de la oportuna retención de crédito o documentación que justifique la iniciación del expediente de modificación de crédito.

b) Si el contrato ha sido celebrado por la Administración General del Estado, sus Organismos autónomos, entidades gestoras y servicios comunes de la Seguridad Social o demás entidades públicas estatales, se dará cuenta de dichos acuerdos al Consejo de Ministros en el plazo máximo de sesenta días.

c) Simultáneamente, por el Ministerio de Economía y Hacienda, si se trata de la Administración General del Estado, o por los representantes legales de los organismos autónomos y entidades gestoras y servicios comunes de la Seguridad Social, se autorizará el libramiento de los fondos precisos para hacer frente a los gastos, con carácter de a justificar.

d) Ejecutadas las actuaciones objeto de este régimen excepcional, se procederá a cumplimentar los trámites necesarios para la intervención y aprobación de la cuenta justificativa, sin perjuicio de los ajustes precisos que se establezcan reglamentariamente a efectos de dar cumplimiento al artículo 49 de la Ley General Presupuestaria.

e) El plazo de inicio de la ejecución de las prestaciones no podrá ser superior a un mes, contado desde la adopción del acuerdo previsto en la letra a). Si se excediese este plazo, la contratación de dichas prestaciones requerirá la tramitación de un procedimiento ordinario.

Asimismo, transcurrido dicho plazo, se rendirá la cuenta justificativa del libramiento que, en su caso, se hubiese efectuado, con reintegro de los fondos no invertidos. En las normas de desarrollo de esta Ley se desarrollará el procedimiento de control de estas obligaciones.

⁴⁰ Se corresponde con el artículo 97 de LCSP.

2. Las restantes prestaciones que sean necesarias para completar la actuación acometida por la Administración y que no tengan carácter de emergencia se contratarán con arreglo a la tramitación ordinaria regulada en esta Ley.

7.7 Por su parte, la Junta Consultiva de Contratación Administrativa ha insistido en igual y elemental caracterización⁴¹ con las siguientes notas, que ahora se resumen:

a) La llamada “tramitación de emergencia” prevista en el artículo 72 del Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, que, en realidad, es un régimen excepcional caracterizado por la dispensa de tramitar expediente, solo procede en los casos taxativos del apartado 1 de dicho artículo, es decir, acontecimientos catastróficos, situaciones que supongan grave peligro o necesidades que afecten a la defensa nacional.

b) La tramitación de emergencia, por su mismo concepto excepcional, solo podrá utilizarse cuando no sea posible la tramitación urgente (artículo 71 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas) o la utilización del procedimiento negociado sin publicidad por motivos de urgencia (artículos 141.c), 182 d) y 210 c) de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas).

c) La apreciación de la emergencia corresponde exclusivamente al órgano de contratación si bien dentro de los parámetros previstos en el artículo 72 sin que, a diferencia de la tramitación de urgencia, requiera una especial declaración, bastando la posterior justificación documental.

d) La tramitación de emergencia debe limitarse a lo estrictamente indispensable en el ámbito objetivo y temporal para prevenir o remediar los daños derivados de la situación de emergencia. En el ámbito objetivo, debe limitarse la tramitación de emergencia, según expresión del artículo 72 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, a “lo necesario para remediar el acontecimiento producido o satisfacer la necesidad sobrevenida”. En el ámbito temporal debe operar un doble límite pues, de un lado, la emergencia requiere la inmediatez con la acción que la justifica, sin que pueda dilatarse en el tiempo y, de

⁴¹ Acuerdo de JCCA de 20 de junio de 2003.

otro lado, debe cesar cuando la situación haya desaparecido o, como dice el apartado 2 del artículo 72 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas “la gestión del resto de la actividad necesaria para completar el objetivo propuesto por la Administración, pero que ya no tenga carácter de emergencia, se contratará conforme a lo establecido en esta Ley”.

7.8 Por último, este entendimiento de la contratación de emergencia también ha sido caracterizado por la jurisprudencia del El Tribunal Supremo, de acuerdo con la cual se señala respecto de los requisitos y presupuestos para la contratación de emergencia lo que sigue: “no basta la existencia de un acontecimiento de excepcional importancia del que dimana la situación que las medidas en cuestión afrontas, sino que lo que ampara la normativa de emergencia es una actuación administrativa inmediata, absolutamente necesaria para evitar o remediar en lo posible las consecuencias del suceso en cuestión”.⁴²

7.9 Proyectada esta caracterización de emergencia sobre los supuestos de los diferentes ayuntamientos resulta, con meridiana claridad, su improcedencia. La situación de grave necesidad consistente en la carencia de prestación del servicio de CIA y RSU, y en consecuencia, peligro para la salubridad de los vecinos, sobre no ser real, pues el servicio se venía prestando de antiguo por *GLAHS A*, resulta creada por el antojo de la corporación correspondiente, a través de la resolución unilateral del servicio. De hecho, sobre los argumentos en pro de la contratación de emergencia se sobreponen las condiciones de financiación que de manera rápida obtienen las corporaciones de la empresa adjudicataria por este excepcional procedimiento. La necesidad de financiación -no ocultada en los acuerdos municipales- no constituye presupuesto de la emergencia. Y confirma, desde otra perspectiva, la desviación de poder, la falta de fundamento (de presupuesto), y de motivación sincera de cada uno de los eslabones que integran la cadena desde la separación. El ayuntamiento de Valverde del Camino invocó como causa para la contratación de emergencia del servicio de RSU “que por parte de MAS se procederá a dejar de prestar de forma efectiva el servicio de Recogida de Residuos Sólidos Urbanos y otros servicios afines el día 1 de enero

⁴² Por ejemplo, STS de 20 de enero de 1987.

de 2012, sin que en ese momento se haya aún concluido el procedimiento de licitación para adjudicar la prestación del servicio a un concesionario, por lo que los vecinos de Valverde del Camino podrían resultar afectados de una forma intolerable en uno de los derechos básicos que tienen frente al Municipio, que debe garantizar en todo caso la prestación de tal servicio público básico. Que la situación descrita anteriormente justifica sobradamente la celebración de un contrato de emergencia para prestar el servicio...”.En el caso del CIA la justificación en el Decreto de 9 de marzo de 2012, de la Alcaldía de se torna una mera descripción: “con fecha 2 de noviembre de 2011, el Ayuntamiento Pleno de Valverde del Camino adoptó el Acuerdo de iniciar el procedimiento de separación del Ayuntamiento de Valverde del Camino de la Mancomunidad de Servicios de la Provincia de Huelva, en los términos establecidos en la legislación vigente y en el artículo 31 de los Estatutos de la MAS. Asimismo, inició el expediente para la modificación de la gestión de los servicios del ciclo integral del agua y de la recogida y tratamiento de residuos sólidos urbanos(...). 2. Con el fin de dar cumplimiento al citado acuerdo plenario y garantizar eficazmente la prestación de los servicios incluidos en la gestión del ciclo integral del agua la recogida y tratamiento de residuos sólidos urbanos y otros servicios asimilados, por Decreto de esta Alcaldía de fecha 22 de diciembre de 2011 se procedió a adjudicar la prestación de los referidos servicios, mediante el procedimiento de emergencia, a las entidades *Aqualia Gestión Integral del Agua* y al *Grupo FCC Fomento de Construcciones y Contratas, S.A.*”.

- 7.10 El argumentario de San Juan del Puerto para justificar la emergencia de la contratación de CIA es literalmente coincidente con el utilizado por Valverde para RSU⁴³: por lo que los vecinos de Valverde del Camino podrían resultar afectados de una forma intolerable en uno de los derechos básicos que tienen frente al Municipio, que debe garantizar en todo caso la prestación de tal servicio público básico. Que la situación descrita anteriormente justifica sobradamente la celebración de un contrato de emergencia para prestar el servicio...”. Unos mismos adjetivos y adverbios, tiempos verbales, etc. Mayor interés tiene la vertiente dialéctica de este argumentario, cuando sale al paso de las alegaciones de MAS y *GLAHS*. Su transcripción

⁴³ Se podría obtener el decreto de Valverde de contratación emergencia .

resulta necesaria para evidenciar su incompatibilidad con los presupuestos de la contratación de emergencia, o, lo que es lo mismo, la contratación sin expediente: “en todo caso debe salirse al paso de las torticeras aseveraciones realizadas por la MAS en referencia a la utilización de la figura del contrato de emergencia. La necesidad de prestar los servicios relaciones(sic)con el ciclo integral del agua y el servicio de recogida de residuos sólidos urbanos con continuidad y sin merma de su eficacia, no reviste duda alguna, al estar directamente vinculados a la garantía de la salud de los habitantes de San Juan del Puerto. La falta de prestación de tales servicios, o su prestación deficiente, avocaría a una posible crisis de salubridad. Por ello, es perfectamente ajustado a Derecho la utilización de la tramitación de emergencia en estos casos, con carácter inmediato, a fin de satisfacer la necesidad sobrevenida, y limitado en el tiempo, de forma que provisionalmente se garantice la continuidad de la prestación de los servicios públicos en condiciones de eficacia y calidad. En nuestro Ordenamiento Jurídico ha existido siempre esta forma de adjudicación de los contratos en casos en que, como aquí, exista grave peligro para la comunidad vecinal: desde la Ley de Contratos del Estado hasta la vigente Ley de Contratos del Sector Público han previsto este régimen excepcional, acotándolo a situaciones que supongan grave peligro(como es el caso de la necesidad de garantizar el suministro de agua, su depuración y saneamiento, y la recogida de basuras), acontecimientos catastróficos y necesidades que afecten a la Defensa Nacional. Frente a lo manifestado en las alegaciones existen infinidad de resoluciones judiciales que avalan la legalidad de la adopción de esta tramitación de emergencia, así como acuerdos de la propia Administración General del Estado, en concreto de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa sobre criterios interpretativos en la aplicación de la tramitación de emergencia, que amparan situaciones como las descritas con anterioridad (...).

- 7.11 El caso de Cartaya resulta singular. En lo antecedentes remitidos figura acta notarial que refleja la página web municipal, en el que, contrariando la esencia misma de la contratación de emergencia, se anuncia que se va a abandonar la MAS y que mientras se concreta el procedimiento licitación del nuevo concesionario, se va a celebrar una contratación de emergencia.

- 7.12 Es evidente -en todos los casos- que no concurre el presupuesto de hecho de la contratación de emergencia. Se puede realizar esta afirmación, en el plano jurídico, de forma tajante, sin matices. A mayor abundamiento, y de modo detallado, los tribunales del orden jurisdiccional social han abordado la cuestión al resolver sobre la situación del personal de *GLAHS A*.
- 7.13 En efecto, la Sentencia de la Sala de lo Social del TSJA de 31 de mayo de 2012, dictada en materia laboral en conflicto de subrogación de trabajadores precisamente por el cese de la prestación de los servicios por parte de *GLAHS A* y nueva concesión por parte de los ayuntamientos concluye igualmente que no hay justificación para la contratación de urgencia (quiere decir en realidad, emergencia), ya que “desde el mes de enero se conocía la finalización de la prestación del servicio por “Gestión Integral del Agua de la Costa de Huelva, S.A. (*GLAHS A*)”, aceptando el Ilmo. Ayuntamiento de Lepe el 14 de enero la devolución de los servicios de recogida de residuos sólidos urbanos, por lo que no se produce una situación ni imprevista, ni involuntaria que justifique el trámite de urgencia(quiere volver a decir “emergencia”) para que un día después de la finalización del servicio por Gestión Integral del Agua de la Costa de Huelva, S.A. (*GLAHS A*)” se realice una concesión administrativa a la empresa Fomento de Construcciones y Contratas, S.A. para la prestación del servicio”.
- 7.14 Si esta apreciación es así para los Ayuntamientos de Lepe, y Moguer, tanto más para aquellos en el breve espacio de tiempo de 1 año han pasado de la adhesión a la MAS y suscripción de los compromisos, a la separación voluntaria de la misma de modo que la contratación de emergencia no tiene cabida en ningún supuesto. Y, por supuesto, este criterio jurisprudencial deshace el vacuo argumentario del Ayuntamiento de San Juan del Puerto.
- 7.15 Hasta aquí se ha expuesto lo que podríamos denominar la causa de nulidad radical de la contratación de emergencia. Pero esta actuación de los municipios persigue una finalidad determinada, como hemos

visto, dentro del conjunto de actuaciones realizadas para la separación sin asunción de responsabilidad alguna de la MAS, lo que justifica que se aborden las consecuencias de esa contratación de emergencia y el alcance de su significado. Se trata en suma de un medio ilegal para obtener una finalidad, igualmente ilegal.

- 7.16 Daños y perjuicios a MAS y *GLAHS*A. La contratación de emergencia genera por sí misma perjuicios a *GLAHS*A por más que sean coincidentes con los que produce la operación global de separación de MAS. La adjudicación a la misma empresa constituye, en realidad, la pieza de cierre de ese conjunto de actuaciones tendentes a lograr una finalidad, al tiempo que su causa última. Ello es así porque, en unos municipios se ha acudido a la declaración de lesividad, mientras que en otros no, o simplemente, se han desistido de esa lesividad para efectuar-en todos los casos- una contratación de emergencia sin mayores exigencias.
- 7.17 Además, tendrá relevancia como elemento de imputación de responsabilidad tanto administrativa como penal, y para abrir la responsabilidad personal del alcalde y eventuales miembros de la corporación que votaron a favor, en la responsabilidad personal a exigir por el Tribunal de Cuentas.
- 7.18 Representa un elemento de imputación de la responsabilidad administrativa, a la vista de la ilegal actuación y la causación de daños y perjuicios. El grosero recurso a la contratación de emergencia constituye un dato ineludible para apreciar dolo, o negligencia y culpa graves, en los miembros del consistorio, a los efectos de la acción de reembolso contra sus personas, en los términos de la Disposición Adicional 19ª del TRLCSP. En efecto, la D.A. 19ª del TRLCSP establece el régimen jurídico de la responsabilidad derivada de las actuaciones de las Administraciones en materia de contratos del sector público, haciendo expresa inclusión a las autoridades y funcionarios , en los siguientes términos:

“1. La responsabilidad patrimonial de las autoridades y del personal al servicio de las Administraciones Públicas derivada de sus actuaciones en materia de contratación administrativa, tanto por daños causados a particulares como a la propia Administración, se exigirá con arreglo a lo dispuesto en el Título X de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, y en el Real Decreto 429/1993, de 26 de marzo (RCL 1993, 1394, 1765), por el que se aprueba el Reglamento de los procedimientos de las Administraciones Públicas en materia de responsabilidad patrimonial.

2. La infracción o aplicación indebida de los preceptos contenidos en la presente Ley por parte del personal al servicio de las Administraciones Públicas, cuando mediare al menos negligencia grave, constituirá falta muy grave cuya responsabilidad disciplinaria se exigirá conforme a la normativa específica en la materia”.

7.19 Se remite al régimen de responsabilidad patrimonial de la Ley 30/1992, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común la cual prevé la posibilidad de las corporaciones de repetir frente a las autoridades y funcionarios cuando concurra dolo o negligencia grave. Igualmente, se remite, en cuanto a los funcionarios intervinientes en los procesos de contratación, al régimen disciplinario oportuno.

7.20 La contratación de emergencia, además, se plantea como una contratación transitoria, a modo de puente, en espera para la contratación ordinaria del servicio. En este punto se trata de previsiones de futuro⁴⁴ al no haber acontecido. Sin embargo, conviene aclarar que la tramitación de un procedimiento ordinario y la adjudicación del servicio no produce efecto convalidatorio de la secuencia de ilegalidades expuesta, ni enervatorio de las responsabilidades en las que ya se ha incurrido. Si bien en los antecedentes no consta que las contrataciones ordinarias se hayan producido, es inevitable hacer seguimiento de las mismas, pues la coincidencia generalizada entre la empresa contratada en emergencia y la adjudicataria del contrato ordinario, así como las coincidencias en pliegos y trámites constituirán importantes elementos para fundar

la exigencia de las responsabilidades a que más adelante se refiere el resumen ejecutivo.

- 7.21 La distancia que media entre los parámetros de la contratación de emergencia y los presupuestos en los que la justifican los ayuntamientos, la creación de la necesidad por el propio ayuntamiento y, nótese bien, el papel que la contratación de emergencia juega como fuente de financiación, todos ellos alejados de los cauces normativos y exigencias legales de esta figura, son también, sin duda, elementos y datos para valorar la intencionalidad en los diferentes delitos que les sean atribuibles a los responsables municipales, singularmente la prevaricación, al margen y con independencia, como se ha insistido, de la existencia de desviación de poder como vicio invalidatorio de la contratación realizada.
- 7.22 Por último, la contratación administrativa tiene unos cauces de fiscalización, que no son inmediatos, por parte de la Cámara de Cuentas de Andalucía y del Tribunal de Cuentas. Si, como consecuencia de la fiscalización que se realice en un futuro por el órgano de control contable, resultan, a la postre, perjuicios a las arcas municipales, se podrá determinar la responsabilidad contable de los miembros de los órganos de contratación. El contrato de emergencia no está excluido de la remisión a la Cámara de Cuentas de Andalucía.
- 7.23 En suma, lo cierto es que la contratación de emergencia contraría abiertamente la legislación de contratos del sector público, y el Derecho de la Unión Europea en materia de defensa de la competencia y contratación pública. La contratación de emergencia contraría además todos los indicadores sobre contratación, competencia, transparencia y lucha contra la corrupción, elaborados por los organismos reguladores, la Comisión Europea, organizaciones internacionales, y ONG sobre transparencia internacional.
- 7.24 Las contrataciones de emergencia constituyen, pues, un manifiesto despropósito jurídico en sí mismo:

se utiliza la contratación pública para fines ajenos para los que está concebida, por lo que se incurre en *desviación de poder*;

se desconoce total y absolutamente el *procedimiento administrativo de contratación* legal y comunitariamente previsto (nulidad radical);

se rompen las reglas de la *libre competencia*;

se utiliza una *motivación aparente* e insincera, que, con todo, no llega a ser *justificativa*, ni *suficiente*, con vulneración del *deber de transparencia*;

y se adjudica el contrato a una misma contratista, con clara infracción de los indicadores nacionales, europeos e internacionales de lucha *contra la corrupción* (v). Aunque las actuaciones precedentes fueren conformes a Derecho (separación, lesividad), que no lo son, la contratación de emergencia no logra obtener el aprobado por ningún concepto y suma, por el contrario, numerosos vicios.

- 7.25 Las irregulares actuaciones en materia de contratación son no sólo denunciabes ante el organismo regulador nacional (defensa de la competencia), sino ante la propia Comisión Europea, a través de su Dirección General de Competencia.⁴⁵

⁴⁵ http://ec.europa.eu/dgs/competition/index_es.htm

8. Sobre el falseamiento de la competencia por actos desleales y la observancia de los indicadores internacionales sobre transparencia en la contratación pública en la lucha contra la corrupción

- 8.1 Poca duda puede caber, pues, acerca de la abierta ilegalidad de una contratación de emergencia en las condiciones indicadas, tanto en lo que hace al examen en sí de la adjudicación de un contrato con pleno desconocimiento de las reglas básicas de la contratación administrativa *sin presupuesto legitimante*, cuanto a la luz de la verdadera finalidad que la operación en su conjunto desvela.
- 8.2 Ahora resulta necesario contemplar la contratación de emergencia, con las contrapartidas anunciadas, desde otro punto de mira, esto es, desde las exigencias de la competencia y sus repercusiones sobre la lucha contra la corrupción administrativa, una vez que el municipio opta por la gestión indirecta del servicio.
- 8.3 Hacemos referencia aquí al *falseamiento de la competencia por actos desleales*, una práctica que de ordinario se puede producir entre una o varias empresas, sin que medie, como aquí, una acción positiva y programada del Ente local, lo que determina, de un lado, una mayor gravedad y, de otro, una cierta impropiedad de la figura, aunque aquí sea reconocible. En segundo término, hacemos referencia ahora a otra cuestión, distinta, aunque relacionada, a saber: la transparencia en la contratación y las prácticas anticorrupción, por las que tantas instituciones internacionales, y la propia Unión Europea, han apostado en las últimas décadas.

La lucha contra el falseamiento (i) y contra la corrupción en la contratación administrativa (ii) son las dos caras de una problemática que guarda una estrecha relación.

La primera pretende salvaguardar la competencia y los valores que ella encierra. Por decirlo con palabras de la propia Dirección General de la Competencia de la Comisión Europea, “al competir las empresas según sus

méritos y en condiciones justas y equitativas, los mercados funcionen mejor, lo que beneficia a los consumidores, las propias empresas y el conjunto de la economía europea.”⁴⁶

La segunda persigue igualmente asegurar la competencia, pero su objetivo inmediato e instrumental reside en la erradicación de la corrupción administrativa en la contratación.

Si el falseamiento de la competencia “a secas” constituye ya una quiebra del mercado y de la competencia con perjuicios para todos, más grave aún resulta si en ese falseamiento participa o interviene la propia Administración, otorgando contratos sin observar las más elementales reglas que garantizan la competencia.

- 8.4 La actuaciones encadenadas, con variaciones en cada caso según los municipios, presentan ya numerosos flancos a la crítica, tanto aisladamente considerados (separación, lesividad, suspensión, contratación de emergencia), como en su conjunto (estrategia final y medios empleados), como se ha notado.
- 8.5 La visión panorámica y el análisis comparado de las operaciones realizadas en cada municipio parecen añadir un plus significativo en este examen de legalidad. Y es la quiebra del Derecho de la Competencia y de los valores que subyacen a la contratación administrativa.
- 8.6 Si el cotejo de lo que han realizado con extraña similitud todos los municipios en liza así lo confirma, se derivarían otras responsabilidades y consecuencias con relevancia para el Derecho en varios planos, como seguidamente se recuerda.
- 8.7 Si, en efecto, las actuaciones implican liquidar todo un sistema de prestación del servicio mancomunado para otorgar un contrato a una empresa privada (que resulta ser siempre la misma adjudicataria, tanto en la situación de “emergencia”, como “ordinaria”), a fin de obtener unos mayores ingresos a corto plazo que hicieran frente a

⁴⁶ http://ec.europa.eu/dgs/competition/index_es.htm

los graves problemas financieros y presupuestarios que la crisis conlleva, estaríamos desconociendo que el fin (obtener más fondos) no justifica los medios (liquidar un sistema y contratar a una empresa); menos aún cuando esos medios son en sí mismos ilegales (la forma de separarse, los instrumentos utilizados, y la contratación en emergencia). Fin ilegal y, en su consecución, medios ilegales.

8.8 Y en lo que a este extremo concierne, al margen de las graves responsabilidades personales (penales y civiles) que de una conducta tal puedan derivarse para todos los sujetos intervinientes (autoridades, personal al servicio de las Administraciones locales, sujetos privados), estaríamos, primero, ante un ilícito administrativo por falseamiento de la competencia por actos desleales, de los que puede conocer la Comisión Nacional de la Competencia (CNC)⁴⁷, y ante actuaciones incursas en prácticas corruptas, tal y como las definen la Unión Europea y otros agentes internacionales en relación con los Programas de Contrataciones Transparentes.⁴⁸

8.9 Nótese, por lo que a este segundo extremo se refiere, que los indicadores internacionales, asumidos por las Directivas de 2004, Recomendaciones y otros instrumentos de la Unión Europea⁴⁹ se mueven en la misma dirección: que la excepcionalidad de la contratación sin concurso se reduzca a supuestos ciertamente extremos (relacionados, por ejemplo, con la seguridad nacional), como nuestra misma legislación ha transpuesto; que los pliegos se hayan confeccionado antes, esto es, que se cuente con formatos y modelos de pliegos que no queden al albur de cada contratación, menos aún en manos de la empresa contratista; que las personas que participan en la selección reúnan la cualificación técnica suficiente y la independencia y neutralidad necesarias; etc.⁵⁰

8.10 Analizadas las actuaciones a la luz de los indicadores internacionales sobre transparencia y prácticas contrarias a la corrupción en la contratación pública (Unión Europea, OCDE, Naciones Unidas,

⁴⁷ Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia. Las infracciones de falseamiento de la competencia están tipificadas como graves.

