



EXCMO. AYUNTAMIENTO XXX
ILMO. SR. ALCALDE

Asunto: Convenio de colaboración para la gestión de bicicletas eléctricas

Ilmo. Sr.:

De nuevo nos dirigimos a V.I. una vez recibido el informe solicitado en relación con el expediente que se tramita en esta Institución con el número **404/2024**, referencia a la que rogamos haga mención en ulteriores contactos que llegue a tener con nosotros.

El motivo de la queja era la suscripción de un convenio de colaboración con la empresa gestora del camping XXX para la gestión de las bicicletas eléctricas propiedad del Ayuntamiento.

La persona autora de la queja expuso que el convenio firmado el 3 de agosto de 2023 contemplaba la cesión de las bicicletas a la empresa gestora del camping eludiendo las normas de contratación pública y en contra del informe emitido por la Secretaría, como quedó de manifiesto en la sesión plenaria de 28 de septiembre de 2023.

Añadía que las bicicletas habían sido adquiridas para uso de todos los habitantes del municipio y el convenio suponía una cesión al concesionario del camping para su explotación a cambio del pago de un canon de 350 € desde su firma hasta el final del año 2023. Consideraba que el beneficio obtenido por el empresario superaba el que obtenía el Ayuntamiento, puesto que el primero cobraba a los usuarios las siguientes tarifas: 15 euros por una hora, 35 ó 25 euros por 3 horas (según sean residentes o socios del polideportivo) y 75 ó 50 euros por un día completo (con la misma distinción).

Iniciada la investigación oportuna, esta Defensoría solicitó información del Ayuntamiento en relación con la cuestión planteada.

El informe remitido señala que las bicicletas fueron adquiridas por la Corporación anterior sin haber determinado su uso, precisamente con fecha 29 de abril de 2023 el Pleno aprobó dejar pendiente la aprobación inicial del reglamento que iba a regular su utilización hasta que resolviera la forma de gestionar el servicio.



Continúa señalando que el Ayuntamiento carece de medios personales para controlar el uso y mantenimiento de las bicicletas, por lo que la Corporación se planteó dos alternativas: buscar un gestor que realizara esas tareas o venderlas.

En un primer momento se decidió por la primera opción, de ahí que firmara un convenio con la empresa gestora del camping para realizar una prueba de explotación del servicio hasta finales de año. El informe alude a que la Corporación anterior había intentado sin éxito que alguien gestionara las bicicletas, pero nadie se quería hacer cargo por ser un servicio deficitario. Por lo que se refiere a las tarifas de alquiler de las bicicletas, se establecieron unas más reducidas para los usuarios del polideportivo, vecinos y propietarios de XXX.

El informe finaliza indicando que el Ayuntamiento está valorando la enajenación de las bicicletas.

La cuestión planteada en la reclamación era la validez de un convenio de colaboración suscrito entre el Ayuntamiento y un empresario para gestionar un servicio de préstamo de bicicletas.

Con carácter previo a pronunciarnos sobre esa cuestión, hemos de hacer referencia a los artículos 47 a 53 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público (LRJSP), que contiene la regulación de los convenios.

El artículo 47.1 de la LRJSP los define como *“los acuerdos con efectos jurídicos adoptados por las Administraciones Públicas, los organismos públicos y entidades de derecho público vinculados o dependientes o las Universidades públicas entre sí o con sujetos de derecho privado para un fin común. (...) Los convenios no podrán tener por objeto prestaciones propias de los contratos. En tal caso, su naturaleza y régimen jurídico se ajustará a lo previsto en la legislación de contratos del sector público”*.

La nota definatoria de los convenios es la consecución o logro de un fin público o interés general común de los firmantes, ese dato condiciona también la denominación que reciben -convenios de colaboración- cuya nota característica es la cooperación para lograr esos objetivos comunes. Es decir, en los convenios las dos partes intervinientes actúan en un plano de igualdad y persiguen intereses comunes cuya consecución se logra mediante la puesta en común de los medios con los que cuentan –personales, materiales o ambos- participando de forma coordinada en su resultado, mientras que en los contratos las partes tienen posiciones independientes y cada una tiende a satisfacer su propio interés.

