



MINISTERIO
DE JUSTICIA

AVOGACÍA XERAL DO ESTADO-
DIRECCIÓN DO SERVIZO XURÍDICO
DO ESTADO

AVOGACÍA DO ESTADO NA CORUÑA

ABOGACÍA GENERAL DEL ESTADO-
DIRECCIÓN DEL SERVICIO JURÍDICO
DEL ESTADO

ABOGACÍA DEL ESTADO EN A CORUÑA

En fecha 8 de junio de 2021 se nos ha dado traslado de un documento denominado “Acuerdo entre la Autoridad Portuaria de Vigo, el Consorcio de la Zona Franca de Vigo, el Instituto Galego de Vivenda e Solo y UFD Distribución Electricidad, SA para la alimentación eléctrica de la PLISÁN”, documento en relación con el cual emitimos el siguiente

INFORME

Primero.- El documento remitido tiene la calificación de “acuerdo”, expresión que nos obliga a definir su naturaleza jurídica, dado que un “acuerdo” tanto puede ser un convenio administrativo o un contrato, no pareciendo que exista posibilidad de que se trate de una figura distinta o intermedia entre las dos mencionadas. Si nos halláramos ante un Convenio administrativo, debería aplicarse la Ley de Régimen Jurídico del Sector Público ley 40/2015 de 1 de octubre, por lo que el acuerdo tendría que sujetarse a la denominación, estructura y tramitación prevista en los artículos 47 a 53 de dicha ley, incluida la necesidad del Informe del Ministerio de Hacienda, al tratarse de un Convenio en el que dos de los firmantes son entidades dependientes de la Administración del Estado (artículo 50.2). Si por el contrario su naturaleza fuera la de un contrato celebrado por una administración pública, debería aplicarse la legislación de contratación administrativa, ley 9/2017 de Contratos del Sector Público o el RDL 3/2020 que regula los llamados “sectores excluidos”.

En cuanto a las características de las actividades que se pretenden realizar, están explicadas con detalle en el informe de la entidad Oxi 4, de 7 de abril de 2021. Se trata de dotar a la PLISÁN de las infraestructuras precisas para el suministro de

CORREO ELECTRÓNICO:

aeacoruna@dsje.mju.es

C/ Alcalde Manuel Casas s/n 2º
15001 A CORUÑA
TEL.: 981203346
FAX: 981226932



electricidad a las parcelas. En el informe se explica que de las dos subestaciones eléctricas de transformación que podrían dar servicio a la PLISÁN, la única que tiene capacidad suficiente para ello es la SET de Salvaterra propiedad de UFD. En cualquier caso, para cumplir el objetivo planteado sería necesario realizar, a su vez, dos actividades: a) la ampliación de potencia de la SET y b) el desarrollo de las estructuras de distribución, con la finalidad de llevar la red de distribución hasta las propiedades de la PLISÁN.

Por otro lado, en el borrador de acuerdo que nos ha sido remitido se establece que la realización de los trabajos tiene por finalidad el desarrollo de infraestructuras eléctricas de media y baja tensión que pueden conceptuarse como trabajos de refuerzo, adecuación, adaptación o reforma de instalaciones de la red de distribución existente para incorporar nuevas instalaciones, así como trabajos para la nueva extensión de la red desde la distribución existente hasta las propiedades de la PLISAN. Las actuaciones tanto de refuerzo, adecuación, adaptación o reforma de instalaciones de la red eléctrica, así como las de nueva extensión, son figuras objeto de regulación en la normativa especial del sector eléctrico que tienen singularidades específicas y entrañan un conjunto de operaciones complejas.

En el informe de Oxi 4 se indica que la fórmula más adecuada para encauzar jurídicamente la realización de estas actividades de notable complejidad técnica es mediante la celebración de un convenio de colaboración que defina los derechos y obligaciones de las partes. Vamos a analizar esta posibilidad.

Los Convenios de Colaboración están definidos y regulados en la LRJSP 40/2015 de 1 de octubre. De esta regulación nos interesa destacar dos notas que delimitan la propia figura de los convenios: tiene que tratarse de acuerdos con efectos jurídicos para la consecución de un fin común (artículo 47.1, pfo 1º); no pueden los convenios tener por objeto las prestaciones propias de los contratos



(artículo 47.1, pfo 3º).