⁴⁸ Transparencia Internacional. En sentido análogo, OCDE, UE, Banco Mundial, Naciones Unidas.

⁴⁹ Véase la legislación aplicable citada al inicio del presente dictamen.

⁵⁰ *Ibidem*, y penúltima nota.

Banco Mundial...) cabe observar que son muchos los que no parecen haberse aquí satisfecho.

- 8.11 Desde el momento en que la emergencia, con los matices que se quieran, ha estado programada, cuando no anunciada por algunos municipios, primero; y, segundo, la adjudicataria ha sido la misma empresa en todos los casos, es claro que se trata de una práctica concertada contraria a la competencia.
- 8.12 Los datos que obran en el expediente aportan suficientes indicios como para apreciar la existencia de un falseamiento del proceso de licitación y adjudicación de los concursos para la gestión de los servicios públicos, con grave afectación del interés general, y con el agravante, nótese bien, de que la operación pasa por romper el esquema vigente, sin tener en cuenta, por lo demás, las consecuencias económicas de tal ruptura, bien en concepto de costes, bien en razón de las responsabilidades (contractuales y extracontractuales) derivables de esas actuaciones.
- 8.13 La Defensa de la Competencia en sí, y en cuanto valor esencial de la contratación administrativa, constituye un eje central del sistema. “La existencia de una competencia efectiva entre las empresas constituye uno de los elementos definitorios de la economía de mercado, disciplina la actuación de las empresas y reasigna los recursos productivos a favor de los operadores o las técnicas más eficientes. Esta eficiencia productiva se traslada al consumidor en la forma de menores precios o de un aumento de la cantidad ofrecida de los productos, de su variedad y calidad, con el consiguiente incremento del bienestar del conjunto de la sociedad.”⁵¹
- 8.14 En los términos indicados, cabe apreciar una doble dimensión con relevancia jurídica. La disolución de un sistema de gestión a través de la MAS y *GLAHS* sin observancia de las reglas de juego o, lo que es lo mismo, la ruptura de un esquema público y su sustitución por otro privado, de un lado, y, de otro, la ocupación de ese espacio por

⁵¹ Comisión Nacional de la Competencia: <http://www.cncompetencia.es/Inicio/FAQ/Glosario/tabid/101/Default.aspx?item=176#176>

una única empresa –que podría haber participado incluso en la misma gestación de la estrategia-, con todo lo que ello supone, sin competencia real.

8.15 A los efectos que ahora importa destacar, los indicios que obran en el expediente ofrecen sustento para una denuncia ante la CNC y el órgano competente de la Comunidad Autónoma⁵²: “La Comisión Nacional de la Competencia o los órganos competentes de las Comunidades Autónomas conocerán en los términos que la presente Ley establece para las conductas prohibidas, de los actos de competencia desleal que por falsear la libre competencia afecten al interés público.”⁵³ La doble operación indicada (liquidación del sistema público y ocupación del espacio por una sola empresa) no permitan albergar duda alguna acerca de la afectación del interés público, como tampoco el falseamiento de la competencia de manera sensible.

8.16 Por lo demás, los procedimientos sancionadores, una vez incoado el expediente, la CNC podrá adoptar las medidas necesarias tendentes a asegurar la eficacia de la resolución que eventualmente se dicte. Cabe la adopción de medidas cautelares tanto de oficio como a instancia de parte.

⁵² Agencia de *Defensa de la Competencia* de Andalucía *Junta de Andalucía*.

⁵³ Art. 3 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia.

9. Consecuencias indemnizatorias. Responsabilidades (administrativa y personal)

- 9.1 Las actuaciones municipales consideradas habrán de traer consecuencias en el plano de la responsabilidad de distinto orden, tanto de la entidad local, como de la personas que intervengan
- 9.2 La prestación del servicio integral de agua y recogida de residuos sólidos urbanos por parte de MAS se ha producido a través de actos de los ayuntamientos integrados en ella. Por un lado, han tenido que sumar voluntades para la adopción de los acuerdos en el seno de la Mancomunidad. Por otro lado, han otorgado concesiones administrativas demaniales, han suscrito convenios y ratificado acuerdos de la MAS para la estabilidad de la prestación de los servicios mancomunados. Los ayuntamientos tienen personalidad y capacidad jurídica para generar válidamente derechos y contraer obligaciones, para realizar contratos, etc. La adhesión de los ayuntamientos a la MAS, en toda su amplitud y extensión, es una manifestación de esa personalidad jurídica y capacidad.
- 9.3 También pueden, en consecuencia y en mérito al mismo fundamento, romper los pactos concertados, incumplir sus obligaciones y no atender los compromisos que legítimamente habían adquirido. Pero ello no significa que esos actos de incumplimiento no tengan consecuencias. Sus consecuencias son la responsabilidad. Los actos secuenciales expuestos producen el incumplimiento de las obligaciones válidamente asumidas y vamos analizar, a continuación las consecuencias de diverso orden que estos incumplimientos pueden acarrear.
- 9.4 Antes de continuar, sin embargo, conviene realizar una observación que no puede ser pasada por alto. La personalidad jurídica de un municipio no dura cuatro años. No se extingue y renace cada vez

que hay elecciones locales. La personalidad jurídica permanece sin solución de continuidad. Por ello, los derechos ganados por un municipio no se pierden cuando la corporación queda en funciones o cesa por razón de un proceso electoral. Del propio modo, el gobierno local entrante no puede desconocer la obligaciones contraídas por los anteriores equipos de gobierno municipales, del mismo modo que las suyas serán asumidas por quienes les sucedan.

9.5 Como ha quedado expuesto, la mayor parte de las actuaciones municipales examinadas forman una cadena y constituyen un todo integrado por diversas piezas. El conjunto de las actuaciones produce unos claros perjuicios, tanto a la Mancomunidad como a GIAHSA y, en fin, a los municipios que formaron la Mancomunidad junto con los que ahora se separan en la confianza de un proyecto común a través de compromisos voluntariamente asumidos y que ahora, merced a estas decisiones pueden verse en peligro.

9.6 Pero es precisamente porque las administraciones actúan fundamentalmente a través de actos administrativos que se hace necesario analizar los mismos por separado. El examen de las diversas responsabilidades requiere la disección de los distintos elementos de esa cadena de actos, al objeto de identificar los perjuicios anudables a cada una de las actuaciones objeto de análisis, por más, que, a la postre, haya un perjuicio único con una única causa. Ello permitirá, igualmente, apuntar el procedimiento que debe seguirse en cada supuesto.

9.7 Las actuaciones que se identifican como generadoras de responsabilidades de distinto orden –sin perjuicio de la concreción que respecto de cada municipio examinado- son las siguientes:

Separación unilateral y sin observancia de los procedimientos legal y estatutariamente previstos para separarse de la Mancomunidad;

Resolución del convenio celebrado entre MAS, GIAHSA, y Ayuntamiento para la estabilidad de los servicios mancomunados del ciclo integral del agua;

En su caso, declaración de lesividad de la concesión de infraestructuras del ciclo integral del agua;

En su caso, acuerdo de suspensión de la concesión con ocasión de la declaración de lesividad;

Contratación para gestión indirecta del servicio del ciclo integral del agua utilizando el supuesto de emergencia.

Falseamiento de la competencia.

- 9.8 Separación unilateral y sin observancia de los procedimientos legal y estatutariamente previstos para separarse de la Mancomunidad⁵⁴. Los municipios, en virtud de las potestades que la Constitución y el ordenamiento jurídico le atribuyen pueden elegir o no integrarse en una mancomunidad. Por la misma razón, están facultados para separarse. Ahora bien, por el camino reglamentario. Una cosa es la autonomía para decidir y otra, muy distinta, que no haya que observar valor o bien jurídico alguno. Son muchas las consecuencias que se generan y los efectos que se irrogan cuando de una separación se trata. De ahí que la Ley y el Derecho hayan establecido el cómo.
- 9.9 La Ley de Autonomía Local de Andalucía regula la forma y requisitos para la separación: “Ningún municipio podrá separarse de la mancomunidad si, habiendo transcurrido el período mínimo de permanencia, mantiene deudas con la misma. A tal efecto, con la solicitud de separación deberá proceder a la liquidación de las deudas que se mantengan, al abono de la parte del pasivo de la mancomunidad que, en ese momento, le sea proporcionalmente imputable, y al pago de los gastos que se deriven de la separación”. Artículo 76.1. Los estatutos no establecen periodo mínimo(a diferencia del convenio de estabilidad) de permanencia. Por tanto, el precepto establece qué coste tiene que asumir el municipio que se separa y la responsabilidad que la separación tendrá, cuando se realiza conforme a la ley. A ello hay que unir las previsiones de los estatutos de la mancomunidad, que no son sino concreción de los más genéricos conceptos de la ley. Se ocupa de ello el artículo 31 de los Estatutos, que, además de aspectos de procedimiento, especifica en los conceptos a liquidar por la corporación saliente: “que haya

saldado las deudas que haya podido contraer con las sociedades de gestión propias de la Mancomunidad”, en clara referencia a *GLAHS*A.

- 9.10 En otras palabras: una vez integrados solo podrán separarse de las mismas si se siguen las exigencias legales (artículo 76 LALA) y estatutariamente (artículo 31) previstas, atendiendo en todo caso las obligaciones económicas comprometidas. Si el Ayuntamiento actúa de forma unilateral, “de facto”, sin respetar los trámites, plazos, deberes, y exigencias económicas a que está obligado, surgirán responsabilidades que les serán exigibles. Tiene una responsabilidad que le es exigible. Si a la infracción legal, se añade la estatutaria, y los acuerdos de estabilidad establecidos, no hace sino fortalecerse tal conclusión. Esta responsabilidad tendrá el alcance legal y estatutariamente establecido.
- 9.11 Hasta aquí el aspecto sustantivo. Pero puede ocurrir, como de hecho ha ocurrido, que determinada Corporación municipal-como vgr. Valverde del Camino-actúe al margen del régimen legal y estatutario. Esto es, cumpla formalmente con la comunicación de separación, pero sin atender ni asumir las obligaciones que por la separación le corresponden. En estos supuestos la Mancomunidad, como también ha ocurrido respecto del municipio citado, ha acordado, en virtud del artículo 76.2 su separación forzosa, girando la oportuna liquidación de las obligaciones que le corresponden. Por tanto, la ley no prevé para la separación-sea legítimamente ejercita, unilateralmente realizada o impuesta por la mancomunidad-indemnización sino liquidación de obligaciones, si bien entre ellas, se incluye la de los costes de la separación, donde tienen cabida los gastos que la MAS haya incurrido adicionales o no previstos por razón de tal separación.
- 9.12 Resolución del convenio celebrado entre MAS, *GLAHS*A, y Ayuntamiento para la estabilidad de los servicios mancomunados del ciclo integral del agua. Este convenio administrativo puede ser objeto de resolución, pero dada su naturaleza contractual, esta resolución no puede ser unilateral, impuesta por el Ayuntamiento, y por tanto, esa resolución dará lugar a los daños y perjuicios

correspondientes a favor de la MAS. El convenio constituye una acción concertada, que nace de la libre determinación de las partes, es vinculante para ellos, conforme al principio general del derecho «pacta sunt servanda».

9.13 Del Convenio interesa retener, en primer lugar su proceso de formación, pues de ella resulta una especial vinculación para las partes. En un pacto bilateral común, dos partes distintas alcanzan un acuerdo. Aquí, en el proceso de formación de voluntad de una de las partes (la mancomunidad) interviene la otra (el ayuntamiento), pues el convenio ha sido aprobado por el Pleno de la MAS, donde existe representación de los ayuntamientos. Hubo unanimidad de los miembros del Pleno presentes o representados. En segundo lugar, la firma del alcalde de cada localidad va precedida por un acuerdo del Pleno municipal de aprobación del convenio.

9.14 El contenido del convenio se puede resumir en a) MAS se compromete a prestar el servicio a través de *GLAHS*A con los estándares de calidad más exigentes; b) el ayuntamiento asume un compromiso de permanencia en MAS por 30 años; c) el ayuntamiento se compromete a otorgar las oportunas concesiones demaniales y *GLAHS*A a pagar por ellas el correspondiente canon; d) el ayuntamiento se compromete a mantener la estabilidad de *GLAHS*A mediante la permanencia de la cesión de los derechos de explotación por plazo de 30 años; e) en caso de separación anticipada o insuficiencia de las tasas por prestación del servicio los ayuntamientos se comprometen a realizar determinadas aportaciones extraordinarias, previamente aprobadas por el Pleno de la MAS; f) MAS y ayuntamientos se obligan a ratificar las cesiones y pignoraciones de los derechos de crédito que se derivan de la prestación de determinados servicios relacionados con la gestión integral del agua.

9.15 Se trata de una responsabilidad administrativa contractual (el convenio se excluye en su regulación de la Ley de Contratos del Sector Público, sin perjuicio, pero el término contractual debe entenderse como “convencional-bilateral-sinalagmático”). El alcance de la responsabilidad contractual es la que se establece en el propio

contrato o convenio(cláusula 5ª). Es por vía de este convenio como se asume el contenido del acuerdo de la MAS de 12-11-10, sobre procedimiento y requisitos de separación.

- 9.16 A la responsabilidad expuesta, hay que añadir la que resultaría de la cláusula 6ª del convenio, de haber sido utilizada dicha posibilidad. Resulta difícil, cuantificar en este punto la responsabilidad contractual o convencional si se prefiere, porque no será solo la inmediatamente derivada de la resolución unilateral del convenio(cláusula 5ª), sino todas las responsabilidades que, frente a terceros, haya adquirido *GLAHS A*, y resulten de obligado incumplimiento como consecuencia de la resolución, vgr., resolución de créditos, resolución de contratos de trabajo, adquisición de bienes, etc.
- 9.17 Declaración de lesividad. No consta que todos los ayuntamientos hayan acudido al procedimiento de lesividad como instrumento jurídico para dejar sin efecto los acuerdos concesionales y la suscripción convenio de estabilidad. Pero en aquéllos supuestos en los que se ha realizado procede hacer las siguientes observaciones.
- 9.18 La declaración de lesividad, aparentemente, por sí misma, no acarrearía perjuicios al favorecido por el acto, ya que no tiene eficacia anulatoria. Esto es una apariencia, pues es llano que si el sujeto favorecido, en este caso *GLAHS A*, desarrolla una actividad económica-gestión del ciclo integral del agua- en un mercado-ayuntamientos y entes públicos de la provincia de Huelva-, la declaración de lesividad, aunque por sí sola no tenga eficacia, sino que opere como presupuesto de la impugnación jurisdiccional, sí que afecta a las expectativas y proyección que tiene en esa actividad y mercado, de forma que puede condicionar de modo muy directo las relaciones con los miembros de dicho mercado, que por ejemplo pueden retraerse al percibir una señal de debilidad, financiera o de viabilidad, de *GLAHS A*. De hecho, en diversas resoluciones y acuerdos, se invoca esta circunstancia por el ayuntamiento autor de la declaración de lesividad, y se pone también de manifiesto esta perspectiva las abundantes noticias aparecidas en los medios de comunicación. Este perjuicio debe ser pericialmente cuantificado. Se

trata de un daño moral, que, naturalmente, no es sólo atribuible a esta específica actuación (la declaración de lesividad), sino que habrá de ponerse en su debido contexto.

- 9.19 La suspensión de la concesión y restantes actos incurridos en procedimiento de lesividad, de algún modo, materializa el daño potencial que el objetivo de la declaración unilateral de la lesividad entraña. Desde ese momento, el daño se hace efectivo, a los efectos de la derivación de responsabilidad administrativa (y personal), ya que se anticipan los efectos de una eventual sentencia que anule la concesión. El acuerdo de suspensión de la concesión objeto de la declaración de lesividad produce perjuicios inmediatos de imposible reparación, en tanto que es un anticipo de la sentencia del recurso contencioso de lesividad, la cual no se ha producido. Si la sentencia fuera desestimatoria, se habría anticipado la ejecución de una sentencia estimatoria inexistente, perjudicando de manera real y efectiva a *GLAHS*, al no poder explotar la concesión legítimamente obtenida. Como consecuencia de ello, la responsabilidad del Ayuntamiento es clara y, habría de indemnizar los daños y perjuicios ocasionados. Aquí estamos ante daños emergentes y lucro cesante.
- 9.20 Contratación del servicio integral del agua con una tercera empresa. En los supuestos en que no se ha producido declaración de lesividad de la concesión, sino que se ha procedido directamente a la contratación, es entonces cuando se materializa el daño. La anomalía en esta contratación genera perjuicios indemnizables para *GIAHSA*, por sí sola. En cuanto es una pieza de un todo, que cierra el círculo de la actuación municipal y que ha actuado como causa o motivo de ésta, puede servir para comprender o explicar los actos generadores de perjuicios.
- 9.21 Responsabilidad personal de los miembros de la corporación, por razón de la contratación de emergencia. Distinta cuestión es la responsabilidad personal de los miembros de la corporación que hayan votado a favor de esta contratación. La Disposición Adicional 19ª del TRLCSP regula la responsabilidad de las autoridades y personal al servicio de las Administraciones Públicas en materia de

contratación, afirmando que los daños que causen así a particulares como a la propia corporación se exigirán con arreglo a lo dispuesto en el Título X de Ley 30/1992. En consecuencia, los daños y perjuicios serán exigibles directamente a la corporación y ésta podrá repetir frente a las autoridades y personal sin concurrir dolo o culpa grave.

9.22 Fiscalización por órgano externo y ulteriores responsabilidades. La contratación de emergencia no está excluida de la fiscalización del órgano de control externo-Cámara de Cuentas de Andalucía-ni de las eventuales responsabilidades que para los gestores puedan surgir en ese ámbito ulteriormente por el Tribunal de Cuentas. El artículo 29 del TRLCSP establece la obligación de remisión de los contratos de gestión de servicios públicos de más de 450.000 euros. En todo caso, podrá el órgano recabar la información que estime oportuna en relación a todos los contratos. Si, consecuencia de estas revisiones resultara un perjuicio económico para las arcas municipales por razón de dichos actos podría deducirse el oportuno expediente de responsabilidad.

9.23 Responsabilidades personales en el orden administrativo. En todo caso, como ya se ha destacado, la ilegalidad en el proceder del Ayuntamiento resulta tan grosera, y responde, además, a una estrategia más alta y de conjunto cuya finalidad parece consistir en la adjudicación de la gestión del ciclo integral del agua y RSU a terceros para obtener un mayor beneficio a corto plazo⁵⁵, que, sin perjuicio de las responsabilidades penales de autoridades, terceros y asesores que resulten exigibles, y de otras responsabilidades que por ilícito administrativo (contabilidad, falseamiento de la competencia) pudieran derivarse, lo cierto es que concurren los presupuestos para que pueda hablarse de responsabilidades de orden personal, respecto de los miembros de la corporación local que hayan favorecido los acuerdos (artículo 78 LBRL):

Los miembros de las corporaciones locales son responsables civil y penalmente de los acuerdos que adoptan (artículo 78 de la LBRL).

⁵⁵ *Vid.* Correo electrónico de 12 de octubre. FCC, y Grupo RAGA, según los pueblos son los nuevos contratistas.

Además, cuando actúen con dolo o negligencia grave, en caso de declaración de responsabilidad patrimonial declarada con cargo al Ayuntamiento, éste podrá repetir por las cantidades abonadas en tal concepto contra aquéllos miembros.

- 9.24 En el presente caso, la secuencia de actos, y los escritos cruzados entre *GLAHS*A y Ayuntamientos, permiten apreciar –con carácter general- la concurrencia de dolo o negligencia grave en los miembros de la corporación, sin perjuicio de las singularidades que en cada caso quepa identificar respecto de cada caso concreto.

10. Sobre el buen gobierno y la estabilidad presupuestaria

- 10.1 El artículo 103.1 de la Constitución establece: “La Administración Pública sirve con objetividad los intereses generales y actúa de acuerdo con los principios de eficacia, jerarquía, descentralización, desconcentración y coordinación, con sometimiento pleno a la ley y al Derecho.. Las directrices contenidas en dicho precepto, aunado con otras de igual rango constitucional, artículos 1, 9, etc., dan cabida a la exigencia al ejercicio del poder público de la moderna tendencia del “buen gobierno en la gestión de los asuntos públicos”, también denominada “gobernanza”. En consonancia con dichos preceptos constitucionales, son numerosas las normas que establecen principios en la forma de actuar del poder público. Así, en el ámbito de la Administración Local, el artículo 1 de la LBRL concibe a las corporaciones locales como cauces inmediatos de participación ciudadana en los asuntos públicos, que institucionalizan y gestionan con autonomía los intereses propios de las correspondientes colectividades o, el artículo 6, trasunto local del citado artículo 103 CE : Las entidades locales sirven con objetividad los intereses públicos que les están encomendados y actúan de acuerdo con los principios de eficacia, descentralización, desconcentración y coordinación, con sometimiento pleno a la ley y al Derecho.
- 10.2 No sería útil en este lugar exponer la dogmática general de los principios con que deben actuar los gobiernos locales en la gestión de los intereses que tienen encomendados. Pero tampoco puede desconocerse que tras las cuestiones planteadas en la solicitud del dictamen existe una revisión o crítica al modo de actuar de determinados municipios. No es la gestión del ciclo integral del agua, o la recogida de residuos sólidos urbanos de lo que se trata en este apartado, sino que las actuaciones municipales las que se examinan, el cómo los municipios han abordado esta cuestión. Así, resulta que los ayuntamientos optaron por integrarse o unirse a la Mancomunidad, participaron en su gobierno y gestión a través de sus órganos colegiados. Adoptaron acuerdos en pro de la gestión mancomunada de los servicios, como la suscripción del convenio de

estabilidad o las concesiones a *GLAHS* para posibilitar la prestación de los servicios mancomunados. En breve periodo de tiempo, determinados ayuntamientos, mediando o no cambio de gobierno municipal a raíz de las elecciones locales de 2011, se apartan de ese sistema de gestión de los servicios públicos, no asumen las obligaciones legales ni estatutarias que les incumben por la separación, desconocen las consecuencias que para la viabilidad del sistema mancomunado tiene su separación, abandonando a los restantes municipios en la mancomunidad, adoptan acuerdos claramente ilegales y diseñan y ejecutan tácticas para imponer su voluntad en todo caso. Miran el rédito a corto plazo, la financiación inmediata por el abono de un canon, pero en la toma de decisiones no hay valoración a medio o largo plazo de sus consecuencias, ni en la prestación del servicio ni en los aspectos económicos(MAS ha cuantificado en más de 8 millones de euros la cuota de liquidación que corresponde al Ayuntamiento de Valverde), ni en los aspectos legales(son numerosos los pleitos, informes, conflictos laborales, entre otras consecuencias, a que se están viendo sometidos los ayuntamientos por esta razón). No es solo la eficiencia y calidad en el servicio, sino el coste económico que el modo que el cambio de modelo de gestión acarrea y, en todo caso, el riesgo que se asume y su proyección.

- 10.3 Tampoco se pretende en este apartado del dictamen dar razón dialéctica de los argumentos esgrimidos por los ayuntamientos. De ello se ocupan las restantes partes del mismo. Se pretende solo contrastar si esa forma de actuar se ajusta a las pautas de buen gobierno y, en caso, contrario, si esa carencia en reglas elementales de gobernanza generaría responsabilidad en los propios municipios o en las autoridades que las adoptaron, según el derecho español.
- 10.4 Las leyes reguladoras del régimen local, fundamentalmente integradas-a los efectos y en el ámbito que interesan- por la Ley de Bases de Régimen Local y la Ley de Autonomía Local de Andalucía, establecen los principios generales de actuación de las administraciones locales. Algunos son plasmación de la propia ley 30/1992, de procedimiento administrativo común: coordinación, coordinación, colaboración, lealtad, etc. Son, podría decirse, los

principios básicos y tradicionales de la forma en que deben las Administraciones relacionarse.

10.5 No obstante, el escenario de estabilidad presupuestaria que desde hace más de una década rige las finanzas de las Administraciones Públicas ha introducido nuevos principios, más concretos y orientados a la actuación general de la Administración, y no solo a ordenar relaciones interadministrativas.

10.6 Así, el artículo 7 de la Ley Orgánica 2/2012, de 27 de abril, establece lo que denomina “principio de eficiencia en la asignación y utilización de los recursos públicos”:

1. Las políticas de gasto público deberán encuadrarse en un marco de planificación plurianual y de programación y presupuestación, atendiendo a la situación económica, a los objetivos de política económica y al cumplimiento de los principios de estabilidad presupuestaria y sostenibilidad financiera.

2. La gestión de los recursos públicos estará orientada por la eficacia, la eficiencia, la economía y la calidad, a cuyo fin se aplicarán políticas de racionalización del gasto y de mejora de la gestión del sector público.

3. Las disposiciones legales y reglamentarias, en su fase de elaboración y aprobación, los actos administrativos, los contratos y los convenios de colaboración, así como cualquier otra actuación de los sujetos incluidos en el ámbito de aplicación de esta Ley que afecten a los gastos o ingresos públicos presentes o futuros, deberán valorar sus repercusiones y efectos, y supeditarse de forma estricta al cumplimiento de las exigencias de los principios de estabilidad presupuestaria y sostenibilidad financiera. (este precepto, en su sustancia, no es nuevo, sino que procede de la Ley de Estabilidad Presupuestaria de 2001 y su texto Refundido de 2007).

10.7 No se trata, pues, de la oportunidad política de la opción, de la conveniencia en un momento dado para realizar una actuación determinada, lo cual sería legítimo. No es cuestión de poder y competencia. Esta norma exige algo más, con carácter general. La

autoridad pública, antes de actuar debe valorar las repercusiones y efectos de sus actos de trascendencia económica y, además (se llama la atención sobre la conjunción copulativa), debe dar cumplimiento estricto a las exigencias de los principios de estabilidad presupuestaria y sostenibilidad financiera.

- 10.8 Y desde esta premisa tiene que abordarse la decisión y la forma en que los municipios en cuestión han abandonado o están en trance de hacerlo, la MAS. El saldo de dicha comprobación, con la documentación de que se dispone, no puede ser positiva. Más allá de la formalidad de los informes de los aspectos económicos sobre el cambio del modo de gestión indirecta de los servicios, no existe rastro de la evaluación del coste de la separación ni de los impactos en las cuentas-presentes y futuras-de los municipios. Ejemplo notable de lo indicado es el caso del Ayuntamiento de Valverde del Camino. Téngase en cuenta que el presupuesto de gasto del Ayuntamiento de Valverde del Camino para el ejercicio 2011 -disponible en web- alcanzó la cifra de 10.554.810,00 euros, siendo de 13.777.840 euros el de 2012, y la cantidad liquidada por MAS por su separación asciende a la cifra de 8.051.572 euros. No se trata, insistimos, en este apartado de analizar la razonabilidad de cuota de liquidación por separación del Ayuntamiento de Valverde del Camino, la cual ha sido cuantificada por asesor externo a la Mancomunidad y negada por el municipio, sino de si existiendo ese riesgo conocido, puesto que la cuota de liquidación es de exigencia legal (artículo 76.1 y 2 LALA) debía el citado Ayuntamiento haber evaluado las “repercusiones y efectos de sus actos de trascendencia económica” y si esos actos pudieran afectar a su estabilidad presupuestaria, como parece obvio va a ocurrir, incluso aun cuando se minorase notablemente la cuota de liquidación. En este contexto cobra sentido la queja, traducida en recurso, de la MAS frente al presupuesto municipal de 2012, donde no se consigna cantidad alguna para el abono del pasivo de la separación. Y ello con independencia de que el Ayuntamiento haya computado ingresos y atienda obligaciones municipales con cargo al canon o anticipo de canon abonado por la nueva empresa adjudicataria.

10.9 El incumplimiento de las obligaciones impuestas en la citada ley orgánica se imponen con contundencia a la Administración infractora:

1. Las Administraciones Públicas que incumplan las obligaciones contenidas en esta Ley, así como las que provoquen o contribuyan a producir el incumplimiento de los compromisos asumidos por España de acuerdo con la normativa europea, asumirán en la parte que les sea imputable las responsabilidades que de tal incumplimiento se hubiesen derivado.

En el proceso de asunción de responsabilidad a que se refiere el párrafo anterior se garantizará, en todo caso, la audiencia de la administración o entidad afectada.

2. El Estado no asumirá ni responderá de los compromisos de las Comunidades Autónomas, de las Corporaciones Locales y de los entes previstos en el artículo 2.2 de esta Ley vinculados o dependientes de aquellas, sin perjuicio de las garantías financieras mutuas para la realización conjunta de proyectos específicos.

Las Comunidades Autónomas no asumirán ni responderán de los compromisos de las Corporaciones Locales ni de los entes vinculados o dependientes de estas, sin perjuicio de las garantías financieras mutuas para la realización conjunta de proyectos específicos.

10.10 Como no podía ser de otro modo, los poderes públicos actúan sometidos al principio de responsabilidad. El artículo 9.3 de la Constitución así lo dispone como uno de los ejes de su actuación: “la Constitución garantiza el principio de responsabilidad y la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos”.

10.11 La articulación de este principio, sin embargo, en el Derecho positivo, se ha llevado a cabo de forma sectorial, dando lugar a diversas instituciones, entre las que destaca la responsabilidad patrimonial de la Administración que se garantiza en el artículo 106 de la Constitución, el resarcimiento de daños y perjuicios por la anulación de actos de la Administración, el régimen disciplinario de los funcionarios, la tipificación de delitos cometidos por autoridades

o funcionarios, etc. Estos aspectos se analizan en otros puntos del dictamen.

10.12 La responsabilidad en relación a las autoridades políticas, sin embargo, ha quedado tradicionalmente muy difusa, de modo que, si bien existen normas que concretan responsabilidades que les atañen, como pueden ser las penales, o incluso, las responsabilidades contables, lo cierto es que ha existido el entendimiento general de que se trata de una responsabilidad política, en última instancia a dilucidar en las urnas.

11. Esbozo de algunas estrategias para el resarcimiento de los daños producidos y la defensa del servicio mancomunado

11.1 Se indican seguidamente los procedimientos (o escenarios) para las reclamaciones por cada uno de los conceptos indicados. Los acuerdos de separación del ayuntamiento de la MAS deben ser objeto de recurso contencioso administrativo⁵⁶, pretendiendo, junto con su declaración de nulidad, el resarcimiento de daños y perjuicios⁵⁷ tasado en LALA y en los estatutos. Tales acuerdos no pueden quedar firmes. De inmediato, la Mancomunidad debe ejercer sus potestades adoptando las medidas correspondientes sobre los municipios incumplidores para exigirles la oportuna liquidación como consecuencia de su separación..La unilateral resolución del convenio⁵⁸, al tener éste naturaleza administrativa, deberá ser impugnada antes los órganos del orden jurisdiccional contencioso administrativo, solicitando el cumplimiento con daños y perjuicios, en tanto no se produzca la separación legal y económica. Si se produce esta separación la liquidación del convenio habrá de ser incluida en la cuenta económica de la misma.

11.2 La declaración de lesividad realizada por el pleno del Ayuntamiento no es acto recurrible autónomamente⁵⁹. La revisión jurisdiccional de esa declaración de lesividad se producirá en el recurso contencioso de lesividad, cuyo objeto es el acto declarado lesivo, en nuestro caso la concesión. Aunque la declaración administrativa de lesividad no sea el objeto del recurso, en él se cotejará la declaración administrativa de lesividad con la legalidad que la disciplina, para determinar si puede operar eficientemente como presupuesto

⁵⁶ Existe entre la documentación facilitada un escrito de interposición de recurso contencioso administrativo, aunque no consta su interposición efectiva, sobre estos acuerdos de 20 de septiembre, excepto la suspensión de la concesión, al menos con ese término(aunque la recuperación de instalaciones). En este escrito de interposición se apunta ya una estrategia procesal que es básicamente la que se confirma en el resumen ejecutivo, pero con la diferencia de acumular las acciones en un solo proceso. Se solicitan medidas cautelarisimas en relación al recurso, y se da cuenta de que se solicitaron y obtuvieron respecto del Ayuntamiento de Valverde del Camino.

⁵⁷ Mas bien se trata del cumplimiento de las obligaciones económicas en virtud de la separación.

⁵⁸ *Ídem* nota 22?

⁵⁹ Sin embargo, ni la declaración de lesividad es acto recurrible, ni tampoco el acuerdo de iniciación del procedimiento de lesividad, que es de trámite.

procesal de la impugnación del acto declarado lesivo. Pero al no constituir esa declaración administrativa de lesividad el objeto del recurso, y ser recurrente, es decir, sostener la pretensión del recurso, el ayuntamiento y no *GLAHS*, la sentencia no puede tener pronunciamiento condenatorio al ayuntamiento, más allá de las costas procesales.

11.3 En consecuencia, los daños y perjuicios a que nos hemos referido en el punto letra b de este apartado no pueden ser reclamados en el marco del recurso contencioso de lesividad, y, no habiendo otra posibilidad, habrá de articularse una reclamación por responsabilidad patrimonial, al concurrir los requisitos exigidos en el artículo 106 de la Constitución y Título X de la Ley 30/1992, al concurrir los requisitos objetivos y subjetivos para tal exigencia: a) un sujeto sometido al Derecho privado⁶⁰ perjudicado, *GLAHS*; b) una Administración actuante, el ayuntamiento; c) un perjuicio soportado por *GLAHS* en el apartado b; d) una relación de causalidad entre uno y otro. El plazo de reclamación sería de un año desde la sentencia.⁶¹

11.4 El acuerdo de suspensión de la concesión declarada lesiva, adoptado al amparo del artículo 104 de la Ley 30/1992, constituye un acto autónomo. Ciertamente es una medida cautelar tras la declaración de lesividad y por tanto, su existencia misma está subordinada a ésta, pero se configura como un acto autónomo, con vida jurídica distinta. Ni tan siquiera se transformará en un incidente cautelar del recurso contencioso de lesividad, pues el Ayuntamiento, en virtud de su autotutela, no requiere la ratificación judicial de la suspensión adoptada. Lo más apropiado parece-en tan singular caso-la impugnación jurisdiccional de la suspensión de la concesión, pudiendo acumularse los procedimientos-de lesividad e impugnación de la suspensión, si se considera conveniente⁶². Pues bien, la suspensión-teóricamente establecida por el Ayuntamiento para evitar

⁶⁰ *GLAHS* es sujeto de derecho privado, y, aún cuando pudiera argumentarse que no lo es en la relación con el Ayuntamiento dado su calidad de ente instrumental de la Mancomunidad, lo que resulta indiscutible es que, a efectos de la declaración de lesividad el Ayuntamiento considera a esta sociedad como sujeto particular. Ello no obstante, cabe sostener que materialmente y no sólo por la encomienda recibida constituye una Administración, aunque “vestida de civil”. Ello excluye de plano el recurso a la declaración de lesividad.

⁶¹ O un año desde el desistimiento de la declaración de lesividad realizado por el ayuntamiento de Valverde.

⁶² En principio no creo que sea conveniente pedir la acumulación de procedimientos.

daños de difícil o imposible reparación, podría convertirse en el acto administrativo causante del daño, si perdiera su eficacia bien por su anulación-al no cumplir los requisitos exigidos por artículo 104-, bien por alzamiento como consecuencia necesaria de desestimación del recurso contencioso administrativo de lesividad. Los daños y perjuicios se solicitarán dentro de la pretensión deducida en el recurso en virtud del artículo 31.2 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa.

- 11.5 La contratación por emergencia del servicio puede ser igualmente objeto de recurso contencioso-administrativo. La anulación de la contratación de emergencia es el resultado último de las anteriores actuaciones. Los daños y perjuicios a *GLAHSA*, serán los expuestos en los puntos arriba indicados. Este recurso tendrá sentido aun cuando se regularice la concesión del servicio al nuevo concesionario con una licitación ordinaria ulterior. Los actos de contratación por emergencia pueden ser objeto de recurso contencioso-administrativo en el que se pida su nulidad y el resarcimiento de daños y perjuicios como parte de la pretensión, ex artículo 31.2 LJCA.
- 11.6 Resulta aconsejable la denuncia ante la Comisión Nacional de la Competencia (o del correspondiente organismo regulador en su momento a consecuencia de la reforma legal) por falseamiento de la competencia por actos desleales.
- 11.7 Con independencia de las reclamaciones que puedan suscitarse en las impugnaciones singulares, cabe plantearse la inmediata reclamación patrimonial de daños y perjuicios frente a cada municipio –en concepto de responsabilidad extracontractual por actuación ilegal- a consecuencia de los daños producidos para el conjunto a resultados del abandono de la mancomunidad, con advertencia de que estos daños no se generan por funcionamiento normal, sino anormal, y mediando culpa y negligencia graves, por lo que se deducirán en su momento las correspondientes responsabilidades personales de todos los intervinientes. En cuanto acción autónoma que es, podría ejercitarse de inmediato, sin aguardar a que el daño sea declarado ilegal. Ello no obsta a que, caso de no prosperar, lo que parece

previsible mientras no cambie la composición de la Corporación local respectiva, se ejerza esa acción en un momento ulterior.

11.8 Todo ello supone que el ayuntamiento correspondiente deba soportar las consecuencias económicas de unos daños producidos a MAS y *GLAHS*A, por los distintos conceptos enumerados. Ahora bien, como se ha expuesto, el ordenamiento jurídico prevé la posibilidad de que la Administración no soporte, al fin, esos perjuicios, y pueda repetir contra los verdaderos causantes de tales daños. En esta situación, el ayuntamiento tendrá una acción frente al alcalde y concejales que adoptaron los acuerdos que provocaron los daños, al haber actuado con dolo o culpa grave, cuando menos. El inconveniente que supone que el Ayuntamiento decida no instar la oportuna reclamación frente a ellos puede ser salvado con la iniciativa de los vecinos que ejerciten, en los términos del artículo 68 de la LBRL⁶³, las acciones correspondientes. Se trata de una práctica novedosa, ya que los precedentes del ejercicio sustitutorio de acciones, o acciones vecinales, se suelen referir a cuestiones patrimoniales, pero no existe razón objetiva para restringir el término “derecho” del precepto exclusivamente a las mismas. Al contrario, cobra sentido propio en casos como el presente, donde el interés del equipo de gobierno de la corporación es incompatible en la práctica con que el ayuntamiento le exija responsabilidades.

11.9 El problema de un servicio como el agua, por su propia naturaleza, excede en mucho de los términos municipales. Le es esencial la supramunicipalidad. También desde una perspectiva económica, una economía de escala obliga a un planteamiento de mayor alcance. Quiérese decir que si fracasa la fórmula del servicio mancomunado el problema adquirirá una dimensiones que las Administraciones superiores habrán de afrontar. Aquí no está en juego sin más la

⁶³ 1. Las Entidades locales tienen la obligación de ejercer las acciones necesarias para la defensa de sus bienes y derechos.

2. Cualquier vecino que se hallare en pleno goce de sus derechos civiles y políticos podrá requerir su ejercicio a la Entidad interesada. Este requerimiento, del que se dará conocimiento a quienes pudiesen resultar afectados por las correspondientes acciones, suspenderá el plazo para el ejercicio de las mismas por un término de treinta días hábiles.

3. Si en el plazo de esos treinta días la entidad no acordara el ejercicio de las acciones solicitadas, los vecinos podrán ejercitar dicha acción en nombre e interés de la Entidad local.

4. De prosperar la acción, el actor tendrá derecho a ser reembolsado por la Entidad de las costas procesales y a la indemnización de cuantos daños y perjuicios se le hubieran seguido.

supervivencia de una mancomunidad, ni la de los municipios que lo integran, con las graves consecuencia que ya de suyo ello pueda tener.

- 11.10 Por ello, al margen de las referidas actuaciones, cabe añadir la conveniencia de la presentación de una solicitud ante la Administración de la Junta de Andalucía para que actúe en los términos a que se refiere el art. 76.3 LALA, en cuya virtud “(e)n los supuestos de separación en los que resulten deudas, obligaciones y gastos sin satisfacer de un municipio a favor de la mancomunidad, previo acuerdo adoptado por el órgano de representación municipal, la mancomunidad podrá solicitar a la Administración de la Junta de Andalucía la retención de las cantidades que correspondiese entregar a favor de aquel, por una cuantía igual al importe adeudado, así como su ingreso compensatorio en la hacienda de la mancomunidad.” Con independencia del uso de los procedimientos establecidos a tal efecto, cabe igualmente plantear la cuestión ante el Fondo de Participación de las Corporaciones Locales en los Tributos de la Comunidad Autónoma de Andalucía, a que se refiere el art. 2 de la Ley 6/2010, de 11 de junio, reguladora de la participación de las Corporaciones Locales en los Tributos de la Comunidad Autónoma de Andalucía.
- 11.11 En igual sentido, cabría agotar las opciones que ofrece el propio art. 26.4 de los Estatutos de la MAS, a tenor del cual “el Presidente podrá solicitar de los órganos de la Administración Central, Autonómica o Provincial, la retención de las cuotas pendientes, con cargo a las cantidades que por cualquier concepto fueran liquidadas a favor del Ayuntamiento deudor a fin de que se las entregue a la Mancomunidad.” No es, por tanto, sólo a estos efectos Administración superior la autonómica, sino la provincial y la General del Estado.
- 11.12 Esta solicitud habría de interesarse de inmediato, sin que por otra parte sea óbice la fecha de la Ley o de los Estatutos (art. 26.4) para que prospere esta vía. Ha de notarse que la vía judicial, además de su lentitud, se sitúa en el plano “quirúrgico”, puntual, y “ex post”; de ahí la conveniencia de la actuación de la Administración superior,

cuyos efectos pueden ser cautelares o preventivos y, desde luego, de carácter sistemático o generalizado.

11.13 Ha de añadirse, por otro lado, que a la vista de la manifiesta ilegalidad de las actuaciones consideradas y de la inobservancia de las obligaciones derivadas de la pertenencia a la mancomunidad, a las Administraciones superiores (provincial, autonómica y central) no les ha de suponer especial dificultad asumir la legitimidad de los actos de liquidación de la Mancomunidad.

11.14 Constituye, en fin, un argumento de peso para estas Administraciones la advertencia de que estas actuaciones municipales requieren una pronta e inmediata racionalización, puesto que la prestación de los servicios, ahora mancomunados, representará en breve un problema que éstas habrán de resolver.

RESUMEN

Acción, reclamación, denuncia o solicitud	Órgano	Objeto
<p><i>Solicitud de información, a título personal, y, en particular, del grupo municipal al equipo de gobierno del respectivo ayuntamiento de una completa información de conjunto y de cada una de las actuaciones municipales, así como la específica motivación técnica sobre la separación y la opción por la gestión indirecta:</i></p> <ul style="list-style-type: none"> - <i>Informes económicos acerca de la ponderación de los costes de separación y de los costes de la gestión indirecta del servicio;</i> - <i>Análisis de criterios de mejora del servicio en el período contemplado.</i> - <i>Criterios de mejora del servicio que motivan o justifican el cambio (además de los que refrenden la viabilidad económica de la operación).</i> - <i>El estado de cuentas antes, en y después, en relación con la prestación del servicio en cuestión.</i> - <i>Las relaciones previas que se han mantenido con la empresa que ha resultado adjudicataria: entrevistas, acuerdos, negociaciones, personas que han intervenido.</i> - <i>Sobre la contratación: ¿quién ha redactado materialmente los pliegos?</i> - <i>¿cuál ha sido el proceso de selección del contratista? ¿quiénes han sido los técnicos y expertos que han participado en el proceso de selección?</i> - <i>Razones por las que resultan análogos o iguales los argumentos, las declaraciones, los tiempos, los textos y el adjudicatario.</i> - <i>Si se ha remitido el contrato al Tribunal de Cuentas (u órgano externo de fiscalización de la Comunidad Autónoma), en los términos que dispone el art. 29 de la Ley de Contratos del Sector Público</i> 	<p>Respectivo ayuntamiento</p>	<p>Asegurar la transparencia y publicidad como forma de control, así como el debate político acerca de la operación en su conjunto, y sus consecuencias.</p> <p>Difusión: webs, <i>dossier</i> de prensa, etc.</p> <p>La falta de expediente (en el sentido más amplio del término), que es lo que pondrá de manifiesto la reclamación de tales documentos, servirá de prueba indiciaria de los vicios que aquí se han analizado: indebido y abusivo ejercicio de la potestad de separación; desviación de poder; falta de motivación y proporcionalidad; ilegalidad de la contratación administrativa.</p>

<p>Reclamación de responsabilidad contractual</p>	<p>Agotamiento de vía administrativa</p> <p>Recursos jurisdiccionales contencioso administrativos</p>	<p>Exigir el cumplimiento del convenio y el resarcimiento de daños por la separación.</p> <p>El contenido de los perjuicios viene tasado, en lo esencial, en el propio convenio.</p>
<p>Reclamación de responsabilidad personal</p>	<p>Instar al municipio a que lo haga</p> <p>Ejercicio de acciones municipales por concejales y vecinos</p>	<p>Que el coste de los perjuicios sobre el municipio se traslade, a posteriori, sobre los responsables</p>
<p>Reclamación patrimonial por daños y perjuicios causados a la Mancomunidad a consecuencia de una actuación ilegal (posible de inmediato y ulteriormente)</p>	<p>Ante la Administración causante del daño</p> <p>En el ulterior recurso jurisdiccional contencioso administrativo</p>	<p>Acción resarcitoria inmediata y/o una vez declarada la ilegalidad de todas o cada una de las actuaciones.</p>

<p>Denuncia por <i>GLAHSA</i> (inmediata)</p>	<p>Comisión Nacional de la Competencia</p>	<p>Investigación e instrucción de expediente sancionador por falseamiento de la competencia por actos desleales.</p>
<p>Solicitud de la Mancomunidad (inmediata)</p>	<p>Administración autonómica andaluza. Administración provincial de Huelva.</p>	<p>Retención de cantidades a favor del ayuntamiento e ingreso compensatorio en la hacienda de la mancomunidad</p>

<p>(No cabe actuación directa ante el Tribunal de Cuentas)</p> <p>Promover la fiscalización de la contratación de emergencia por el órgano de fiscalización externo: Cámara de Cuentas</p>	<p>Cámara de Cuentas de Andalucía, y, ulterior y eventualmente, Tribunal de Cuentas</p>	<p>Garantizar con la debida publicidad la fiscalización externa del contrato de emergencia y apurar las posibilidades de exigencia de responsabilidades por perjuicios a cada ayuntamiento, en su caso.</p>
<p>Denuncia (Mancomunidad)</p>	<p>Comisión Europea</p>	<p>Dirección General de la Competencia- No es el camino apropiado (no se trata de ayuda de Estado, ni de fusión, por ejemplo, con impacto comunitario). No obstante, se podría presentar por parte de la Mancomunidad para que la Comisión, aunque no lo tramite, pueda advertir al Gobierno español de la denuncia.</p>
<p>Denuncia (Mancomunidad)</p>	<p>Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas (Junta Consultiva de Contratación)</p>	<p>Denunciar sobre la posibilidad de que se abra procedimiento para declaración de prohibición de contratación contra las empresas adjudicatarias, en virtud del art. 49 y ss. de la LCSP.</p> <p>Se trata de una vía un tanto forzada, aunque puede tener la utilidad cuando menos de que se abran diligencias informativas y se llame la atención del Ministerio.</p>

Denuncia (mancomunidad)	Ministerio de Hacienda y Administraciones públicas	Denuncia de la Mancomunidad acerca del incumplimiento de los eventuales planes de ajuste de los municipios, como consecuencia de la operación emprendida. La denuncia se puede presentar por escrito, y telemáticamente.
Recursos contra los actos de separación municipal de la mancomunidad sin seguir procedimiento y requisitos económicos	Ante el ayuntamiento en su caso, y ante la Jurisdicción contencioso administrativo	Que la separación se realice con los requisitos legales, estatutarios y convencionales pactados
Recursos contra los actos e incidentes de los procedimientos de lesividad, singularmente la suspensión del artículo 104 Ley 30/1992	Ante el Ayto., o en su caso, Jurisdicción Contencioso Administrativa	Obtener la suspensión de la suspensión. Obtener la anulación de las suspensión Obtener resarcimiento de daños y perjuicios. Argumento para paralizar contrataciones de emergencia

12. SOBRE LA RESPONSABILIDAD PENAL

- 12.1 El Derecho Penal representa la “ultima ratio” de todo ordenamiento jurídico democrático. Con el Derecho Penal se intentan solucionar los desarreglos que el ordenamiento no ha podido solventar. Por esa naturaleza de última razón, rigen en el derecho penal-desde este punto de vista, y por tanto, al margen de otros muchos- los principios de subsidiariedad e intervención mínima. En cierto modo el derecho penal representa el “fracaso” del resto del ordenamiento jurídico, que no ha podido dar respuesta adecuada a determinados “desórdenes”.
- 12.2 Ha quedado expuesto de modo reiterado en el presente dictamen la existencia de una secuencia de actos, que se ha producido, con mayores o menores coincidencias en diversos municipios. Cada acto o actuación, en general, como manifestación de ejercicio de una potestad administrativa de un ayuntamiento genera la correspondiente acción en los interesados que se ven afectados por el mismo. legítimamente éstos plantearán, y de hecho han planteado, los recursos y acciones correspondientes. Así, todos los ayuntamientos han adoptado acuerdos de separación de la mancomunidad y tanto ésta como *GLAHS A* han reaccionado contra ello legalmente. Algunos ayuntamientos han iniciado procedimientos de declaración de lesividad de las concesiones y de los suscripción de acuerdos de estabilidad, frente a ello, MAS y *GLAHS A* han reaccionado en derecho, mediante la interposición de lo oportunos recursos y solicitando las medidas oportunas. Prácticamente todos-ahora depende del momento en que se encuentren-han acudido a la contratación de emergencia, y MAS y *GLAHS A* han realizado alegaciones contra ello, etc.