Si bien la primera nota podría concurrir, debemos detenernos en el segundo de los requisitos apuntados. Como hemos señalado, la finalidad principal de la actuación es hacer todos los trabajos necesarios para la extensión o refuerzo de la red de distribución de energía eléctrica, a cambio de la retribución que los promotores tengan que abonar por tal prestación. Tenemos pues que analizar si esta actividad constituye o no una prestación contractual de las reguladas en la legislación de contratos. En este sentido, si bien el contenido del “acuerdo” tiene unas características complejas que requiere, en ciertos aspectos, una actuación coordinada o de colaboración entre los solicitantes y la entidad distribuidora de electricidad, parece que el elemento esencial del “acuerdo” radica en una serie de actuaciones que la compañía distribuidora realiza en sus propias instalaciones o en el suelo y subsuelo de la PLISÁN para poder establecer las infraestructuras y elementos que permitan, en el futuro, el suministro de electricidad a las parcelas de la PLISÁN y todo ello se realiza a cambio de una retribución, por lo que el componente de prestaciones recíprocas o sinalagmáticas entre ambas partes es claro, lo que nos inclina a estimar que nos hallamos ante una prestación de naturaleza contractual que difícilmente encaja en la figura de un Convenio de colaboración, tal como los define la Ley 40/2015 y tal como los describen los informes de la Abogacía General del Estado 12/2017 y 13/2008:

*“El convenio tiene como punto de partida un supuesto preciso, cual es la existencia de **dos (o más) partes que tienen competencias o funciones concurrentes, al menos complementarias, sobre una misma realidad material o, lo que es igual, persiguen fines comunes, cuya consecución se articula mediante la puesta en común y de forma coordinada por ambas partes de medios personales, materiales o de ambos para la obtención de una finalidad común, de la que resultan así ser cogestoras, participando igualmente de forma común o conjunta en el resultado obtenido; todo ello hace que la nota***



característica de esta figura sea, como lo denota su propia denominación, la cooperación o colaboración de las partes por razón precisamente de esa comunidad de fines”.

Por lo tanto, lo esencial, en un convenio de colaboración, es la existencia de un actuación conjunta de las partes para la consecución de un fin común y no la existencia de obligaciones recíprocas y causalmente condicionadas entre los contratantes.

Además, los convenios regulados en la ley 40/2015 suelen tener un componente jurídico público al tratarse de un instrumento de colaboración entre entidades públicas o entidades públicas o privadas principalmente para el ejercicio de funciones o competencias administrativas, lo cual no encaja muy bien con unas actividades cuya finalidad es dotar de determinadas infraestructuras a bienes patrimoniales de las Administraciones promotoras que las mismas pretenden vender, una vez urbanizados, a empresarios particulares, en condiciones análogas a como podría realizarlo un promotor particular.

La primera conclusión, por lo tanto, es que nos hallaríamos ante una figura que no encaja con facilidad en la figura de un convenio de colaboración y que tiene una naturaleza claramente contractual. Al tratarse de un contrato celebrado por unas entidades dependientes de la Administración, estaría sujeto a la legislación de contratos del sector público: es un contrato “oneroso” celebrado por alguna de las entidades del artículo 3 (artículo 2.1 LCSP) y que, por lo ya expuesto, no sería una figura excluida de la aplicación de dicha ley, al no encajar en el concepto típico de Convenio de Colaboración (artículo 6 LCSP).

Entendemos que el contrato estaría sujeto a la legislación general de contratación, dado que aunque la normativa de sectores excluidos contempla, como un prestación sujeta a tal modalidad contractual, “*la puesta a disposición o la*



explotación de redes fijas destinadas a prestar un servicio al público en relación con la producción, transporte o distribución de electricidad” (artículo 10.1 a) RDL 3/2020 de 4 de febrero) tal supuesto parece estar pensando en las contrataciones que realicen las Compañías eléctricas con contratistas particulares.

Segundo.- Sentado el presupuesto de que el acuerdo sometido a nuestra consideración tiene que realizarse como un contrato del sector público, debemos plantearnos, a continuación, cuál sería el tipo de contrato aplicable.

La cuestión no es sencilla, dada la complejidad y variedad de las prestaciones de las partes, las cuales incluyen actividades en las propias instalaciones de la entidad distribuidora (como la ampliación de la potencia del SET o las tareas de conexión de la red), otras que suponen la realización de trabajos de elaboración de estudios técnico económicos o de supervisión de las actividades que los solicitantes deben realizar en sus propias instalaciones e inmuebles para la extensión de la red (cláusula 4), junto de trabajos de conexión a las redes de distribución.