- 12.3 Sin embargo, tomar cierta distancia, alejarse de la inmediatez de las acciones y reacciones, observar en conjunto, no solo las actuaciones de cada ayuntamiento, sino de todos ellos, y, en fin, contrastar el resultado, al final, único, da lugar a la necesidad de reflexionar sobre su significado y alcance y, en consecuencia, replantear cada acción o actuación de cada ayuntamiento desde la perspectiva de la realización arbitraria del propio derecho.
- 12.4 Tomando esta distancia, y viendo el resultado del conjunto de actuaciones, se observa que el ciclo integral de agua de los ayuntamientos que han iniciado el proceso de separación, o se han desvinculado de MAS, ha sido adjudicado a una misma empresa. En el caso del RSU ocurre lo mismo.
- 12.5 Aun cuando no constituya el objeto del presente dictamen, apuntar la eventual responsabilidad penal de los miembros de la corporación que hayan votado a favor de los acuerdos secuenciados resulta inevitable. La responsabilidad penal es personal. Ni siquiera la cobertura del informe del secretario del ayuntamiento o de asesor jurídico externo alguno permitirá que cabalmente pueda no plantearse la exigencia de responsabilidad criminal.
- 12.6 Como es conocido, la prevaricación -único delito que apuntamos por ser característico- requiere que la violación de la legalidad haya sido grosera, patente y clara, indiscutible, y visible a todas luces por quien la realiza.
- 12.7 La sentencia del Tribunal Supremo de 30 de abril de 2012 compendia la doctrina del Alto Tribunal sobre la prevaricación, poniendo el acento en que:

“...De manera que es preciso distinguir entre las ilegalidades administrativas, aunque sean tan graves como para provocar la nulidad de pleno derecho, y las que, trascendiendo el ámbito administrativo, suponen la comisión de un delito. A pesar de que se trata de supuestos de graves infracciones del derecho aplicable, no puede

identificarse simplemente nulidad de pleno derecho y prevaricación. En este sentido, conviene tener presente que en el artículo 62 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre (RCL 1992, 2512 , 2775 y RCL 1993, 246) , del Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común , se contienen como actos nulos de pleno derecho, entre otros, los que lesionen el contenido esencial de los derechos y libertades susceptibles de amparo constitucional; los dictados por órgano manifiestamente incompetente; los dictados prescindiendo total y absolutamente del procedimiento y los que sean constitutivos de infracción penal o *se dicten como consecuencia de ésta* , lo que revela que, para el legislador, y así queda plasmado en la Ley, es posible un acto administrativo nulo de pleno derecho por ser dictado por órgano manifiestamente incompetente o prescindiendo totalmente del procedimiento, sin que sea constitutivo de delito (STS 766/1999, de 18 de mayo (RJ 1999, 3823)). No basta, pues, con la contradicción con el derecho. Para que una acción sea calificada como delictiva será preciso algo más, que permita diferenciar las meras ilegalidades administrativas y las conductas constitutivas de infracción penal. Este *plus* viene concretado legalmente en la exigencia de que se trate de una resolución injusta y arbitraria, términos que deben entenderse aquí como de sentido equivalente. La ilegalidad penal es, pues, suplementaria de la administrativa.(...)Puede decirse, como se hace en otras sentencias, que tal condición aparece cuando la resolución, en el aspecto en que se manifiesta su contradicción con el derecho, *no es sostenible mediante ningún método aceptable de interpretación de la Ley* (STS 1497/2002, de 23 septiembre (RJ 2002, 8169)), o cuando falta una fundamentación jurídica razonable distinta de la voluntad de su autor (STS núm. 878/2002, de 17 de mayo (RJ 2002, 6387)) o cuando la resolución adoptada -desde el punto de vista objetivo- no resulta cubierta por ninguna interpretación de la Ley basada en cánones interpretativos admitidos (STS 76/2002, de 25 de enero (RJ 2002, 3568)). Cuando así ocurre, se pone de manifiesto que la autoridad o funcionario, a través de la resolución que dicta, no actúa el derecho, orientado al funcionamiento de la Administración Pública conforme a las previsiones constitucionales, sino que hace efectiva su voluntad, sin fundamento técnico-jurídico aceptable. Además, es

necesario que el autor actúe a sabiendas de la injusticia de la resolución. Los términos injusticia y arbitrariedad, deben entenderse aquí utilizados con sentido equivalente, pues si se exige como elemento subjetivo del tipo que el autor actúe a sabiendas de la injusticia, su conocimiento debe abarcar, al menos, el carácter arbitrario de la resolución. De conformidad con lo expresado en la citada STS 766/1999, de 18 mayo , como el elemento subjetivo viene legalmente expresado con la locución «a sabiendas», se puede decir, en resumen, que se comete el delito de prevaricación previsto en el artículo 404 del Código Penal vigente cuando la autoridad o funcionario, teniendo plena conciencia de que resuelve al margen del ordenamiento jurídico y de que ocasiona un resultado materialmente injusto, actúa de tal modo porque quiere este resultado y antepone el contenido de su voluntad a cualquier otro razonamiento o consideración. Será necesario, en definitiva, en primer lugar, una resolución dictada por autoridad o funcionario en asunto administrativo; en segundo lugar que sea contraria al Derecho, es decir, ilegal; en tercer lugar, que esa contradicción con el derecho o ilegalidad, que puede manifestarse en la falta absoluta de competencia, o en el propio contenido sustancial de la resolución, sea de tal entidad que no pueda ser explicada con una argumentación técnico-jurídica mínimamente razonable; en cuarto lugar, que ocasione un resultado materialmente injusto, y en quinto lugar, que la resolución sea dictada con la finalidad de hacer efectiva la voluntad particular de la autoridad o funcionario, y con el conocimiento de actuar en contra del Derecho.

12.8 Pues bien, estos criterios, volcados sobre los actos de los ayuntamientos permiten ver que su transcendencia puede superar, con mucho, la ilegalidad administrativa para traspasar las fronteras penales.

12.9 Tan es así que los responsables de la Mancomunidad difícilmente podrían eludir el mandato contenido en los artículos 259 (El que presenciare la perpetración de cualquier delito público está obligado a ponerlo inmediatamente en conocimiento del Juez de Instrucción de Paz, Comarcal o Municipal o Funcionario Fiscal más próximo al

sitio en que se hallare, bajo la multa de 25 a 250 pesetas) y 262 (Los que por razón de sus cargos, profesiones u oficios tuvieren noticia de algún delito público, estarán obligados a denunciarlo inmediatamente al Ministerio Fiscal, al Tribunal competente, al Juez de instrucción y, en su defecto, al municipal o al funcionario de policía más próximo al sitio, si se tratare de un delito flagrante. Los que no cumplieren esta obligación incurrirán en la multa señalada en el artículo 259, que se impondrá disciplinariamente. Si la omisión en dar parte fuere de un Profesor en Medicina, Cirugía o Farmacia y tuviese relación con el ejercicio de sus actividades profesionales, la multa no podrá ser inferior a 125 pesetas ni superior a 250. Si el que hubiese incurrido en la omisión fuere empleado público, se pondrá además en conocimiento de su superior inmediato para los efectos a que hubiere lugar en el orden administrativo. Lo dispuesto en este artículo se entiende cuando la omisión no produjere responsabilidad con arreglo a las Leyes) de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

12.10 En efecto, la secuencia de actos misma y la cercanía en el tiempo a los actos de sentido diametralmente opuesto, la coincidencia en los métodos y procedimientos entre los ayuntamientos, la copia literal de los acuerdos de unos municipios respecto de otros, la falta de expresión de la norma infringida en los procedimientos de declaración de lesividad, y la falta de motivación del acuerdo de suspensión, el recurso a la contratación de emergencia por sí mismo y, cuando, además, existen pronunciamientos judiciales que avalan que no existe una situación imprevista⁶⁴, y que el beneficiario último sea la misma empresa⁶⁵, permite apuntar no solo un delito de prevaricación, sino hechos que pueden encerrar diversos delitos relacionados con la corrupción, por los que una empresa, a través de contrataciones irregulares, consigue la gestión del ciclo del agua de las poblaciones de una provincia.

12.11 Una denuncia, debidamente documentada, a la Fiscalía General del Estado, concretamente a la Fiscalía Especial de Delitos Económicos relacionados con la Corrupción⁶⁶ puede ser la herramienta idónea

⁶⁴ Sentencias TSJA Social de 31 de mayo de 2012, 22 de febrero de 2012.

⁶⁵ AQUALIA, Moguer, Lepe en un primer momento: Valverde del Camino, ...

⁶⁶ Artículo 19 del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal: Cuatro. La Fiscalía contra la Corrupción y la Criminalidad Organizada practicará las diligencias a que se refiere el artículo Cinco de esta Ley e intervendrá directamente en procesos

para poner en conocimiento de la autoridad los hechos y cumplir con la obligación de denuncia.

13. RECAPITULACIÓN

13.1 Antes de proceder a exponer el resumen ejecutivo y las conclusiones finales, conviene recapitular cuanto ha quedado dicho en unas breves líneas:

13.2 La crisis económica y financiera no justifica los medios elegidos:

Para allegar fondos a la hacienda municipal no es lícito, primero, causar un grave daño al conjunto, a los demás municipios mancomunados (tanto en términos económicos, como en lo que hace a la viabilidad de los servicios esenciales); segundo, determinar unilateralmente el impago e incumplimiento de las obligaciones y deberes asumidos; tercero, contratar sin respeto a los principios elementales de la contratación administrativa.

13.3 La vulneración de las reglas de juego más básicas trae consecuencias de todo orden (económico, financiero, de calidad y competitividad): para la mancomunidad; para el mercado y la calidad y coste del servicio; para las haciendas municipales de los municipios separados; para las autoridades y el personal interviniente.

penales, en ambos casos siempre que se trate de supuestos de especial trascendencia, apreciada por el Fiscal General del Estado, en relación con:

- b) Delitos de prevaricación.
- c) Delitos de abuso o uso indebido de información privilegiada.
- d) Malversación de caudales públicos.
- e) Fraudes y exacciones ilegales.
- f) Delitos de tráfico de influencias.
- g) Delitos de cohecho.
- h) Negociación prohibida a los funcionarios.
- i) Defraudaciones.
- k) Alteración de precios en concursos y subastas públicos.
- l) Delitos relativos a la propiedad intelectual e industrial, al mercado y a los consumidores.
- o) Delitos de corrupción en el sector privado.
- p) Delitos conexos con los anteriores.

Esa forma de proceder, pues, genera graves daños económicos y materiales al resto de los municipios; y rompe la competencia del mercado del agua al adjudicar contratos sin concurso.

Las primeras consecuencias –las que se infieren del grave daño económico infligido a la mancomunidad- podrían repercutir en su misma supervivencia, en la prestación efectiva de los servicios mancomunados.

Ello supondrá, habida cuenta la esencialidad del servicio, operaciones más costosas, bien de los propios municipios afectados, bien de las Administraciones superiores. Los efectos económicos y financieros de esta forma ilícita de actuar son trascendentes, aunque ahora no puedan evaluarse en sus propios términos.

Las segundas consecuencias –las derivadas de la adjudicación sin concurso- supondrán inevitablemente, habida cuenta el falseamiento de la competencia, la quiebra de la garantía que subyace a la contratación administrativa, a saber: la prestación del mejor servicio, al mejor precio. La experiencia acredita –por decirlo en términos coloquiales- no ya sólo que nadie da duros a pesetas, sino que la falta de competencia degenera en peor servicio y a peor precio. A corto, medio o largo plazo surtirán esos efectos, siendo tanto más graves cuanto más se repercutan sobre las generaciones siguientes, con vulneración del postulado elemental de la justicia generacional.

- 13.4 *La crisis económica y financiera no justifica los fines a perseguir*: la obtención de financiación a través de una contratación ilegal.

RESUMEN EJECUTIVO Y CONCLUSIONES

INTRODUCCIÓN. OBSERVACIÓN PRELIMINAR

- A resultas de cuanto antecede, cabe resumir, respecto de las consultas planteadas en el presente dictamen, lo que sigue.

- Antes, sin embargo, conviene reiterar que no se hallan en cuestión la facultad del municipio para separarse voluntariamente de una Mancomunidad, ni, tampoco, *a priori*, la legitimidad para optar por un régimen de gestión indirecta en la prestación de un servicio. Estas son cuestiones que no suscitan problema jurídico alguno *en abstracto*. No es eso lo que aquí se examina, por tanto, sino, más bien, si *en el caso concreto* se han respetado las reglas de juego. De ahí que el pleno reconocimiento de la autonomía municipal para una y otra cosa no obste en modo alguno, antes al contrario, para indagar las dos cuestiones en liza: el “sí” y el “cómo”, esto es, si aquí concurren o no las circunstancias justificativas para adoptar tales decisiones, y, en caso afirmativo, *cómo* ha de ejercerse la separación, primero, y la contratación del servicio, después.

Por elemental que sea este distingo, no parece, sin embargo, haberse tenido siempre en cuenta en el debate jurídico que algunos municipios han suscitado, bien internamente, bien ante la Mancomunidad y GIAHSA.

A nuestro juicio, esa disección resulta oportuna a efectos metodológicos. Primero, hemos de examinar si resulta o no procedente el ejercicio del derecho de separación; y, después, si en la forma en que se ha ejercido se han observado los parámetros jurídicos establecidos en la legislación, en los estatutos y en los acuerdos previamente adoptados.

- Ahora bien, ha de notarse que la (indebida) forma de ejercer el precitado derecho, de un lado, y, de otro, las actuaciones que le han seguido (lesividad y suspensión de la concesión demanial, o/y contratación de emergencia, por simbolizarlas todas en estas secuencias fundamentales) forman en el caso concreto un *conglomerado*, cuando no un conjunto de acciones insertas en una relación de causa y efecto. Es más, *parece claro que de haberse ejercido el derecho de separación conforme a la legalidad vigente, no habría sido necesario acudir a esas técnicas*. Y, a la inversa, *de no buscarse, como parece pretenderse, la adjudicación del servicio a una concreta empresa, no se habría ejercido el derecho de separación, pues poca justificación podría tener, ni, menos aún, se habría recurrido a una adjudicación tan directa y falta de toda garantía de concurrencia* (emergencia). Y, por lo mismo, de no derivarse ciertas ventajas económicas, que pasan, para ser tales, por el incumplimiento de los deberes y obligaciones económicas que el municipio mantiene con la MAS, no se habría iniciado este camino.

Adelantemos que el presupuesto mismo para el ejercicio del derecho y los medios elegidos para consumir la operación, con las variables de cada municipio (actuaciones preparatorias, lesividad, suspensión, contratación de emergencia), adolecen, en términos generales, de numerosos vicios de ilegalidad. *No es ya, pues, que el fin no justifique los medios, sino que los medios elegidos ponen en cuestión la bondad del fin mismo*.

- El RESUMEN EJECUTIVO sigue la estructura del cuerpo del DICTAMEN: primero, se sintetizan las condiciones para que la decisión primera en el tiempo –la de separarse de la Mancomunidad– responda a las exigencias legales y estatutarias (núm. I y II). Segundo, se recuerdan los parámetros de legalidad de la declaración de lesividad y de la suspensión a ella anudada. Tercero, se hace lo propio respecto de la contratación, haya sido o no precedida de una declaración, y sea o no de emergencia. Cuarto, se examina el falseamiento de la competencia por actos desleales (en primer término, por parte de la empresa adjudicataria) y desconocimiento de los criterios sobre la transparencia en la contratación (por parte de los municipios). Quinto, se exponen las distintas responsabilidades (extracontractual y personal) a que da lugar la operación emprendida (más allá de la elemental responsabilidad contractual que se deriva de lo legalmente establecido y acordado en caso de separación). Sexto, se exponen los criterios en vigor en lo que hace al buen gobierno y a la estabilidad presupuestaria. El RESUMEN termina con las CONCLUSIONES FINALES.

Consideraciones preliminares. Fundamentos jurídicos básicos

Habida cuenta la naturaleza transversal que tienen para las cuestiones suscitadas ciertas exigencias jurídicas, se hace necesario recordar los siguientes principios y fundamentos básicos de nuestro sistema de Derecho Público, expresión todos ellos de que *discrecionalidad* (y autonomía) no son sinónimo de capricho, ni, menos aún, de *arbitrariedad*⁶⁷:

- Las potestades administrativas (discrecionales) deben ejercerse *de conformidad con los fines que las justifican*.⁶⁸
- Las potestades administrativas (discrecionales) han de ejercerse en términos de *racionalidad, ponderación y proporcionalidad*.
- Las potestades administrativas (discrecionales) han de ejercerse *motivadamente*.
- Las potestades administrativas (discrecionales) han de ejercerse de conformidad con los *procedimientos administrativos* establecidos y con plena observancia de las reglas y preexpuestos previos que las legitiman.

⁶⁷ Art. 9.3 C.E.: principio de interdicción de la arbitrariedad. Art. 9.1 y 53.1, 103.1 C.E.: sujeción de la acción de todos los poderes públicos, y en particular de la Administración, también la local, a la Ley y al Derecho. La discrecionalidad, ha dicho siempre la mejor doctrina, se asienta *sobre una base normativa y dentro del marco que la norma* haya establecido.

⁶⁸ Jurisprudencia constante. Véase, a mero título de ejemplo, SSTSJ de Navarra, de 28 de septiembre de 2004, fundamento jurídico 3º;

I. EL DERECHO DE SEPARACIÓN ESTÁ SUJETO A TODO UN CONJUNTO DE CONDICIONES Y PROCEDIMIENTOS QUE HAN PRETENDIDO OBLIARSE MEDIANTE ARTIFICIOS (TÉCNICAS UNILATERALES), CARENTES DE FUNDAMENTO Y LEGITIMIDAD. EL ABANDONO POR “VÍA DE HECHO” DE LA MANCOMUNIDAD SE HALLA EN LA BASE DE LA CADENA DE ACTOS ILEGALES SUBSIGUIENTES.

a. El *planteamiento de base* que ha servido de sustrato a las actuaciones municipales consideradas -tendientes a la separación de la Mancomunidad-, con los matices y singularidades que se indican en el cuerpo del DICTAMEN para cada caso, *resulta errado y falto de contexto y perspectiva*. La premisa de partida, en efecto, se ha situado en un punto equivocado, cual es el recurso a *técnicas de Derecho Administrativo de carácter unilateral*, técnicas de policía administrativa, por otra parte, propias en su caso de las relaciones “Administración-ciudadano”, y *no de las relaciones municipio-Mancomunidad*. Declaraciones unilaterales y ejecuciones forzosas –como inicio de la separación-, que se hallan por completo en situación de “fuera de juego” en el concreto y específico contexto examinado.⁶⁹

b. El citado desenfoque no consiste en un mero error de perspectiva en sede teórica, puesto que, nótese bien, *acaba por desembocar en el terreno de la manifiesta ilegalidad*. La separación sin cumplimiento de las más elementales normas, estatutos y acuerdos previos; en su caso, las declaraciones de lesividad y suspensión; y/o las contrataciones de emergencia provocada, son algunas de las manifestaciones más elementales de una manifiesta ilegalidad, en el sentido que da a esta expresión una constante jurisprudencia. Se trata, pues, de un despropósito jurídico que, como se abunda en el DICTAMEN y en el presente RESUMEN EJECUTIVO, no dejará de tener consecuencias jurídicas y económicas de diversa índole, no ya sólo sobre la *objetiva atención del interés general* (la mejor prestación de los servicios concernidos, el interés general aquí), sino sobre la estabilidad presupuestaria de los municipios actuantes por los costes y responsabilidades en que incurrir.

c. En la base o premisa de partida, pues, nos hallamos ante *actuaciones unilaterales, de carácter declarativo y ejecutivo, impropias de un esquema paccionado, que se autoexime a sí mismo* de toda idea de compromiso jurídico, en un entendimiento absoluto, y desbordado, del derecho de separación, incompatible, desde luego, con el ordenamiento jurídico. Escenario éste que, dicho sea respetuosamente, no resiste el análisis jurídico, y su obviedad no hace sino poner de manifiesto que estamos ante una operación por completo ajena a lo que teóricamente se persigue (una mejor y más eficiente prestación del servicio).

d. Para el mejor entendimiento de la problemática planteada, es necesario recordar asimismo las premisas conceptuales sobre las que se asienta una

⁶⁹ Para mayor abundamiento, véase el núm. II siguiente.

mancomunidad. Las mancomunidades son, según definición legal y jurisprudencial, “entes locales de cooperación finalista, naturaleza asociativa y base representativa.” La caracterización de las mancomunidades como entidades locales no ofrece dificultad. Sí lo ofrece, sin embargo, su ubicación en la ordenación de las Administraciones locales, porque de ella depende, en buena medida, la articulación de las relaciones entre los municipios asociados con la asociación, la mancomunidad. La ubicación de las mancomunidades en este sistema solo puede hacerse partiendo de la premisa de que ellas mismas son manifestación de la autonomía local, porque el derecho de asociación es esencial a ésta como se ha visto, en virtud de convenios internacionales. El derecho de asociación de los municipios forma parte de la garantía institucional de la autonomía local. Son los municipios los que crean un ente con personalidad diferenciada para la planificación, establecimiento, gestión o ejecución en común de obras y servicios determinados de competencia propia y le dotan de capacidad jurídica para el cumplimiento de estos fines. En este ámbito, la mancomunidad, se sitúa en un plano superior, o, si se quiere, separado, diferenciado, como la sociedad a los socios para la gestión del objeto social: es de su esencia: el interés de la sociedad está por encima del individual interés de los socios.

Establecida la superioridad de la mancomunidad por su misma naturaleza asociativa, la ley establece, de inmediato, dos elementos de contrapeso: a) las mayorías cualificadas en el proceso de constitución y adhesión y, b) la representatividad: *sus estatutos garantizarán que la composición del órgano de representación municipal asegure la presencia de miembros electos de todos los municipios, sin que ninguno pueda ostentar la mayoría absoluta*⁷⁰.

- e. *Esta forma unilateral de actuar, alejada de todo deber, obligación o regla preestablecidos sobre el modo de separarse resulta nuclearmente contraria a la esencia de la mancomunidades regulada, entre otras, en la Ley de Autonomía Local de Andalucía.* En esta Ley, como en las demás, las mancomunidades constituyen instrumentos de cooperación territorial. Diferentes municipios crean un mecanismo de cooperación para común beneficio, lo cual resulta ser de suyo una manifestación de la autonomía local. La secuencia de actos unilaterales y ejecuciones forzosas adoptadas por un ayuntamiento confronta de forma inmediata a un ente, la mancomunidad, pero de forma mediata a la totalidad de los municipios. Por lo demás, no puede tampoco desconocerse que el “abandono unilateral y ajeno a toda regla jurídica” –puesto que de “separación” en sentido técnico no puede hablarse- tendrá consecuencias dañosas sobre la estabilidad de la mancomunidad, construida por todas las Administraciones integrantes sobre unas mínimas expectativas de estabilidad y continuidad; consecuencias dañosas de las que responderán los municipios causantes del daño, y a la postre los vecinos de cada municipio, lo cual, dicho sea colateralmente, habría de tener en estos momentos la adecuada publicidad y transparencia –de la cadena de decisiones-, como fórmula de control del público en general acerca de lo que el futuro puede depararles a resulta de una decisiones que se adoptan hoy.
- f. *Autonomía y discrecionalidad no es arbitrariedad, ni exención o libertad frente a la Ley y el Derecho* (art. 9.1, 9.3 y 103.1 C.E.). Sorprende que parezcan haberse

⁷⁰ Art. 67 LALA.

confundido, siquiera sea en el plano argumental y a tenor de los instrumentos y técnicas utilizados, las potestades municipales para separarse o no de la Mancomunidad –lo que no cabe cuestionar-, de un lado, con las obligaciones y deberes que han de satisfacerse previamente, y las consecuencias jurídicas y económicas que ello depara, de otro, *como si autonomía municipal significara vivir al margen del Derecho y de los acuerdos que obligan entre las partes*, como a un Estado soberano le obliga un tratado.

- g. *La utilización espuria del “Derecho Administrativo de la decisión unilateral”* contra MAS explica, desde luego, la reacción defensiva de ésta y el dictado de los correspondientes actos administrativos al objeto de asegurar su estabilidad, mediante el cumplimiento de las obligaciones jurídicas contraídas⁷¹. Al fin y al cabo, los municipios han actuado como si no estuvieran sujetos al ordenamiento jurídico, en contra de lo que proclama –innecesariamente por obvio- la propia Constitución (art. 9.1 y 103.1 C.E.), como si el Derecho Administrativo representara un “arma” contra el contrario y en beneficio propio, como si ese “contrario” no fuera una Administración; como si los municipios actuantes no estuvieran sometidos al Derecho Administrativo, que les obliga aquí, de modo manifiesto, a ejercer en su caso el derecho de separación *en las condiciones establecidas*.
- h. *Uso inadecuado de medidas y técnicas* (separación, lesividad, contratación de emergencia) y *fin desviado* (objetivos ajenos a la mejor y más eficiente prestación del servicio, como ha habido ocasión de abundar y luego se reitera) se presentan inescindiblemente unidos, *y se prueban recíprocamente*. El modo en que se ha producido, o se está produciendo, la separación en los municipios considerados resulta significativa. Sin perjuicio de cuanto luego se dirá, el mismo punto de partida y las actuaciones subsiguientes a las que se hace referencia en los epígrafes respectivos, incursas en abierta ilegalidad (lesividad, suspensión, emergencia) no hacen sino fortalecer las consecuencias indemnizatorias, tanto en concepto de responsabilidad patrimonial (contractual y extracontractual), cuanto de carácter personal (en su caso, civil, administrativa o penal).
- i. Con independencia de las circunstancias concurrentes en cada uno de los casos⁷², es preciso señalar con carácter general que el acuerdo de separación de una Mancomunidad, en cuanto sujeto al Derecho Administrativo (interpretado de conformidad con la Constitución y el Derecho Comunitario, entre otros referentes estructurales), ha de respetar determinados principios básicos, tanto en lo que respecta a *si* resulta o no procedente (por concurrir en suma un presupuesto habilitante), cuanto en lo que se refiere, despejada en sentido positivo la primera cuestión, a la *forma* en la que ésta puede llevarse a cabo. Son, pues, dos cuestiones que, desde una perspectiva jurídica, han de ser resueltas: *si* es posible separarse, y *cómo* ha de procederse a esa separación.

⁷¹ Resolución de MAS de 14 de junio de 2012.

⁷² La situación de los municipios a que se refiere la consulta tiene algunas diferencias, y acompañan distintos ritmos, aunque se observan pautas comunes y documentos de idéntico contenido (vgr. Decretos de inicio del procedimiento de separación de Cartaya o Higuera de la Sierra).

- j. Por lo que hace a la primera cuestión, es de observar que por muy “libre” (discrecional) que fuere la decisión municipal, y por muy amparada que esté en la autonomía local⁷³, habrá de observar, como *todo poder público* (legislador, ejecutivo y judicial) un conjunto de criterios de honda raigambre en el Derecho público (constitucional, administrativo y, desde luego, europeo), entre los que cabe recordar ahora, por vía de síntesis, los siguientes:

- i. La decisión de separarse no ya sólo no puede ser arbitraria (caprichosa), sino que, dicho en positivo, debe de ser racional o racionalizable o, lo que es lo mismo, basada en la ponderación de todos los intereses en presencia, de las ventajas e inconvenientes; y, por tanto, sustentada en una información suficiente, fiable y consistente; y -por consecuencia y conexión- transparente y motivada;
- ii. La decisión ha de ser proporcionada a las causas que la justifican, en la medida en que produzca, como aquí sucede, un impacto negativo sobre otros conjunto de intereses jurídicos dignos de protección; la respuesta ante un problema o unas circunstancias fácticas no puede ser desproporcionada, falta de equilibrio, innecesaria o excesiva;
- iii. La decisión ha de responder a los fines y objetivos que dice perseguir, y no otros, esto es, no puede incurrir en desviación de poder, utilizando las potestades (aquí, de separación) para fines ajenos a la prestación del servicio⁷⁴; las potestades atribuidas al municipio, como a toda Administración, han de ser ejercidas al servicio objetivo de los intereses generales (art. 103.1 C.E.).
- iv. Por decirlo más simplemente, no cabría hacer uso de las potestades discrecionales del municipio para separarse de la mancomunidad por capricho, por causas ajenas a las necesidades del servicio, con mala fe, o falseando la competencia, por ejemplo. Más claro aún: una Administración no puede decidir “lo que quiera” mientras cuente con la mayoría adecuada: toda decisión se mueve dentro de un perímetro o campo de juego, que no puede desbordar.

- k. En lo que concierne al ejercicio del derecho de separación, no puede haber duda acerca de que se trata, como todos, de ***un derecho que no es absoluto***, sino limitado, esto es, sujeto a condiciones y reglas. Es ésta una cuestión que no admite controversia jurídica, no ya sólo en términos generales, sino en un plano más específico, a la luz de la legislación aplicable, de los estatutos y de los acuerdos adoptados.
- l. Dos observaciones conclusivas se desprenden de cuanto se ha dicho por referencia al caso examinado:

- i. no se ha invocado **razón** alguna *suficiente o proporcionada para ejercer el derecho de separación* (i);
- ii. y aun cuando, por hipótesis, hubiere razones para ello, ***el derecho, para ser tal, y no mero uso de la fuerza, ha de discurrir por los cauces establecidos.***

⁷³ Ni es tan libre esa decisión, puesto que no puede estar basada en el capricho, sino en referentes objetivables, ni la discrecionalidad es arbitrariedad, ni autonomía es soberanía, siendo así que aun un Estado soberano no puede denunciar un Tratado si no es en las condiciones establecidas.

⁷⁴ En su caso, y a mero título de ejemplo, los anticipos de canon en la contratación de emergencia constituirían una prueba de la desviación de poder. Ésta, como luego se reitera y se ha puesto de relieve antes, se sustenta sobre un conjunto de indicios.

Para un correcto ejercicio del derecho, en efecto, es necesario satisfacer previamente las obligaciones y deberes que se hayan establecido. No es razón suficiente la mera discrepancia –sea acerca de la tasa, de la valoración de los bienes concesionados, de la calidad del servicio, entre otras justificaciones posibles- para “abandonar” la mancomunidad, sin más.

En todo caso, el derecho de separación está, como se ha reiterado, sometido a unas reglas que han de satisfacerse *previamente*. En este esquema, como ha quedado dicho, carece de toda lógica el empleo de la “fuerza” de las técnicas unilaterales del Derecho Administrativo, primero, para separarse fácticamente –desbordando los límites del derecho y del Derecho-, después, es decir, para burlar las obligaciones y deberes asumidos con su incorporación, igualmente libre, y expresión del ejercicio en su día de la autonomía local.

Para el ejercicio del derecho es relevante, primero, la manifestación de la voluntad de separar el municipio de la Mancomunidad, lo que no ha planteado dudas en los casos considerados, y, segundo, ***cumplir las condiciones y requisitos inherentes al ejercicio mismo del derecho***.

- m. Extramuros del ejercicio del derecho de separación, se han situado otras actuaciones subsiguientes, de las que se ha hecho uso en mayor o menor medida, tales como la declaración de lesividad de la concesión sobre los bienes demaniales y suspensión de la misma, o, desde luego, la contratación de emergencia.
- n. ***Necesidades artificialmente creadas***. Dicho de otro modo, de haberse ejercido propiamente el derecho de separación, no habría sido “necesario” acudir a ninguna de las acciones ulteriores. Así, por ejemplo, la “urgencia” la provoca el municipio que literalmente abandona sin más la mancomunidad, más que separarse de ella; impide la prestación del servicio; para, acto seguido, adjudicar el contrato sin las garantías más elementales a una empresa, cuyas actuaciones, por otra parte, han de ser objeto de la adecuada investigación. Esta acción –carente de todo presupuesto legitimante-, como sucede con el recurso a la lesividad –fuera de todo contexto en el escenario que aquí se considera- *no habrían sido utilizadas de haberse actuado con sujeción a Derecho* a la hora de resolver acerca de la separación.
- o. ***El abandono como causa, o vicio en origen, de una secuencia de actos ilegales***. La *ilegalidad de las actuaciones consideradas* (lesividad, suspensión, contratación de emergencia) no resulta ser sino *consecuencia de un punto de partida que se localiza fuera del perímetro del derecho*. Se fuerzan, para compensarlo, técnicas que no sirven para el caso (lesividad, contratación en emergencia), lo que no hace sino sumar a la ilegalidad primaria, las subsiguientes. La elasticidad de las técnicas jurídicas tiene un límite, que aquí ha sido, sencillamente, desbordado de modo abusivo. *Ninguna de las razones aducidas en ningún caso legitima*, como más abajo se reitera, *ninguna de las actuaciones subsiguientes*.
- p. Adviértase, en fin, que el camino elegido para separarse, como puede colegirse de cuanto seguidamente se advierte, pone en cuestión –abiertamente- la ***racionalidad*** de la decisión en sí misma considerada. Con

carácter general y previo, y con las salvedades hechas en el cuerpo del dictamen, cabe apreciar que las “cuentas” hechas –en todos los sentidos de la expresión- para decidir la separación, *no han considerado numerosos elementos, o los han considerado con la intención de sustraerse a ellos*, puesto que, de lo contrario, difícilmente podría haberse adoptado tal decisión. *Irracionalidad basada en una deficiente ponderación.*

- | |
|--|
| <p>i. Primero, porque los costes de la operación de separarse anticipadamente pueden contradecir la racionalidad en sí misma, habida cuenta su cuantía, y más aún con las razones esgrimidas; costes, por otra parte, en su día asumidos para incorporarse a la mancomunidad, en uso de su autonomía municipal, y costes en su día acordados en caso de separación, igualmente amparados en la autonomía local.</p> <p>ii. Segundo, porque la decisión parece fundarse, en cuanto a “cuentas” se refiere, a su vez en una decisión previa –cuando menos implícita- de no hacer frente a esos costes libremente asumidos y acordados, de no satisfacer ninguna obligación legalmente establecida, de no hacerse cargo de la responsabilidad contractual que la ley garantiza y, lo que es más grave, de la responsabilidad extracontractual por los daños generados por la ilegal forma de abandonar la mancomunidad, con grave afectación a su estabilidad. En otras palabras: se trata de “cuentas” incompletas, de un relato al que le faltan conscientemente varios capítulos. Lo que supone que la <i>decisión en sí misma esté viciada en origen</i> ya que carece de la ponderación de los elementos fácticos que la sustentan. La discrecionalidad, no se olvide, se mueve en el plano de las resoluciones –de la consecuencia jurídica-, pero no puede llegar al extremo de cambiar la realidad. Los datos son los que son. Y si no se acredita que han sido valorados, no es ya sólo que falte motivación en la decisión de separación (lo que determina la anulabilidad del acto), es que falta la base misma o presupuesto para su existencia. La decisión, cuando menos implícita, de no asumir costes y responsabilidades vicia por su parte al acto por desviación del poder, al margen y con independencia de las responsabilidades personales que de ahí se sigan.</p> <p>iii. Tercero, porque de ser bienintencionada y sincera la necesidad del servicio invocada, carecería de toda base racional hacerlo con la urgencia con que se ha llevado a cabo; mediante el abandono, en lugar de la separación; mediante el impedimento en la continuidad del servicio para provocar la emergencia; mediante aparentes justificaciones no invocadas en sede oportuna, como se recuerda a continuación.</p> |
|--|
- q. En suma, no es separación de la mancomunidad –ejercicio del correspondiente derecho-, sino abandono con consecuencias dañosas, por cuanto carece del *presupuesto legitimante* (no es racional, sino arbitraria; no responde al fin que dice perseguir, sino a otro desviado; no es proporcionada a las concretas circunstancias); y no ha seguido el *procedimiento establecido* (técnicas unilaterales o “de fuerza”, menosprecio de los órganos colegiados donde tiene plena representación el municipio, incumplimiento previo de las obligaciones asumidas, falta de motivación, etc.).

II. EL MEDIO NATURAL DE “ARREGLO PACÍFICO DE CONTROVERSIAS” SE ENCUENTRA EN EL SENO DE LA MANCOMUNIDAD: EL DERECHO DE SEPARACIÓN SE HA EJERCIDO SIN LEALTAD INSTITUCIONAL, FUERA DE LOS FOROS ESTABLECIDOS. Y ELLO ES PRUEBA ELOCUENTE DE LA ESTRATEGIA CONTRARIA A DERECHO

- a. Desde el momento en que el municipio decide libre y voluntariamente incorporarse a la mancomunidad, se integra en un conjunto –en una Administración- en el que se establecen unas relaciones de carácter cooperativo, de mutua dependencia y recíproca influencia e interacción. Al mancomunarse el servicio se crea una nueva organización, con todas las implicaciones que ello reclama –en punto a recursos humanos y materiales, a inversiones y financiación-. En el contexto del servicio mancomunado, la acción individual de cada municipio, obvio es decirlo, ya no es meramente individual, por sus repercusiones inmediatas y de calado sobre el sistema en su integridad, estabilidad y continuidad. De ahí que el Régimen local, tradicionalmente, haya establecido, primero, una adecuada representatividad de todos los municipios que integran la nueva Administración, y, segundo, las garantías y equilibrios que, sin menoscabo de la libertad de cada municipio para seguir o no cooperando en la prestación del servicio, salvaguarden la viabilidad del sistema. Ello supone, como ha quedado dicho, que el derecho de separación deba ejercerse con unas condiciones y reglas elementales.
- b. Ello entraña, en lo que ahora importa, que sea, por decirlo en términos muy simples, “más difícil salir que entrar”. Y ello por las razones antedichas. En concreto: las justificaciones para separarse han de estar:
 - i. *mejor ponderadas* (costes y beneficios, derechos y deberes, responsabilidades asumidas...);
 - ii. *más justificadas y motivadas*, explicadas en su racionalidad, expresando las razones de verdad, con transparencia;
 - iii. con una clara *argumentación* en derredor de la finalidad que justifica el ejercicio de una potestad discrecional, esto es, *en una más eficiente prestación del servicio*, y no en cuestiones ajenas a ello;
 - iv. con mayor rigor y observancia de las *reglas procedimentales* establecidas (planteamiento en el seno de los órganos colegiados; previo cumplimiento de las obligaciones asumidas, ...).

Siendo una y otra –incorporación y separación- expresión de la *autonomía municipal* y de las *potestades discrecionales* que el ordenamiento jurídico reconoce a los Entes locales, y estando urgidas una y otra, en cuanto manifestación del poder en el seno de un Estado de Derecho, al cumplimiento de principios y criterios elementales⁷⁵, lo cierto es que la segunda –la separación- constituye una decisión que produce *efectos y consecuencias sobre el conjunto de municipios integrados que el municipio ha de evaluar*.

⁷⁵ Como los recordados en el núm. I anterior.

En todo caso, es el legislador el que, en primer término, ya ha hecho una valoración, y el que, por consecuencia, ha obligado a ponderarla al municipio que se encuentra en tal trance, al exigir el *cumplimiento previo* de unos deberes y obligaciones, puesto que desde la creación de la mancomunidad y la incorporación de los municipios, la aprobación de los estatutos y de los acuerdos correspondientes, ningún municipio es ya una pieza suelta que pueda decidir sin más e irresponsablemente. Ni siquiera en este extremo –para debatir estos deberes- se ha hecho uso de los órganos representativos.

- c. Nada de eso ha ocurrido en el presente caso.

Y ello no sólo porque, como acaba de recapitularse⁷⁶, no se hayan aducido razones suficientes, no se haya seguido el procedimiento debido, ni se hayan observado las elementales obligaciones y deberes legalmente establecidas y voluntariamente asumidos, sino también –y es lo que ahora quiere destacarse- porque no se ha hecho intento alguno de hallar solución a los problemas o circunstancias invocadas por algunos municipios como causa pretendidamente justificativa de la separación.

- d. Muy al contrario, algunos municipios han recurrido indebidamente, como ya notábamos, al Derecho Administrativo de las técnicas unilaterales, en lugar del Derecho Administrativo del consenso y del “arreglo pacífico de controversias”.

- e. En efecto, la mancomunidad y, más en concreto, sus órganos de representación, constituyen el *medio natural* de solución de conflictos, de búsqueda de soluciones, de expresión de las discrepancias. Se trata de órganos colegiados con una amplia representatividad (territorial, institucional y política)⁷⁷, a saber: el Pleno y la Comisión Permanente, cuya naturaleza y razón de ser –a diferencia del órgano unipersonal- radica en el debate, el consenso, y la búsqueda de acuerdos⁷⁸. De ahí que quepa en estos órganos y no en otros, dicho sea marginalmente, el voto discrepante. Quiérese decir que la legislación histórica y vigente ha encontrado, implícita o explícitamente, en estos órganos el *cauce normal* para la solución de los problemas que puedan suscitarse. Aún más, el ente instrumental de la MAS, que es GIAHSA, y que de forma inmediata es el que gestiona el servicio de CIA y RSU, también posee unos órganos de gobierno, junta general y consejo de administración, de acuerdo con su naturaleza mercantil. Dicha junta general es el pleno de la Mancomunidad y en el Consejo de

⁷⁶ Epígrafe I anterior.

⁷⁷ Estatutos MAS: Artículo 8: 1. El Pleno estará compuesto por los vocales representantes de los municipios asociados y de los partidos, federaciones, coaliciones o agrupaciones que hayan obtenido representación en más de uno de los municipios mancomunados.

2. Cada municipio estará representado por el Alcalde o concejal en quien delegue.

3. Cada grupo que haya obtenido representación en más de uno de los municipios mancomunados, estará representado

por un vocal.

⁷⁸ Artículo 11. Competencias.

1. Corresponde al Pleno de la Mancomunidad:...c) Controlar y fiscalizar la actuación tanto de los órganos de gobierno de la Mancomunidad como de la Sociedad o sociedades gestoras propias, sin perjuicio de las competencias atribuidas a otros órganos.

Administración tiene una amplia representatividad de los municipios implicados⁷⁹.

- f. El *principio de colegialidad* que preside la organización supramunicipal del servicio mancomunado, que no de jerarquía, ha sido por completo desconocido por parte de los municipios en cuestión. Y aquí radica la desvirtuación de todas las actuaciones subsiguientes, expresadas en el recurso a técnicas unilaterales impropias.
- g. En suma, que no conste intento alguno de resolver las dificultades, problemas y discrepancias que pudieran llevar, finalmente, a la adopción de una medida como es la separación, constituye prueba indiciaria de la desviación de poder (no es la mejor prestación del servicio mancomunado, sino, en su caso, y entre otros, según parece, una financiación inmediata del municipio la que se busca por medios contrarios al Derecho); prueba de la mala fe –en términos civiles- y de la falta de lealtad institucional –en expresión del Derecho público contemporáneo-; del ejercicio abusivo del derecho⁸⁰ y de la autonomía⁸¹; y, en lo que más interesa ahora, de la ilegalidad de la cadena de actuaciones concatenadas. Como también lo es el abandono de esos órganos para establecer los criterios acerca de las obligaciones asumidas.
- h. En lugar de hacer uso de ese Derecho Administrativo –consenso, debate, discusión, búsqueda de soluciones- se acude, reiteramos, a la sorpresa, a la celeridad inmotivada, a la declaración unilateral y a la ejecución forzosa, creando con ello nuevos problemas de legalidad.
- i. Si a ello se une, primero, el mimetismo con que han actuado algunos municipios, mimetización que lleva incluso al “cortar y pegar”, como si las razones, motivos o justificaciones pudieran ser idénticos de un municipio a otro, y, segundo, el escaso período de tiempo en que se ha pretendido llevar a efecto el conjunto de la operación, poca duda puede haber acerca de la ilegalidad administrativa del conjunto y de cada una de las actuaciones en singular, y ello sin perjuicio de la relevancia penal en que haya podido incurrirse.

⁷⁹ Artículos 8, 9 y 16 de los estatutos de GIAHSA.

⁸⁰ “la ley no ampara el abuso del derecho ni el ejercicio antisocial del mismo. Todo acto u omisión que por la intención de su autor, por su objeto o por las circunstancias en que se realice sobrepase manifiestamente los límites normales del ejercicio de un derecho, con daño para tercero, dará lugar a la correspondiente indemnización y a la adopción de las medidas judiciales y administrativas que impidan la persistencia en el abuso.” artículo 7.3 del Código Civil.

⁸¹ Confundida aquí, no ya con soberanía, sino con falta de sometimiento a la Ley y el Derecho, en abierta contradicción con el art. 103.1 C.E., y los valores inherentes al principio del Estado de Derecho (art. 1.1 C.E.), de acuerdo con la jurisprudencia constitucional nacional, europea y comparada.