Dadas estas circunstancias, estimamos que las prestaciones que realiza la compañía distribuidora no tienen un encaje claro en ninguno de los contratos administrativos típicos: no se trata propiamente de un contrato de obra, entre otras cosas porque algunas de las actividades de conexión e integración de redes eléctricas se realizan en instalaciones propias de la compañía distribuidora y, junto a lo anterior, tenemos prestaciones de supervisión o realización de estudios de diversa índole. Todos estos cometidos que, como ya hemos señalado, se enmarcan en lo que serían actividades de refuerzo o extensión de redes eléctricas de distribución, como decimos, no encajan claramente en las figuras contractuales típicas, sin que tampoco sea sencillo identificar, delimitar y deslindar cada una de las prestaciones, de manera que se pueda a la figura de los contratos mixtos que se regula en el artículo 18 LCSP.



Por todo ello, estimamos que nos hallaríamos ante un contrato privado que celebra la Administración a tenor de lo previsto en el artículo 26 LCSP en el que se indica que tendrán la consideración de contratos privados los que celebren las Administraciones Públicas cuyo objeto sea distinto de los contratos administrativos típicos, esto es, contrato de obra, de concesión de obra, de concesión de servicios, de suministro y de servicios, o de aquellos a los que una ley atribuya expresamente el carácter de contratos administrativos.

Se trataría, por lo tanto, de un contrato privado celebrado por una Administración Pública. Estos contratos se tienen que someter en cuanto a su preparación y adjudicación, a las normas establecidas en el Libro Segundo, Título I, Capítulo I, Secciones 1ª y 2ª de la LCSP.

Tercero.- También querríamos hacer algunas reflexiones acerca del procedimiento de adjudicación que podría ser aplicable en un supuesto tan singular como el presente.

En concreto, debemos plantearnos si podría ser aplicable alguno de los supuestos que permiten acudir a los procedimientos negociados sin publicidad.

El artículo 168 a) 2º LCSP prevé la utilización de este procedimiento “*cuando las obras, los suministros o los servicios **solo puedan ser encomendados a un empresario determinado**, por alguna de las siguientes razones: que el contrato tenga por objeto la creación o adquisición de una obra de arte o representación artística única no integrante del Patrimonio Histórico Español; que **no exista competencia por razones técnicas; o que proceda la protección de derechos exclusivos, incluidos los derechos de propiedad intelectual e industrial.***

La no existencia de competencia por razones técnicas y la protección de



derechos exclusivos, incluidos los derechos de propiedad intelectual e industrial solo se aplicarán cuando no exista una alternativa o sustituto razonable y cuando la ausencia de competencia no sea consecuencia de una configuración restrictiva de los requisitos y criterios para adjudicar el contrato”.

Estimamos que estas circunstancias pueden concurrir en el caso presente dado que gran parte de los trabajos tienen que ser realizados por la entidad distribuidora en sus propias instalaciones y, además, del informe de la entidad Oxi 4 se deduce que el abastecimiento eléctrico de la PLISAN solo se puede llevar a cabo desde la SET de Salvaterra propiedad de UFD. Por otro lado, a tenor de la normativa sectorial, los trabajos de refuerzo, adecuación, adaptación o reforma de instalaciones de una red de distribución existente y en servicio tienen que ser realizados necesariamente por el distribuidor, al ser el propietario de esas redes y por razones de seguridad, fiabilidad y calidad del suministro (artículo 25 RD 1048/2013, de 27 de diciembre). Todo ello puede llevarnos a la conclusión de que nos hallamos ante un contrato que solo puede ser encomendado a un empresario determinado a tenor del artículo 168 a) 2º LCSP, si bien esta circunstancia tendrá que ser debidamente justificada en el expediente de contratación.

Por último, si se va a acudir a una fórmula contractual, podría plantearse la posibilidad de que la comisión de seguimiento o la comisión ejecutiva de la PLISAN acordase que fuese una sola de las administraciones promotoras la que abordase la contratación para evitar la complejidad que supone la existencia de un contrato suscrito por tres administraciones que podrían tener, en algunos aspectos puntuales, regímenes jurídicos diferentes.

Conclusiones:

Primera.- El acuerdo sometido a nuestra consideración, tiene naturaleza de un contrato privado sujeto a la Ley de Contratos del Sector Público, de acuerdo con



el artículo 26 de la ley 9/2017 de 8 de noviembre.

Segunda.- En los términos señalados en el apartado tercero del presente informe, puede ser aplicable a este contrato el procedimiento negociado sin publicidad, de acuerdo con lo señalado en el artículo 168, a 2º LCSP.

A Coruña, a 18 de abril de 2021

Fdo.- Javier Suárez García.