III. AL ILEGÍTIMO EJERCICIO DEL DERECHO DE SEPARACIÓN LE HAN SEGUIDO OTRAS ACTUACIONES ABIERTAMENTE CONTRARIAS A DERECHO: LA **DECLARACIÓN DE LESIVIDAD** DE LA CONCESIÓN DEMANIAL, EN EL CONTEXTO EXAMINADO, RESULTA MANIFIESTAMENTE ILEGAL, ARBITRARIA, ARTIFICIOSA, DESVIADA DEL FIN Y ABUSIVA. LA SUSPENSIÓN Y LA CONTRATACIÓN SUBSIGUIENTES QUEDAN IGUALMENTE CONTAMINADAS POR EL VICIO EN ORIGEN

a. El recurso a la **declaración de lesividad** en el presente caso, por parte de algunos municipios, constituye un **artificio** que no es compatible con

- i. el sentido y finalidad de la institución⁸², de acuerdo con nuestra legislación (art. 103.1 Ley 30/1992) y jurisprudencia;
- ii. las singularidades propias de las relaciones interadministrativas, en nada parangonables a las que presiden las relaciones Administración-ciudadano;
- iii. el contexto legal, convencional y estatutario en que se ha forjado el sistema de gestión de los servicios en cuestión, y el marco jurídico de resolución de controversias establecido;

b. La resolución declarativa de lesividad constituye, como ya nos consta, **la parte de un todo**, una pieza dentro de un conjunto o sistema,⁸³ a saber:

- i. la separación de la Mancomunidad;
- ii. la resolución del convenio de estabilidad;
- iii. la declaración de lesividad de la concesión;
- iv. la inmediata gestión indirecta de los servicios en cuestión, y en cuyo beneficio opera la declaración de lesividad;
- v. la suspensión de la concesión declarada lesiva (lo que a la postre, según parece colegirse de los hechos, se erige en la razón del procedimiento administrativo de revisión de oficio);
- vi. contratación de emergencia de CIA y RSU.

c. *No concurren los presupuestos básicos para la declaración de lesividad.*

Así las cosas, la declaración de lesividad se ha puesto al servicio de una estrategia más amplia, lo que pone ya bajo sospecha la procedibilidad de la medida. Sospecha que no deriva sólo de su naturaleza excepcional y, por tanto, restrictiva. Téngase en cuenta que se trata de una vía de excepcionar la *estabilidad de las situaciones jurídicas preexistentes*, lo que por de pronto supone una quiebra de la *seguridad jurídica* que la Constitución garantiza. Sospecha, como decimos, que también deriva de que su invocación, al ser instrumental, no sea sincera. Sospecha, en fin, que se convierte en convicción cuando se constata que no se cumplen ninguno de sus presupuestos, a saber: primero, la ilegalidad de la decisión cuya lesividad quiere declararse; y, segundo, su afectación a los intereses generales. Se trata, como es

⁸² Garantías fuertes en beneficio de la estabilidad y protección de los derechos afectados *de los ciudadanos*.

⁸³ Recuérdese, por ejemplo, el elocuente escrito del Alcalde Presidente del Ayuntamiento de San Juan del Puerto, de 14 de septiembre de 2012. Y como éste otros que siguen el mismo dictado.

bien sabido, de dos requisitos que han de concurrir cumulativamente, para que pueda modificarse una situación jurídica preexistente consolidada, y, nótese bien, protegida por el principio constitucional de la seguridad jurídica. No basta, pues, con que se aprecie sobrevenidamente la ilegalidad de un acto administrativo, sino que, además, ha concluirse en que esa ilegalidad resulta a día de hoy lesiva para el interés general. Ambos elementos han de quedar suficientemente argumentados.

Así, por ejemplo, *utilizar la lesividad como fórmula compensatoria de una (pretendida) valoración errónea de los bienes concedidos y de un (supuesto) incumplimiento, sean o no ciertos, no resiste el más mínimo análisis jurídico*. Con ello no se acredita la ilegalidad, ni, menos aún, que se trate de una ilegalidad lesiva del interés general. Si, además, se analiza en su contexto más amplio, la conclusión se impone: recurrir con esa pretendida justificación a la declaración de lesividad por unos motivos menores, en lugar de intentar su resolución en su sede natural, en los órganos de representación de la Mancomunidad⁸⁴, habla por sí solo.

d. La resolución declaratoria carece de toda **motivación** o justificación *real*:

- i. La resolución declarativa de lesividad –y todas las subsiguientes, tales como la suspensión y la contratación inmediata- requieren una motivación *real y efectiva*, una justificación *suficiente*, que aquí no se ha producido, lo que, además de la inobservancia del deber de motivar, con lo que ello entraña y depara, refuerza los restantes argumentos impugnatorios.
- ii. La vulneración de ese deber resulta aún más palmaria, por cuanto se produce con ocasión de un acto o decisión (la resolución declarativa de lesividad), que, con independencia de su carácter *discrecional y restrictivo* de derechos, está urgido a una interpretación estricta de tal obligación o, dicho en positivo, más exigente, habida cuenta la *excepcionalidad que supone la ruptura de la estabilidad y de la seguridad jurídica* (con sus evidentes implicaciones económicas para el conjunto). El deber de motivar resulta tanto más *severo*, cuanto mayor sea la discrecionalidad, la repercusión o impacto sobre derechos, o, como aquí acontece también, más afecte o impacte sobre situaciones jurídicas preexistentes. Todo ello ha sido olvidado en el expediente examinado, como seguidamente se sintetiza, y ha quedado acreditado en el DICTAMEN.
- iii. Aunque se admitiera, por hipótesis, que cabe la lesividad en este escenario, lo que no puede compartirse, le faltaría carga argumental, motivación, o justificación de que concurre el presupuesto de hecho. Téngase en cuenta, a mayor abundamiento, que la lesividad “no supone acto que contenga presunción de legalidad y de ejecutividad y necesita de su prueba sin trasladar la carga” al interesado (STS de 2 de diciembre de 2008)⁸⁵. En el presente caso, no se ha levantado carga argumental suficiente –para quedar a cubierto de lo que la Ley exige- por quien invoca la lesividad de la concesión demanial;

⁸⁴ Cfr. núm. II anterior.

⁸⁵ Es jurisprudencia constante que “la ejecutividad y la presunción de validez de los actos administrativos, previstas en los arts. 56 y 57 LRJ-PAC (RCL 1992, 2512, 2775 y RCL 1993, 246), no pueden predicarse de la declaración de lesividad a fin de que sea el particular quien deba justificar la validez del acto administrativo cuya anulación pretende la Administración.” (*ibidem*, fundamento 7º)

- iv. la misma descripción de la operación en su conjunto que hacen los Ayuntamientos resulta ilustrativa de cuál es la causa real de la lesividad, como ya notábamos;⁸⁶
- v. la resolución declaratoria de lesividad, como se ha notado, ha de acreditar en primer término la anulabilidad y, en segundo lugar, la contrariedad a los intereses generales, de conformidad, nótese bien, con lo que la Ley y el Derecho tengan establecido en cada caso; aquí, sin embargo, no se ha acreditado el presupuesto mismo para la iniciación del procedimiento –la anulabilidad del acto-, ni la contrariedad de la supuesta ilegalidad con el interés general, lo que no hace sino confirmar el abusivo recurso a esta técnica;
- vi. no es motivo ni causa de anulabilidad, en contra de lo sostenido en algún informe municipal⁸⁷, “la errónea determinación a la baja del canon que debe abonar la Mancomunidad...”⁸⁸. Tal hipótesis, de ser exacta, tendría otras fáciles vías de solución en el marco de una Mancomunidad. Y, aun cuando no se alcanzare el acuerdo, podrán resultar procedentes otras actuaciones en defensa del interés municipal y de la diversa apreciación, no la declaración de lesividad;⁸⁹
- vii. dicho de otro modo: ninguna de las razones esgrimidas –aunque fueran del todo exactas y veraces- ofrecen sustento y apoyo alguno a un procedimiento de lesividad;⁹⁰
- viii. la falta de argumentación y motivación justificativas de la declaración de lesividad –supuesto siempre que ésta fuere procedente contra una Mancomunidad (y/o contra el ente en que quien se encomienda la gestión), lo que no cabe aceptar en el contexto analizado- lleva a algún municipio a hacer afirmaciones maximalistas o de pretendida evidencia, tautológicas y, a la postre, demostrativas de la carencia de base racional y de su puro voluntarismo, tales como la siguiente: “la violación de la legalidad por un acto lesivo constituye un supuesto grave, manifiesto e insubsanable, que le hacen merecedor del reproche jurídico de anulabilidad, siendo esta vía la procedente para restaurar el orden jurídico vulnerado” (sic)⁹¹. Afirmación ésta que, como otras, no requiere mayor análisis. Ello no obstante, para quien no sea experto en Derecho cabe decir que aunque fuere anulable el acto por las razones invocadas, ello no supone que sea insubsanable, menos aún cuando la pretendida anulabilidad traería su causa de una errónea valoración original. Es más, la inexistencia de cualquier intento de subsanación, lejos de legitimar la lesividad, lo que determina no es sino su *desproporción*, como después se insistirá, máxime conociendo el tenor literal del estudio técnico, cuya conclusiones no pueden dar soporte –en términos jurídicos- a una operación de tan hondo calado o envergadura;⁹²
- ix. a nuestro juicio, la pretendida motivación de la resolución declarativa (y de las que le siguen) resulta, dicho sea respetuosamente, ingenua, puesto que confiesa, al fundarlo sobre esos argumentos o motivos, su debilidad e

⁸⁶ *Vid.* la letra anterior. Sintético y paradigmático, por lo demás, en este sentido resulta el escrito del Alcalde Presidente de San Juan del Puerto, de 14 de septiembre de 2012, pág. 12.

⁸⁷ *Vid.* Informe de la Secretaría-Intervención del Ayuntamiento de San Juan del Puerto, de fecha de 14 de septiembre de 2012, penúltima página.

⁸⁸ *Ibidem.* El informe reconoce explícitamente que “la declaración de lesividad... se basa en una valoración incorrecta de todo el conjunto de redes de abastecimiento y saneamiento” (*sic*).

⁸⁹ Lo cierto es que, en ese específico supuesto, el informe técnico se ha producido después de haberse reunido la Corporación local, de celebrada una comisión de estudios, y, en definitiva, de haber puesto en marcha toda la operación, secuencia que habla por sí sola.

⁹⁰ Véanse las tres notas anteriores.

⁹¹ Escrito del Alcalde Presidente de San Juan del Puerto, de 14 de septiembre de 2012, pág. 12.

⁹² Por ejemplo, el Informe de los Servicios Técnicos Municipales del Ayuntamiento de San Juan del Puerto, de 10 de septiembre de 2012.

inconsistencia: se aprecian unos errores de valoración, casual y unilateralmente – no se hace intento alguno de solucionar esa diversidad de valoraciones sobrevenida – se declara unilateralmente que ello es causa de anulabilidad – no se explica bien por qué un error, cuya subsanación ni siquiera se ha intentado, constituye un grave vicio insubsanable – se declara lesivo – se suspende el acto declarado lesivo, todo ello también unilateralmente – y, por fin, se celebra un contrato por la emergencia producida. No requiere mayor comentarios.

- x. en términos más generales, y al margen ya de esa concreta causa invocada, ha de notarse que una cosa es que existan razones o motivos suficientes, y que éstos queden acreditados, en pro de la modificación del *sistema de gestión de los servicios* en liza, y otra, muy distinta, que ello *se convierta sin más en la justificación para acudir a la declaración de lesividad* y lo que le sigue. Se trata de cuestiones diferentes que ninguna relación guardan entre sí. Si un municipio desea separarse de una mancomunidad y/o modificar la forma de gestión podrá, desde luego, hacerlo, eso sí, *en las condiciones establecidas*. Pero ello no quiere decir, primero, que sus decisiones carezcan de consecuencias (que habrán de valorarse y no hurtarse a la ponderación del Pleno y de los ciudadanos en él representados, entre otras, las de carácter económico resultantes de cada opción y cambio); y, segundo, que pueda utilizarse cualquier medio o camino en la consecución de ese fin. Las alternativas por las que lícitamente puede optar un municipio habrán de llevarse a cabo por los procedimientos establecidos, sin desconocer el ordenamiento jurídico, sin “matar moscas a cañonazos” (con desconocimiento del principio constitucional de proporcionalidad). Los acuerdos de los municipios estudiados han pretendido justificar esas alternativas u opciones, pero a todas luces no lo han conseguido, en lo que ahora importa, con la medida de la lesividad;
- xi. Por último, aunque no por ello menos relevante: de conformidad con la jurisprudencia constitucional, europea y comparada, constituye una exigencia del principio del Estado de Derecho (art. 1.1 C.E.) que la acción o decisión de todo poder público sea racional, racionalizable, y, por tanto, justificable o explicable, sin que la motivación, pues, pueda “cancelarse” con un argumento “pro forma”, inconsistente, o carente de justificación real. La debida motivación no es sólo una forma de control (a mejor y mayor motivación, mayor y mejor control), sino una técnica que obliga y permite a un tiempo ponderar todos los intereses, bienes y derechos en presencia, a ejercer con eficacia la política pública de que se trate, a actuar correctamente, si se prefiere decirlo así, la discrecionalidad. No es sólo que sobre el poder –en nuestro caso, los Ayuntamientos- pese la interdicción de la arbitrariedad, en sentido negativo o de prohibición (art. 9.3 C.E.). Es, además, y en positivo, que sobre éstos grava el deber de ponderar, justificar, explicar, y razonar la concurrencia de los presupuestos y requisitos exigibles para que una acción tan excepcional como la declaración de lesividad resulte legítima. Nada de ello ha ocurrido en el presente caso.
- xii. Por todo ello, a la luz del principio constitucional del Estado de Derecho⁹³ –y del *derecho fundamental* a una buena administración, que incluye, como es bien sabido, la obligación de motivar sus decisiones⁹⁴- no cabe *subestimar* el art. 54 de la Ley 30/1992, cuya interpretación ha de hacerse, obvio es decirlo, a la luz y de conformidad con los referidos principios y derechos estructurantes del ordenamiento. A lo que cabe añadir, como se ha notado, la mayor exigencia en el cumplimiento de este deber que pesa

⁹³ Art. 1.1 C.E. y jurisprudencia constitucional constante, nacional, europea y comparada.

⁹⁴ Por ejemplo, art. 41.2.c) de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea.

sobre la Administración cuando entraña la ruptura de la seguridad jurídica. Desde luego, la motivación no se mide por la “cantidad” de fundamentos o de hechos referidos. Es algo *cualitativo*, como bien recuerda la jurisprudencia. Ha de ser, dicho de otro modo, suficiente. Y con independencia de que quepa discutir si la motivación de la decisión de modificación del régimen de gestión de los servicios en un concreto municipio ha cumplido o no las exigencias del art. 54 de la precitada Ley, interpretado de conformidad y a la luz, reiteramos, del principio constitucional y derecho fundamental invocados, entre otros, lo cierto es que no se ha satisfecho respecto de la lesividad, cuestión exclusiva de la que ahora nos ocupamos, por lo que –en general y en abstracto- no pueden compartirse las palabras que obran en algunos escritos del expediente examinado por lo que tienen de *estimación del deber de motivar muy “por debajo de su valor”*, cuando se sugiere que el deber se cumple “simplemente” con una sucinta referencia de hechos y fundamentos.⁹⁵ Sabido es también que la motivación ha de cubrir cuando menos los siguientes extremos:

1. los argumentos y razonamientos suficientes –pocos o muchos- que permitan conocer las razones reales de la decisión;
2. la expresión de la ponderación de los intereses en juego (generales y sectoriales, bilaterales y multilaterales, contrapuestos o no), de modo que pueda conocerse la valoración que de este conjunto se haya hecho, pues la eficacia (art. 103.1 C.E.), la eficiencia, los principios generales, o la maximización de los distintos bienes y derechos en conflicto, no es indiferente al Derecho ni al control judicial, como tiene afirmada la jurisprudencia constitucional;
3. la explicación del cumplimiento del fin que dice perseguir en cada caso y su adecuación a lo que tenga establecido el ordenamiento jurídico;
4. el control y fiscalización: la motivación guía a la decisión administrativa, evitando improvisaciones, caprichos, errores o contradicciones con las normas aplicables; pero ha de permitir el debate y la discusión, de modo que la veracidad de una motivación se mide por su susceptibilidad de control. En concreto, y por lo que aquí interesa, *una motivación “pro forma”, puramente “exculpatoria”, ajena al debate o irrelevante, entre otras, no ya sólo no satisface las exigencias legales de la motivación –interpretada en los términos antedichos-, sino que constituye un claro indicio de enmascaramiento de la operación aparentemente a cubierto por el ejercicio de unas potestades atribuidas y el cumplimiento de una legalidad externa.*

- e. La declaración de lesividad no encubre sino una estrategia contraria a Derecho –entre cuyas medidas se encuentra la de obtener unos ingresos de modo inmediato, incurriendo de este modo en una abierta **desviación de poder**. No se corresponde con el fin para el que nació la institución de la lesividad, en cuanto variante o especie de la revisión de oficio. Y ello porque:

- i. la declaración de lesividad se ha utilizado a modo de estrategia o “truco” –desviación de poder- para la persecución de fines y objetivos contrarios a Derecho (obtener una rápida financiación a corto plazo por medios no admisibles o previstos a tal fin);
- ii. la finalidad en sí resulta, pues, desviada y el medio utilizado –declaración de lesividad- inapropiado. En suma: ni el fin es legítimo, ni tampoco justifica los medios. En el supuesto de que la finalidad de la acción pública resulte legítima, el Derecho establece otros medios y cauces para separarse de una Mancomunidad;
- iii. la simple prueba indiciaria, como reitera la jurisprudencia, es suficiente para dar por probada la desviación de poder, aquí orquestada, según parece, desde instancias privadas, por otra parte; lo que puede suponer no

⁹⁵ Cfr. escrito del Alcalde Presidente del Ayuntamiento de San Juan del Puerto, de 14 de septiembre de 2012, pág. 5.

ya sólo el surgimiento de una desviación de poder privada, sino de responsabilidades civiles y penales;

iv. En términos más amplios, resultará obligado determinar cuál es la finalidad que el ordenamiento atribuye a cada instrumento (modos de gestión y cambio inmediato de modelo, lesividad, emergencia...), al objeto de determinar si las restantes medidas o actuaciones en cadena incurren en igual desviación de poder que la declaración de lesividad. Con carácter general y previo, ha de notarse que son las necesidades del servicio las que, junto a otras concausas o motivaciones, determinarían el inmediato cambio de gestión y la emergencia en la contratación, lo cual, aunque no sea objeto del dictamen, no parece que haya quedado suficientemente acreditado en el expediente examinado. Si, por ejemplo, no se han valorado correctamente determinados bienes con ocasión de la concesión, ello no autoriza sin más a declararla lesiva, como hemos notado, sino tampoco a un cambio inmediato de gestión que implique la suspensión -y un daño cierto a la economía del conjunto de la Mancomunidad-, y una situación de emergencia. La emergencia financiera, si es el caso, no justificaría en modo alguno esa operación. Quede dicho colateralmente.

- f. Por lo demás, y a mayor abundamiento, el recurso a la declaración de lesividad resulta **desproporcionado**. Si realmente se quiere alcanzar el fin que se dice perseguir, no habría que recurrir a este instrumento. Y ello sin perjuicio de que, además de inútil o inapropiado, sea innecesario y desproporcionado en sentido estricto.
- g. *En síntesis*, pues, ni resulta procedente este instrumento en esta ámbito de relaciones; ni se han respetado los requisitos de procedibilidad, consistentes en acreditar el presupuesto (anulabilidad), y el perjuicio para el interés general; ni se han motivado la suspensión, ni la ulterior emergencia provocada por el propio municipio por unas prisas que, en términos procedimentales también, resultan indiciarias, junto a los demás elementos, de la desviación del fin.
- h. Así las cosas, *la ilegalidad de la resolución declarativa de lesividad arrastra y contamina a las resoluciones que en ella se amparen*. Ha de notarse, en efecto, que la ilegalidad del primer eslabón de la cadena, máxime en un caso tan grave como el enjuiciado, arrastra la de los demás. En concreto:

- i. la suspensión acordada, supuestamente amparada en la declaración de lesividad,
- ii. así como la inmediata contratación (en “emergencia”) han de considerarse incursas en igual ilegalidad, por efecto “dominó”.

- i. La suspensión unilateral anudada a un acto, igualmente unilateral, y abiertamente ilegal por tantos conceptos (cfr. núm. I), y la contratación subsiguiente pierden pie. En su momento, habrán de determinarse las fórmulas de reparación de esas ilegalidades.

IV. AL ILEGÍTIMO EJERCICIO DEL DERECHO DE SEPARACIÓN LE HAN SEGUIDO OTRAS ACTUACIONES ABIERTAMENTE CONTRARIAS A DERECHO: LA **EMERGENCIA DE LA CONTRATACIÓN** CARECE DE COBERTURA LEGAL Y CONSTITUYE IGUALMENTE UN ARTIFICIO AL SERVICIO DE UNA ESTRATEGIA INCOMPATIBLE CON EL DERECHO. NO CONCURRE EL PRESUPUESTO DE HECHO HABILITANTE (LAS CIRCUNSTANCIAS QUE JUSTIFICAN EXCEPCIONALMENTE LA CONTRATACIÓN DE EMERGENCIA)

- a. Los vicios que se han relatado en relación con la declaración de lesividad y la suspensión⁹⁶ concurren igualmente aquí: carencia de presupuesto para que resulten procedentes; falta de motivación suficiente; desviación de poder; falta de proporcionalidad; abuso y arbitrariedad. Y ello no ya sólo por “contaminación”, esto es, por la relación de causalidad en que se han insertado las medidas antecedentes (ilegitimidad de la separación, y de la lesividad) y en cuya virtud la contratación de emergencia pierde el apoyo o justificación aparentes, el paraguas buscado, sino porque estas contrataciones, en sí mismas consideradas y con independencia de lo anterior, adolecen de los mismos vicios aducidos, que han tenerse en este RESUMEN, por razones de espacio y economía, por reproducidos.
- b. Es sólo el *presupuesto de hecho específico* de la contratación de emergencia, que no de urgencia, el que requiere ahora un análisis especial.
- c. Como se ha dicho, uno de los elementos coincidentes en el cambio de modo de gestión de CIA y RSU en los municipios citados, es el recurso a la tramitación de emergencia en la contratación de los nuevos servicios.
- d. La legislación vigente considera la tramitación de emergencia estrictamente excepcional, como se desprende del artículo 113 de la TRLCSP⁹⁷. Por su parte, la Junta Consultiva de Contratación Administrativa ha insistido en igual y elemental caracterización⁹⁸ con las siguientes notas, que ahora se resumen:

- | |
|--|
| <ol style="list-style-type: none">i. carácter excepcional en los casos taxativos de acontecimientos catastróficos, situaciones que supongan grave peligro o necesidades que afecten a la defensa nacional;ii. absoluta imposibilidad de tramitación por otros procedimientos de contratación;iii. apreciación por el órgano de contratación y ulterior justificación;iv. debe limitarse a lo estrictamente indispensable en lo objetivo y en lo temporal. |
|--|

- e. Desde luego, debe distinguirse la contratación de emergencia, de la tramitación urgente del procedimiento de contratación. Se trata de figuras jurídica distintas. La tramitación urgente se regula en el artículo 112 TRLCSP, y sus presupuestos son la necesidad inaplazable o la celeridad por

⁹⁶ Cfr. núm. III anterior.

⁹⁷ Se corresponde con el artículo 97 de LCSP.

⁹⁸ Acuerdo de JCCA de 20 de junio de 2003.

razones de interés público. Su tramitación es la ordinaria, con la particularidad de gozar de preferencia en el despacho y reducción a la mitad de los plazos, excepto algunos de ellos. Es relativamente frecuente la confusión de los términos, pero se trata de realidades bien distintas: la contratación de emergencia no tiene expediente administrativo, solo el contrato. No hay publicidad. La contratación de urgencia es una contratación en la que se justifica la reducción de plazos. En los antecedentes remitidos, los ayuntamientos han acudido a la contratación de emergencia.

- f. Proyectada esta caracterización de emergencia sobre los supuestos de los diferentes ayuntamientos resulta, con meridiana claridad, su improcedencia. La situación de grave necesidad consistente en la carencia de prestación del servicio de CIA y RSU, y en consecuencia, peligro para la salubridad de los vecinos, sobre no ser real, pues el servicio se venía prestando de antiguo por GIAHSA, resulta creada por el antojo de la corporación correspondiente, a través de la resolución unilateral del servicio. De hecho, sobre los argumentos en pro de la contratación de emergencia se sobreponen las condiciones de financiación que de manera rápida obtienen las corporaciones de la empresa adjudicataria por este excepcional procedimiento. La necesidad de financiación -no ocultada en los acuerdos municipales- no constituye presupuesto de la emergencia. Y confirma, desde otra perspectiva, la desviación de poder, la falta de fundamento (de presupuesto), y de motivación sincera de cada uno de los eslabones que integran la cadena desde la separación.
- g. La Sentencia de la Sala de lo Social del TSJA de 31 de mayo de 2012, dictada en materia laboral en conflicto de subrogación de trabajadores precisamente por el cese de la prestación de los servicios por parte de GIAHSA y nueva concesión por parte de los ayuntamientos concluye igualmente que no hay justificación para la contratación de urgencia (quiere decir en realidad, emergencia), ya que *“desde el mes de enero se conocía la finalización de la prestación del servicio por “Gestión Integral del Agua de la Costa de Huelva, S.A. (GIAHSA)”, aceptando el Ilmo. Ayuntamiento de Lepe el 14 de enero la devolución de los servicios de recogida de residuos sólidos urbanos, por lo que no se produce una situación ni imprevista, ni involuntaria que justifique el trámite de urgencia (quiere volver a decir “emergencia”) para que un día después de la finalización del servicio por Gestión Integral del Agua de la Costa de Huelva, S.A. (GIAHSA)” se realice una concesión administrativa a la empresa Fomento de Construcciones y Contratas, S.A. para la prestación del servicio”*.
- h. Si esta apreciación es así para los Ayuntamientos de Lepe, y Moguer, tanto más para aquellos en el breve espacio de tiempo de 1 año han pasado de la adhesión a la MAS y suscripción de los compromisos, a la separación voluntaria de la misma, de modo que la contratación de emergencia no tiene cabida en ningún supuesto.
- i. La contratación de emergencia genera por sí misma perjuicios a GIAHSA por más que sean coincidentes con los que produce la operación global de separación de MAS. La adjudicación a la misma empresa constituye, en realidad, la *pieza de cierre* de ese conjunto de actuaciones tendentes a lograr

una finalidad, al tiempo que su *causa última*. Ello es así porque, en unos municipios se ha acudido a la declaración de lesividad, mientras que en otros no, o simplemente, se han desistido de esa lesividad para efectuar una contratación de emergencia sin mayores exigencias.

- j. Además, tendrá relevancia como elemento de imputación de responsabilidad tanto administrativa como penal, y para abrir la responsabilidad personal del alcalde y eventuales miembros de la corporación que votaron a favor, en la responsabilidad personal a exigir por el Tribunal de Cuentas.
- k. Representa un elemento de imputación de la responsabilidad administrativa, a la vista de la ilegal actuación y la causación de daños y perjuicios. El grosero recurso a la contratación de emergencia constituye un dato ineludible para apreciar dolo, o negligencia y culpa graves, en los miembros del consistorio, a los efectos de la acción de reembolso contra sus personas, en los términos de la D.A. 19ª del TRLCSP. En efecto, la D.A. 19ª del TRLCSP establece el régimen jurídico de la responsabilidad derivada de las actuaciones de las Administraciones en materia de contratos del sector público, haciendo expresa inclusión a las autoridades y funcionarios. Se remite al régimen de responsabilidad patrimonial de la Ley 30/1992, la cual prevé la posibilidad de las corporaciones de repetir frente a las autoridades y funcionarios cuando concurra dolo o negligencia grave. Igualmente, se remite, en cuanto a los funcionarios intervinientes en los procesos de contratación, al régimen disciplinario oportuno.
- l. La contratación de emergencia, además, se plantea como una contratación transitoria, a modo de puente, en espera para la contratación ordinaria del servicio. En este punto se trata de previsiones de futuro⁹⁹ al no haber acontecido. Sin embargo, conviene aclarar que la tramitación de un procedimiento ordinario y la adjudicación del servicio no produce efecto convalidatorio de la secuencia de ilegalidades expuesta, ni enervatorio de las responsabilidades en las que ya se ha incurrido. Si bien en los antecedentes no consta que las contrataciones ordinarias se hayan producido, es inevitable hacer seguimiento de las mismas, pues la coincidencia generalizada entre la empresa contratada en emergencia y la adjudicataria del contrato ordinario, así como las coincidencias en pliegos y trámites constituirán importantes elementos para fundar la exigencia de las responsabilidades a que más adelante se refiere el resumen ejecutivo.
- m. La distancia que media entre los parámetros de la contratación de emergencia y los presupuestos en los que la justifican los ayuntamientos, la creación de la necesidad por el propio ayuntamiento y, nótese bien, el papel que la contratación de emergencia juega como fuente de financiación, todos ellos alejados de los cauces normativos y exigencias legales de esta figura, son también, sin duda, elementos y datos para valorar la intencionalidad en los diferentes delitos que les sean atribuibles a los responsables municipales, singularmente la prevaricación, al margen y con independencia, como se ha

insistido, de la existencia de desviación de poder como vicio invalidatorio de la contratación realizada.

- n. Por último, la contratación administrativa tiene unos cauces de fiscalización, que no son inmediatos, por parte de la Cámara de Cuentas de Andalucía y del Tribunal de Cuentas. Si, como consecuencia de la fiscalización que se realice en un futuro por el órgano de control contable, resultan, a la postre, perjuicios a las arcas municipales, se podrá determinar la responsabilidad contable de los miembros de los órganos de contratación.
- o. En suma, lo cierto es que la contratación de emergencia contraría abiertamente la legislación de contratos del sector público, y el Derecho de la Unión Europea en materia de defensa de la competencia y contratación pública. La contratación de emergencia contraría además todos los indicadores sobre contratación, competencia, transparencia y lucha contra la corrupción, elaborados por los organismos reguladores, la Comisión Europea, organizaciones internacionales, y ONG sobre transparencia internacional.
- p. Las contrataciones de emergencia constituyen, pues, un manifiesto despropósito jurídico en sí mismo:
 - i. se utiliza la contratación pública para fines ajenos para los que está concebida, por lo que se incurre en *desviación de poder*;
 - ii. se desconoce total y absolutamente el *procedimiento administrativo de contratación* legal y comunitariamente previsto (nulidad radical);
 - iii. se rompen las reglas de la *libre competencia*;
 - iv. se utiliza una *motivación aparente* e insincera, que, con todo, no llega a ser *justificativa*, ni *suficiente*, con vulneración del *deber de transparencia*;
 - v. y se adjudica el contrato a una misma contratista, con clara infracción de los indicadores nacionales, europeos e internacionales de lucha *contra la corrupción* (v). Aunque las actuaciones precedentes fueren conformes a Derecho (separación, lesividad), que no lo son, la contratación de emergencia no logra obtener el aprobado por ningún concepto y suma, por el contrario, numerosos vicios.
- q. Las irregulares actuaciones en materia de contratación son no sólo denunciables ante el organismo regulador nacional (defensa de la competencia), sino ante la propia Comisión Europea, a través de su Dirección General de Competencia.

V. FALSEAMIENTO DE LA COMPETENCIA Y CORRUPCIÓN EN LA CONTRATACIÓN PÚBLICA

- a. Las actuaciones encadenadas, con variaciones en cada caso según los municipios, presentan ya numerosos flancos a la crítica, tanto *aisladamente* considerados (lesividad, suspensión, contratación de emergencia), como *en su conjunto* (estrategia final y medios empleados), como ha quedado puesto de manifiesto en el cuerpo del presente dictamen.
- b. La visión panorámica y el análisis comparado de las operaciones realizadas en cada municipio parecen añadir un plus significativo en este examen de legalidad. Y es la quiebra del Derecho de la Competencia y de los valores que subyacen a la contratación administrativa.
- c. Si el cotejo de lo que han realizado con extraña similitud todos los municipios en liza así lo confirma, se derivarían otras responsabilidades y consecuencias con relevancia para el Derecho en varios planos.
- d. Si, en efecto, las actuaciones implican liquidar todo un sistema de prestación del servicio mancomunado para otorgar un contrato a una empresa privada (que resulta ser siempre la misma adjudicataria, tanto en la situación de “emergencia”, como “ordinaria”), a fin de obtener unos mayores ingresos *a corto plazo* que hicieran frente a los graves problemas financieros y presupuestarios que la crisis conlleva, estaríamos desconociendo que *el fin* (obtener más fondos) *no justifica los medios* (liquidar un sistema y contratar a una empresa); menos aún cuando *esos medios son en sí mismos ilegales* (la forma de separarse, los instrumentos utilizados, y la contratación en emergencia). *Fin ilegal* y, en su consecución, *medios ilegales*.
- e. Y en lo que a este extremo concierne, al margen de las graves responsabilidades *personales* (penales y civiles) que de una conducta tal puedan derivarse para todos los sujetos intervinientes (autoridades, personal al servicio de las Administraciones locales, sujetos privados), estaríamos, primero, ante un ilícito administrativo por *falseamiento de la competencia por actos desleales*, de los que puede conocer la Comisión Nacional de la Competencia (CNC)¹⁰⁰, y ante actuaciones incursas en *prácticas corruptas*, tal y como las definen la Unión Europea y otros agentes internacionales en relación con los Programas de Contrataciones Transparentes.¹⁰¹
- f. Los datos que obran en el expediente aportan suficientes indicios como para apreciar la existencia de un falseamiento del proceso de licitación y adjudicación de los concursos para la gestión de los servicios públicos, con grave afectación del interés general, y con el agravante, nótese bien, de que la operación pasa por romper el esquema vigente, sin tener en cuenta, por lo demás, las consecuencias económicas de tal ruptura, bien en concepto de

¹⁰⁰ Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia. Las infracciones de falseamiento de la competencia están tipificadas como graves.

¹⁰¹ Transparencia Internacional. En sentido análogo, OCDE, UE, Banco Mundial, Naciones Unidas.

costes, bien en razón de las responsabilidades (contractuales y extracontractuales) derivables de esas actuaciones.

- g. La Defensa de la Competencia en sí, y en cuanto valor esencial de la contratación administrativa, constituye un eje central del sistema. “La existencia de una competencia efectiva entre las empresas constituye uno de los elementos definitorios de la economía de mercado, disciplina la actuación de las empresas y reasigna los recursos productivos a favor de los operadores o las técnicas más eficientes. Esta eficiencia productiva se traslada al consumidor en la forma de menores precios o de un aumento de la cantidad ofrecida de los productos, de su variedad y calidad, con el consiguiente incremento del bienestar del conjunto de la sociedad.”¹⁰²
- h. En los términos indicados, cabe apreciar una doble dimensión con relevancia jurídica. La disolución de un sistema de gestión a través de la MAS y GIAHSA sin observancia de las reglas de juego o, lo que es lo mismo, la ruptura de un esquema público y su sustitución por otro privado, de un lado, y, de otro, la ocupación de ese espacio por una única empresa –que podría haber participado incluso en la misma gestación de la estrategia-, con todo lo que ello supone, sin competencia real.
- i. A los efectos que ahora importa destacar, los indicios que obran en el expediente ofrecen sustento para una denuncia ante la CNC y el órgano competente de la Comunidad Autónoma¹⁰³: “La Comisión Nacional de la Competencia o los órganos competentes de las Comunidades Autónomas conocerán en los términos que la presente Ley establece para las conductas prohibidas, de los actos de competencia desleal que por falsear la libre competencia afecten al interés público.”¹⁰⁴ La doble operación indicada (liquidación del sistema público y ocupación del espacio por una sola empresa) no permitan albergar duda alguna acerca de la afectación del interés público, como tampoco el falseamiento de la competencia de manera sensible.
- j. Por lo demás, los procedimientos sancionadores, una vez incoado el expediente, la CNC podrá adoptar las medidas necesarias tendentes a asegurar la eficacia de la resolución que eventualmente se dicte. Cabe la adopción de medidas cautelares tanto de oficio como a instancia de parte.
- k. Examinadas las actuaciones a la luz de los indicadores internacionales sobre transparencia en la contratación pública, como ha quedado dicho, cabe observar que son muchos los infringidos, por lo que, en el plano y desde la perspectiva de esos indicadores (Unión Europea, OCDE, y otras instancias internacionales), estamos ante un caso de corrupción en la contratación.
- l. En suma: aun cuando todas las actuaciones precedentes anudadas al derecho de separación hubieren sido legítimas, que no lo son, la contratación pública habría de llevarse a cabo sin merma de las garantías y reglas más elementales.

¹⁰² Comisión Nacional de la Competencia: <http://www.cncompetencia.es/Inicio/FAQ/Glosario/tabid/101/Default.aspx?item=176#176>

¹⁰³ Agencia de Defensa de la Competencia de Andalucía Junta de Andalucía.

¹⁰⁴ Art. 3 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia.

Lo que tampoco ha sucedido. Se cierra así el círculo de ilegalidades sin salvedad.

VI. RESPONSABILIDAD DE AUTORIDADES Y FUNCIONARIOS POR NO ACTUAR DE CONFORMIDAD CON LOS CRITERIOS Y PAUTAS DEL BUEN GOBIERNO.

- a. Los poderes públicos actúan sometidos al principio de responsabilidad. El artículo 9.3 de la Constitución así lo dispone como uno de los ejes de su actuación: “la Constitución garantiza el principio de responsabilidad y la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos”.

La articulación de este principio, sin embargo, en el Derecho positivo, se ha llevado a cabo de forma sectorial, dando lugar a diversas instituciones, entre las que destaca la responsabilidad patrimonial de la Administración que se garantiza en el artículo 106 de la Constitución, el resarcimiento de daños y perjuicios por la anulación de actos de la Administración, el régimen disciplinario de los funcionarios, la tipificación de delitos cometidos por autoridades o funcionarios, etc.

La responsabilidad en relación a las autoridades políticas, sin embargo, ha quedado tradicionalmente muy difusa, de modo que, si bien existen normas que concretan responsabilidades que les atañen, como pueden ser las penales, o incluso, las responsabilidades contables, lo cierto es que ha existido el entendimiento general de que se trata de una responsabilidad política, en última instancia a dilucidar en las urnas.

En este sentido se han dictado diversas disposiciones, que establecen exigencias presupuestarias y se articulan las consecuencias para las Administraciones que no siguen estos principios, como es el caso de la Ley de Estabilidad Presupuestaria, las leyes orgánicas que la complementan, la Ley de Economía Sostenible, y los reales Decretos-Leyes dictados en materia financiera y presupuestaria recientemente. Pero el alcance de la responsabilidad queda fundamentalmente circunscrito a las Administraciones, más que a los sujetos que adoptan las decisiones.

- b. Este planteamiento, que ha resultado dramáticamente quebrado en los últimos tiempos, se encuentra en fase de transformación. La sociedad demanda otra perspectiva en la responsabilidad de los gobernantes. El legislador parece que empieza a tomar conciencia de que las prácticas de gobierno que acarrearán perjuicios concretos a la sociedad en su conjunto, no pueden quedar sin consecuencias en el plano de la responsabilidad de los autores, más allá, de la eventual pérdida de confianza del electorado. El buen gobierno, el derecho a la buena administración, las políticas regulatorias (como la impulsada por la Unión Europea –“regular mejor”, o la OCDE), provenientes en buena medida del espacio exterior al Estado, se hallan en la base de estos nuevos enfoques. No es sólo que el ciudadano y contribuyente han de ser tratados con dignidad; es también que de una correcta política regulatoria se siguen innumerables consecuencias económicas para los presupuestos públicos y la sociedad en su conjunto.
- c. En los antecedentes puestos a disposición para la elaboración del presente dictamen se observa la existencia de un conjunto de actuaciones de

autoridades locales que buscan una finalidad concreta -incluso un beneficio, desde la perspectiva de quien las adopta-. Se trata de actuaciones ilegales y económicamente muy relevantes para las respectivas corporaciones, pues rompen de forma unilateral y abrupta obligaciones de contenido económico que voluntaria y legítimamente habían contraído esos municipios, sin tener en cuenta las consecuencias económicas de tales acuerdos de ruptura, de los que, a la postre, responderán en su momento. Son este tipo de actuaciones las que requieren una respuesta de exigencia de responsabilidad.

- d. En esta línea tendencial se encuentra en tramitación un proyecto de ley de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno¹⁰⁵, cuya exposición de motivos, destaca: *“El Título II otorga rango de Ley a los principios éticos y de actuación que deben regir la labor de los miembros del Gobierno y altos cargos y asimilados de la Administración del Estado, de las Comunidades Autónomas y de las Entidades Locales. Igualmente, se clarifica y refuerza el régimen sancionador que les resulta de aplicación, en consonancia con la responsabilidad a la que están sujetos. Este sistema busca que los ciudadanos cuenten con servidores públicos que ajusten sus actuaciones a los principios de eficacia, austeridad, imparcialidad y, sobre todo, de responsabilidad(...).”* En el ámbito subjetivo de aplicación de las normas de buen gobierno se recoge a los altos cargos municipales: *“Este Título será de aplicación a los altos cargos o asimilados que, de acuerdo con la normativa autonómica o local que sea de aplicación, tengan tal consideración”*.
- e. El proyecto establece principios éticos y principios de actuación a los que habrán de atenerse los altos cargos y asimilados. Su enunciación se desenvuelve en un plano de la abstracción y generalización que solo la concreta aplicación perfilará. Destacan entre ellos, por su relación con el contenido de este informe, los siguientes principios éticos: *“(...)3.º Respetarán el principio de imparcialidad, de modo que mantengan un criterio independiente y ajeno a todo interés particular(...) 7.º Asumirán la responsabilidad de las decisiones y actuaciones propias y de los organismos que dirigen, sin perjuicio de otras que fueran exigibles legalmente”*.
- Los principios de actuación más destacables son: *“3.º Pondrán en conocimiento de los órganos competentes cualquier actuación irregular de la cual tengan conocimiento. 4.º Ejercerán los poderes que les atribuye la normativa vigente con la finalidad exclusiva para la que les fueron otorgados y evitarán toda acción que pueda poner en riesgo el interés público, el patrimonio de las Administraciones o la imagen que debe tener la sociedad respecto a sus responsables públicos”*.
- f. El proyecto continúa estableciendo un catálogo de infracciones y las correspondientes sanciones. Así, a título de ejemplo, se tipifica como infracción muy grave: *“(c) La adopción de acuerdos manifiestamente ilegales que causen perjuicio grave a la Administración a los ciudadanos”*.
- g. El catálogo de sanciones, que es donde se produce la verdadera novedad y aportación del proyecto, abarca las siguientes:

¹⁰⁵ Se encuentra en sus estadios iniciales de tramitación parlamentaria.

- i. *“a) La declaración del incumplimiento y su publicación en el «Boletín Oficial del Estado».*
- ii. *b) La destitución en los cargos públicos que ocupen, salvo que ya hubieran cesado en los mismos.*
- iii. *c) La no percepción, en el caso de que la llevara aparejada, de la pensión indemnizatoria creada por el artículo 10 de la Ley 74/1980, de 29 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el ejercicio de 1981.*
- iv. *d) La inhabilitación para ocupar ninguno de los cargos incluidos en el artículo 22 durante un periodo de entre 5 y 10 años”.*

h. El propio proyecto reconoce que las infracciones que recoge pueden estar ya reguladas en leyes especiales, para lo que prevé la suspensión del procedimiento sancionador y la comunicación a la Administración competente. No es ley especial la Ley General Presupuestaria.

i. A modo de resumen, puede decirse que:

- | |
|---|
| <ul style="list-style-type: none">i. a) existe una conciencia de exigencia de responsabilidad por los actos del poder público;ii. b) se halla en tramitación un proyecto de ley cuyo valor es el de compendiar principios, tipificar infracciones y establecer un novedoso cuadro de sanciones;iii. c) que las conductas, sin embargo a que se refiere, se encuentran ya contempladas en su mayoría en legislación especial que será de preferente aplicación;iv. d) Los actos de administración contrarios al buen gobierno, entre los que se encuentran las actuaciones a que se refieren los antecedentes, quedarían encuadrados en las conductas previstas en este proyecto, pero, al día de la fecha, las responsabilidades se exigirán conforme a las normas vigentes, recogidas en otros puntos del DICTAMEN. |
|---|

j. Quiere insistirse, en fin, que sin perjuicio de la aportación que supongan las normas en vías de tramitación, y el “cerco” que la suma de todas ellas están cerrando en torno a conductas como las que aquí se consideran, lo cierto es que, como se ha notado, el ordenamiento ofrece ya vías para su depuración, como se desprende del presente DICTAMEN.

VII. LAS ACTUACIONES MUNICIPALES CONSIDERADAS PODRÁN TRAER CONSECUENCIAS EN EL PLANO DE LA RESPONSABILIDAD DE DISTINTO ORDEN, TANTO DE LA ENTIDAD LOCAL, COMO DE LA PERSONAS QUE INTERVENGAN

- a. Como ha quedado expuesto, la mayor parte de las actuaciones municipales examinadas forman una cadena y constituyen un todo integrado por diversas piezas. El conjunto de las actuaciones produce unos claros perjuicios, tanto a la Mancomunidad como a GIAHSA y, en fin, a los municipios que formaron la Mancomunidad junto con los que ahora se separan en la confianza de un proyecto común a través de compromisos voluntariamente asumidos y que ahora, merced a estas decisiones pueden verse en peligro.
- b. El examen de las diversas responsabilidades requiere la disección de los distintos elementos de esa cadena de actos, al objeto de identificar los perjuicios anudables a cada una de las actuaciones objeto de análisis. Ello permitirá, igualmente, apuntar el procedimiento que debe seguirse en cada supuesto.
- c. Las actuaciones que se identifican como generadoras de responsabilidades de distinto orden –sin perjuicio de la concreción que respecto de cada municipio examinado- son las siguientes:

- | |
|---|
| <ol style="list-style-type: none">i. Separación unilateral y sin observancia de los procedimientos legal y estatutariamente previstos para separarse de la Mancomunidad;ii. Resolución del convenio celebrado entre MAS, GIAHSA, y Ayuntamiento para la estabilidad de los servicios mancomunados del ciclo integral del agua;iii. En su caso, declaración de lesividad de la concesión de infraestructuras del ciclo integral del agua;iv. En su caso, acuerdo de suspensión de la concesión con ocasión de la declaración de lesividad;v. Contratación para gestión indirecta del servicio del ciclo integral del agua utilizando el supuesto de emergencia.vi. Falseamiento de la competencia |
|---|

- d. *Separación unilateral y sin observancia de los procedimientos legal y estatutariamente previstos para separarse de la Mancomunidad*¹⁰⁶. Los municipios, en virtud de las potestades que la Constitución y el ordenamiento jurídico le atribuyen pueden elegir o no integrarse en una mancomunidad. Por la misma razón, están facultados para separarse. Ahora bien, por el camino reglamentario. Una cosa es la autonomía para decidir y otra, muy distinta, que no haya que observar valor o bien jurídico alguno. Son muchas las consecuencias que se generan y los efectos que se irrogan cuando de una separación se trata. De ahí que la Ley y el Derecho hayan establecido el *cómo*.

En otras palabras: una vez integrados solo podrán separarse de las mismas si se siguen las exigencias legales (artículo 76 LALA) y estatutariamente (artículo 31) previstas, atendiendo en todo caso las obligaciones económicas comprometidas. Si el Ayuntamiento actúa de forma unilateral, “de facto”, sin respetar los trámites, plazos, deberes, y exigencias económicas a que está obligado, surgirán responsabilidades que les serán exigibles. Tiene una responsabilidad que le es exigible. Si a la infracción legal, se añade la estatutaria, y los acuerdos de estabilidad establecidos, no hace sino fortalecerse tal conclusión. Esta responsabilidad tendrá el alcance legal y estatutariamente establecido.

- e. *Resolución del convenio*¹⁰⁷ *celebrado entre MAS, GIAHSA, y Ayuntamiento*¹⁰⁸ *para la estabilidad de los servicios mancomunados del ciclo integral del agua.* Este convenio administrativo puede ser objeto de resolución, pero dada su naturaleza contractual, esta resolución no puede ser unilateral, impuesta por el Ayuntamiento, y por tanto, esa resolución dará lugar a los daños y perjuicios correspondientes a favor de la MAS. Se trata de una responsabilidad administrativa contractual (el convenio se excluye en su regulación de la Ley de Contratos del Sector Público, sin perjuicio, pero el término contractual debe entenderse como “convencional-bilateral-sinalagmático”). La responsabilidad contractual es la que se establece en el propio contrato o convenio (cláusula 5ª). Es por vía de este convenio como se asume el contenido del acuerdo de la MAS de 12-11-10, sobre procedimiento y requisitos de separación.

A la responsabilidad expuesta, hay que añadir la que resultaría de la cláusula 6ª del convenio, de haber sido utilizada dicha posibilidad. Resulta difícil, cuantificar en este punto la responsabilidad contractual o convencional si se prefiere, porque no será solo la inmediatamente derivada de la resolución unilateral del convenio (cláusula 5ª), sino todas las responsabilidades que, frente a terceros, haya adquirido GIAHSA, y resulten de obligado incumplimiento como consecuencia de la resolución, vgr., resolución de créditos, resolución de contratos de trabajo, adquisición de bienes, etc.

- f. La declaración de lesividad, aparentemente, por sí misma, no acarrearía perjuicios al favorecido por el acto, ya que no tiene eficacia anulatoria. Esto es una apariencia, pues es llano que si el sujeto favorecido, en este caso GIAHSA, desarrolla una actividad económica-gestión del ciclo integral del agua- en un mercado-ayuntamientos y entes públicos de la provincia de Huelva-, la declaración de lesividad, aunque por sí sola no tenga eficacia, sino que opere como presupuesto de la impugnación jurisdiccional, sí que afecta a las expectativas y proyección que tiene en esa actividad y mercado, de forma que puede condicionar de modo muy directo las relaciones con los

¹⁰⁷ Véase la jurisprudencia sobre la naturaleza de los convenios.

¹⁰⁸ En virtud de este convenio, el ayuntamiento: a) se obliga a permanecer en MAS 30 años; b) se compromete a otorgar, antes de 31-12-10, concesión demanial por 30 años; c) en caso de separación anticipada de MAS, deba realizar unas aportaciones extraordinarias (fijadas porcentualmente para cada municipio); d) asume que, en caso de separación, seguirá el procedimiento del acuerdo de MAS de 12-11-10; e) asume la ampliación de capital con independencia de las consecuencias por revocación de la concesión; f) se obliga a ratificar cesiones o pignoraciones de los derechos de crédito que se derivan de la prestación de determinados servicios de la prestación de CIA; g) se obliga a otorgar todos los actos necesarios para que los cesionarios de dichos derechos puedan realizarlos íntegramente si GIAHSA no lo hiciera (*vamos, que tiene que permitir que el banco, cuando ejecute la prenda del derecho pueda adjudicarlo a un tercero*).

miembros de dicho mercado, que por ejemplo pueden retraerse al percibir una señal de debilidad de GIAHSA. De hecho, en diversas resoluciones y acuerdos, se invoca esta circunstancia por el ayuntamiento autor de la declaración de lesividad, y se pone también de manifiesto esta perspectiva las abundantes noticias aparecidas en los medios de comunicación. Este perjuicio debe ser pericialmente cuantificado. Se trata de un daño moral, que, naturalmente, no es sólo atribuible a esta específica actuación (la declaración de lesividad), sino que habrá de ponerse en su debido contexto.

- g. La *suspensión de la concesión*, de algún modo, materializa el daño potencial que el objetivo de la declaración unilateral de la lesividad entraña. Desde ese momento, el daño se hace efectivo, a los efectos de la derivación de responsabilidad administrativa (y personal), ya que se anticipan los efectos de una eventual sentencia que anule la concesión. El acuerdo de suspensión de la concesión objeto de la declaración de lesividad produce perjuicios inmediatos de imposible reparación, en tanto que es un anticipo de la sentencia del recurso contencioso de lesividad, la cual no se ha producido. Si la sentencia fuera desestimatoria, se habría anticipado la ejecución de una sentencia estimatoria inexistente, perjudicando de manera real y efectiva a GIAHSA, al no poder explotar la concesión legítimamente obtenida. Como consecuencia de ello, la responsabilidad del Ayuntamiento es clara y, habría de indemnizar los daños y perjuicios ocasionados. Aquí estamos ante daños emergentes y lucro cesante.
- h. *Contratación del servicio integral del agua con una tercera empresa*. En los supuestos en que no se ha producido declaración de lesividad de la concesión, sino que se ha procedido directamente a la contratación, es entonces cuando se materializa el daño. La anomalía en esta contratación genera perjuicios indemnizables para GIAHSA, por sí sola. En cuanto es una pieza de un todo, que cierra el círculo de la actuación municipal y que ha actuado como causa o motivo de ésta, puede servir para comprender o explicar los actos generadores de perjuicios,.
- i. Distinta cuestión es la responsabilidad personal de los miembros de la corporación que hayan votado a favor de esta contratación. La Disposición Adicional 19ª del TRLCSP regula la responsabilidad de las autoridades y personal al servicio de las Administraciones Públicas en materia de contratación, afirmando que los daños que causen así a particulares como a la propia corporación se exigirán con arreglo a lo dispuesto en el Título X de Ley 30/1992. En consecuencia, los daños y perjuicios serán exigibles directamente a la corporación y ésta podrá repetir frente a las autoridades y personal sin concurrir dolo o culpa grave.
- j. debiendo destacarse singularmente la eventual responsabilidad contable. Aquí estamos igualmente ante daños emergentes y lucro cesante.
- k. *Responsabilidades personales en el orden administrativo*. En todo caso, como ya se ha destacado, la ilegalidad en el proceder del Ayuntamiento resulta tan grosera, y responde, además, a una estrategia más alta y de conjunto cuya finalidad parece consistir en la adjudicación de la gestión del ciclo integral del

agua y RSU a terceros para obtener un mayor beneficio a corto plazo¹⁰⁹, que, sin perjuicio de las responsabilidades *penales* de autoridades, terceros y asesores que resulten exigibles, y de otras responsabilidades que por ilícito administrativo (contabilidad, falseamiento de la competencia) pudieran derivarse, lo cierto es que concurren los presupuestos para que pueda hablarse de responsabilidades de orden personal, respecto de los miembros de la corporación local que hayan favorecido los acuerdos (artículo 78 LBRL):

- | |
|--|
| <ul style="list-style-type: none">i. Los miembros de las corporaciones locales son responsables civil y penalmente de los acuerdos que adoptan (artículo 78 de la LBRL).ii. Además, cuando actúen con dolo o negligencia grave, en caso de declaración de responsabilidad patrimonial declarada con cargo al Ayuntamiento, éste podrá repetir por las cantidades abonadas en tal concepto contra aquéllos miembros.iii. En el presente caso, la secuencia de actos, y los escritos cruzados entre GIAHSA y Ayuntamientos, permiten apreciar –con carácter general- la concurrencia de dolo o negligencia grave en los miembros de la corporación, sin perjuicio de las singularidades que en cada caso quepa identificar respecto de cada caso concreto. |
|--|

¹⁰⁹ *Vid.* Correo electrónico de 12 de octubre. FCC, y Grupo RAGA, según los pueblos son los nuevos contratistas.

VIII. SÍNTESIS DE LAS RESPONSABILIDADES A QUE PUEDE DAR LUGAR LA OPERACIÓN EN SU CONJUNTO

RESPONSABILIDAD	CONCEPTO Y CARÁCTER	ESTIMACIÓN
<p><i>Contractual</i></p> <p>(Ley de Contratos del Sector Público D.A. 19ª y Código Civil) Estatutos de la Mancomunidad, Acuerdos adoptados</p>	<p>Daños y perjuicios derivados de: a) la ruptura del convenio para la estabilidad; b) por la contratación de emergencia.</p>	<p>a) Conceptos para el supuesto de separación anticipada previstos en convenio. b) Daño emergente y lucro cesante por pérdida de la explotación CIA y RSU(solapamiento con responsabilidad por actos ilegales)</p>
<p><i>Extracontractual o patrimonial por actuación ilegal</i></p> <p>(arts. 139 y ss. Ley 30/1992; art. 31.2 LJCA)</p>	<p>Daños y perjuicios derivados de la ilegalidad de la actuación (la Mancomunidad sufre un daño antijurídico, y con ella los municipios integrantes, que no están obligados a soportar).</p>	<p>Daño emergente y lucro cesante(conceptos previsto en LALA, estatutos MAS) Daños morales(afección al prestigio de GIAHSA en la provincia de Huelva valorable económicamente). Daños de defensa jurídica y de peritaje, y otros posibles.</p>
<p><i>Personal de autoridades y funcionarios frente a los ayuntamientos. Acción sustitutiva de los vecinos.</i></p> <p>(arts. 146 y ss. Ley 30/1992; 78 LBRL; D.A. 19 TRLCSP; art. 68 LBRL)</p>	<p>Dolo o negligencia o culpa graves</p>	<p>Responsables de los daños contractuales y extracontractuales abonados por la administración o sufridos por ésta. Disciplinaria.</p>
<p><i>Personal de sujetos públicos y privados intervinientes</i></p> <p>(art. 3 y concordantes de la Ley 15/2007, de 3 de</p>	<p>Administrativa: falseamiento de la competencia por actos desleales</p>	<p>Infracción grave. Multa</p>

julio, de Defensa de la Competencia)		
<i>Personal de autoridades y funcionarios, y sujetos privados intervinientes</i>	Penal. Delitos cometidos por funcionarios y autoridades.	Prisión, inhabilitación, multa. Responsabilidad civil derivada del delito: reparación del daño causado.

XI SOBRE LA RESPONSABILIDAD PENAL

- a. Aun cuando no constituya el objeto del presente dictamen, apuntar la eventual responsabilidad penal de los miembros de la corporación que hayan votado a favor de los acuerdos secuenciados resulta inevitable. Ni siquiera la cobertura del informe del secretario del ayuntamiento o de asesor jurídico externo alguno evitará que cabalmente pueda plantearse la exigencia de responsabilidad criminal. Como es conocido, la prevaricación -único delito que apuntamos por ser característico- requiere que la violación de la legalidad haya sido grosera, patente y clara, indiscutible, y visible a todas luces por quien la realiza. Pues bien, tanto la secuencia de actos, como la ausencia de cita de precepto infringido en el acuerdo de lesividad, que constituye el requisito mínimo imprescindible para anular un acuerdo, o, incluso, la carencia de la motivación preceptiva para el acuerdo de suspensión, nos hacen ver la concurrencia de un comportamiento delictivo. Tan es así que los responsables de la Mancomunidad difícilmente podrían eludir el mandato contenido en los artículos 259 y 262 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.
- b. En efecto, la secuencia de actos, la coincidencia en los métodos y procedimiento, la copia literal de los acuerdos de unos municipios respecto de otros, el recurso a la contratación de emergencia cuando existen pronunciamientos judiciales que avalan su no concurrencia¹¹⁰, y que el beneficiario último sea la misma empresa¹¹¹, permite apuntar no solo un delito de prevaricación, sino hechos que pueden encerrar diversos delitos relacionados con la corrupción, por los que una empresa, a través de contrataciones irregulares, consigue la gestión del ciclo del agua de las poblaciones de una provincia. Con este cariz puede tomarse en consideración la formulación de denuncia debidamente documentada a la Fiscalía General del Estado, concretamente a la Fiscalía Especial de Delitos Económicos relacionados con la Corrupción¹¹².

¹¹⁰ Sentencias TSJA Social.

¹¹¹ AQUALIA, Moguer, Lepe, Valverde, ...

¹¹² Artículo 19 del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal: Cuatro. La Fiscalía contra la Corrupción y la Criminalidad Organizada practicará las diligencias a que se refiere el artículo Cinco de esta Ley e intervendrá directamente en procesos penales, en ambos casos siempre que se trate de supuestos de especial trascendencia, apreciada por el Fiscal General del Estado, en relación con:

- b) Delitos de prevaricación.
- c) Delitos de abuso o uso indebido de información privilegiada.
- d) Malversación de caudales públicos.
- e) Fraudes y exacciones ilegales.
- f) Delitos de tráfico de influencias.
- g) Delitos de cohecho.
- h) Negociación prohibida a los funcionarios.
- i) Defraudaciones.
- k) Alteración de precios en concursos y subastas públicos.
- l) Delitos relativos a la propiedad intelectual e industrial, al mercado y a los consumidores.
- o) Delitos de corrupción en el sector privado.
- p) Delitos conexos con los anteriores.

IX. CONCLUSIONES FINALES

A results de cuanto antecede, cabe concluir en la *manifiesta ilegalidad* de la *operación diseñada*, tanto si se examina en su conjunto (en cuanto estrategia al servicio de determinados fines), como en cada una de las piezas que componen la secuencia.

El grado de evidencia de esas ilegalidades –y de la orquestación de ese diseño- es tal que resulta sorprendente, y añade un plus a diversos efectos (responsabilidades patrimoniales y personales, entre otros).

Por vía de síntesis, son de destacar las siguientes conclusiones:

- a. El **derecho de separación** *carece de justificación objetiva en todos los casos* (i); no se basa en una ponderación real de los elementos a considerar (ii); no se ha ejercido de conformidad con las reglas de juego establecidas, por lo que constituye en rigor un simple *abandono* (iii), causante por otra parte de un daño que tanto el municipio como los actores, en el plano personal, habrán de indemnizar (iv). El uso abusivo de este derecho explica, y se erige en, la *causa primaria* de la cadena de ilegalidades subsiguientes (lesividad, y/o contratación de urgencia, entre otras), a las que no se habría recurrido de seguro de haberse ejercido el derecho de separación en la forma debida. En otras palabras:

- i. El ejercicio del derecho de separación de la mancomunidad se ha montado sobre un triple y evidente error jurídico:

1. se ha servido improcedentemente, por decirlo gráficamente, del “Derecho Administrativo de las técnicas unilaterales”, en lugar, como resultaba exigible, del “Derecho Administrativo del arreglo pacífico de controversias” (letra “b” siguiente), lo que genera, dicho sea colateralmente, un indebido bloqueo entre Administraciones que repercute sobre el ciudadano;
2. se ha invocado la discrecionalidad y la autonomía local como si significaran que “puedo decidir lo que quiera” mientras cuente con la mayoría adecuada;
3. se ha confundido “discrecionalidad” y “autonomía local” con “desvinculación de la Ley y el Derecho”, con abierto desconocimiento del principio constitucional del pleno sometimiento de la Administración (local) a la Ley y al Derecho (art. 103.1).

- ii. Desde ese triple error de perspectiva –relevante para el Derecho- se explica, a modo de consecuencia obligada o de efecto dominó, el desconocimiento de otras garantías, obligaciones, principios y mandatos.

Baste citar una de estas obligaciones aquí inobservada, la **obligación de motivar las decisiones discrecionales** (ahora, la de separación de la mancomunidad), cuya razón de ser estriba en que toda decisión de un poder público en un Estado de Derecho ha de ser racional y racionalizable, y, en consecuencia, transparente y explicable, puesto que **discrecionalidad no es igual a arbitrariedad** (léase capricho, decisión improvisada, o incurra en desviación de poder), y requiere siempre una motivación real, efectiva, sincera, expresiva de la ponderación (bienes, derechos, costes, etc.), del procesamiento de la información necesaria para resolver. No resulta admisible una motivación “pro forma”, no vale con rellenar unas líneas. Al fin y al cabo, la motivación se expone para que pueda ser discutida. En los casos examinados, **los intentos de motivación no responden a las antedichas exigencias**.

- iii. Aquí, habida cuenta la ausencia de causas justificativas y de procedimiento, no puede hablarse, técnicamente, de ejercicio –si acaso de abuso– del derecho de separación. Se trata de un mero **abandono**.
- iv. Las “cuentas” no se han tenido en cuenta, si no es para negarse a su satisfacción.
- v. La decisión de separación, en consecuencia, está *viciada en origen*:

- 1. Por ausencia de presupuesto habilitante (causas reales de necesidad del servicio) y falta de motivación real y efectiva; por incumplimiento de todo acuerdo, condición o procedimiento; por desviación de poder (finalidad ajena a la intrínseca);
- 2. El abandono se convierte en la puerta de entrada de las ilegalidades subsiguientes, tendentes a los cambios en la gestión del servicio.

- vi. A results de cuanto ha quedado dicho, puede hablarse de “culpa o negligencias graves”, en el sentido y a los efectos del art. 145.3 de la Ley 30/1992, esto es, al objeto de exigencia de responsabilidad patrimonial de las autoridades y personal al servicio de los Ayuntamientos, instrucción de procedimiento que puede ser instada por cualquier vecino. Sólo por la forma abusiva en que se ha ejercido el derecho de separación puede fundarse la exigencia de responsabilidad *personal*. Si a ello se unen las actuaciones subsiguientes la conclusión no hace sino fortalecerse.

- b. Desconocimiento del **medio natural de arreglo de controversias**. El **derecho de separación** se ha invocado en forma *desleal* con la mancomunidad, desde el momento en que ninguna de las motivaciones en que, aparentemente, ha querido justificar su decisión han sido expuestas o debatidas en los órganos de representación de la mancomunidad, que constituye el medio natural:

- i. Existe para el escenario que aquí se considera un “Derecho Administrativo del arreglo pacífico de controversias, del consenso, del debate y de la cooperación”, y que se resuelve y reside en los órganos de representación de la Mancomunidad –y de su ente instrumental-, del que forman parte los municipios en cuestión. Ahí es, en esta sede, donde han de plantearse las cuestiones suscitadas. Es ahí donde tienen suficiente representatividad –al fin y al cabo son ellos también Mancomunidad-, para hacerse oír, expresar sus discrepancias y necesidades, e incluso presentar sus votos particulares o discrepantes, en caso de perder una votación.
- ii. El hecho de que no se haya hecho uso de ese *cauce natural* resulta significativo –no ya de la mala fe, de falta de lealtad institucional-, sino de

la desviación de poder, del uso abusivo de la fuerza de las técnicas unilaterales (declarativa y ejecutiva).

- c. La **declaración de lesividad** (y ulterior **suspensión**), en los casos en que se ha producido, *carece de fundamento o base real*. No concurre, en ningún caso, ninguna de las dos condiciones previas o presupuestos habilitantes, para su adopción (ilegalidad y afectación del interés general). En todos los supuestos examinados, por consecuencia, queda en evidencia que la motivación resulta insuficiente; que la declaración deviene arbitraria, y que su invocación es desproporcionada. Y ello en sí misma considerada. Porque si estas declaraciones de lesividad se ponen en el contexto de la secuencia de actuaciones practicadas -o eslabones de la cadena- salta a la vista la insinceridad de la medida, su ejercicio abusivo, y la desviación de poder en que incurre, al servicio de fines no admitidos por el ordenamiento jurídico.

La obviedad de estas infracciones permite concluir, entre otras cosas, en la exigibilidad de la responsabilidad *personal* de autoridades y empleados intervinientes a los efectos de indemnización patrimonial (art. 145.3 de la Ley 30/1992).

- d. *La supuesta “emergencia” ha sido provocada por la indebida actuación municipal*. Las **contrataciones de emergencia incurren en iguales vicios**, tanto desde la perspectiva de su contaminación –por su apoyo en una cadena de actuaciones precedentes que cae por su propio peso-, como aisladamente consideradas. *En lo que hace a esta última dimensión –considerada en sí misma- carecen de base*. No concurre, sin ningún género de duda, ninguna de las causas –presupuesto inexcusable- justificativas. **No están justificadas, ni, por tanto, motivadas**. La obviedad de estas infracciones permite concluir, entre otras cosas, en la existencia de la responsabilidad *personal* de autoridades y empleados intervinientes a los efectos de la exigencia de indemnización patrimonial (art. 145.3 de la Ley 30/1992). En nada cambia esta conclusión –ilegalidad y responsabilidad- el hecho de que en algún caso se hayan pedido algunas proposiciones. Lo cierto es que la contratación de emergencia contraría abiertamente la **legislación de contratos del sector público**, y el **Derecho de la Unión Europea** en materia de defensa de la competencia y contratación pública. Las irregulares actuaciones en materia de contratación son no sólo denunciables ante el organismo regulador nacional (defensa de la competencia), sino ante la propia Comisión Europea, a través de su Dirección General de Competencia¹¹³.

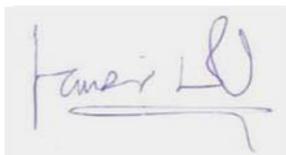
La contratación de emergencia **contraría además todos los indicadores** sobre contratación, competencia, transparencia y lucha contra la corrupción, elaborados por los organismos reguladores, la Comisión Europea, organizaciones internacionales, y ONG sobre transparencia internacional.

En suma, las contrataciones de emergencia –destinadas, según parece, a adjudicar a la misma contratista el servicio, a cambio de financiación- constituyen un manifiesto despropósito jurídico en sí mismo:

¹¹³ http://ec.europa.eu/dgs/competition/index_es.htm

- i. se utiliza la contratación pública para fines ajenos para los que está concebida, por lo que se incurre en *desviación de poder*;
- ii. se desconoce total y absolutamente el *procedimiento administrativo de contratación* legal y comunitariamente previsto (nulidad radical);
- iii. se rompen las reglas de la *libre competencia*;
- iv. se utiliza una *motivación aparente* e insincera, que, con todo, no llega a ser *justificativa*, ni *suficiente*, con vulneración del *deber de transparencia*;
- v. y se adjudica el contrato a una misma contratista, con clara infracción de los indicadores nacionales, europeos e internacionales de lucha *contra la corrupción* (v). Aunque las actuaciones precedentes fueren conformes a Derecho (separación, lesividad), que no lo son, la contratación de emergencia no logra obtener el aprobado por ningún concepto y suma, por el contrario, numerosos vicios.

- e. Las actuaciones –privadas y públicas– producidas constituyen un **falseamiento de la competencia por actos desleales**, cuya investigación, mediante la oportuna denuncia, puede interesarse ante el organismo regulador competente.
- f. La **responsabilidad contractual** y **extracontractual** (por actuación ilegal) como consecuencia de la separación de la mancomunidad han quedado suficientemente acreditadas; son sin duda relevantes por su magnitud, cuantía y evidencia; y supondrán, dejando ahora al margen responsabilidades personales (en el plano civil, administrativo, y penal), un empobrecimiento injustificable para las respectivas haciendas locales.
- g. Concurren datos suficientes para sostener la **responsabilidad personal** de las autoridades o miembros electos, del personal al servicio de la Administración, y de los sujetos privados, que hayan intervenido en las distintas secuencias a que se ha hecho referencia, tanto a efectos **patrimoniales** por los daños y perjuicios causados mediando dolo, o culpa o negligencia graves; como **penales** por prevaricación.
- h. En resumen: *la ilegalidad de la separación concluye con la ilegalidad de la contratación. La operación en su conjunto, pues, se inscribe en una suerte de ciclo completo de ilegalidad.*



Fdo.: Javier Barnes

Javier Barnes es Catedrático de Derecho Administrativo; consultor de Administraciones públicas y asesor internacional para la reforma administrativa. Ha sido letrado del Tribunal Constitucional, y Consejero del Consejo Consultivo de Andalucía, así como consejero de firmas legales internacionales. Es Profesor visitante en diversas universidades europeas y norteamericanas como especialista en Derecho Administrativo Comparado