El texto del convenio que examinamos señala que tanto la Administración como el empresario están interesados en la gestión de las bicicletas y *“entienden que la colaboración puede resultar beneficiosa para ambas partes por cuanto hace posible la gestión de dicho servicio que de otra manera sería imposible (...)”*.



En realidad, el Ayuntamiento pretende la gestión de un servicio de préstamo y mantenimiento de bicicletas y el empresario está interesado en prestarlo, pero la confluencia de esos intereses no significa que sean los mismos y que solo puedan alcanzarse mediante la colaboración del Ayuntamiento con ese empresario determinado. Lógicamente la Administración local persigue la satisfacción de un interés general o público, mientras que el empresario privado actúa legítimamente en su propio beneficio.

La estipulación primera define el *objeto* del convenio señalando que consiste en “*la gestión de las bicicletas eléctricas del Ayuntamiento de XXX*” y que “*no supone la celebración de un contrato administrativo encubierto*”; en cuanto a su *naturaleza*, la cláusula octava indica que se trata de un convenio de colaboración de carácter administrativo excluido de la aplicación directa de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público.

Hemos de precisar que la LCSP excluye de su ámbito de aplicación a los convenios que celebren las entidades del sector público con personas físicas o jurídicas privadas siempre que su objeto no esté comprendido en el de los contratos regulados en la LCSP.

En el caso que nos ocupa el Ayuntamiento únicamente se compromete a poner a disposición del gestor del camping las bicicletas, lo que implica que cede al empresario el derecho a explotar el servicio, mientras que este último se compromete a abonar una cantidad al Ayuntamiento (350 euros), asume la responsabilidad del cumplimiento de normas laborales y fiscales, un compromiso de confidencialidad y el cumplimiento de diversas obligaciones, tales como suscribir un seguro de responsabilidad de civil, “*prestar el servicio a toda persona que cumpla los requisitos económicos que libremente imponga el camping con independencia de que sea o cliente o no del mismo*”, reparar las bicicletas, restituirlas al término del convenio y abonar una indemnización por su pérdida, sustracción o inutilidad.

El convenio señala también que no supone ningún gasto para el Ayuntamiento pero esa afirmación no se sustenta en ningún informe o memoria, que debería haberse elaborado antes de su firma, según el procedimiento previsto en el artículo 50 de la Ley 40/2015, a fin de justificar su necesidad y oportunidad, su impacto económico, el carácter no contractual de la actividad en cuestión, así como los demás requisitos legales.

En consecuencia, podemos concluir que el convenio que examinamos incluye cláusulas que permiten identificar su contenido con el de un contrato administrativo, aunque expresamente se rechace esa calificación, puesto que la causa del mismo es la realización de un servicio, y la Administración obtiene una prestación que repercute sobre el interés público y el empresario obtiene un precio por la gestión del mismo que obtiene directamente de los usuarios.



El objeto de ese convenio es el propio del contrato de concesión de servicios, definido en el artículo 15 de la LCSP, *“aquel en cuya virtud uno o varios poderes adjudicadores encomiendan a título oneroso a una o varias personas, naturales o jurídicas, la gestión de un servicio cuya prestación sea de su titularidad o competencia, y cuya contrapartida venga constituida bien por el derecho a explotar los servicios objeto del contrato o bien por dicho derecho acompañado del de percibir un precio”*. A diferencia de lo que sucede en los contratos de servicios (artículo 17 LCSP), en los que también se encarga al empresario la gestión de un servicio, en los de concesión de servicios, el derecho de explotación implica la transferencia al concesionario del riesgo operacional, por eso, en este caso las condiciones pactadas en el convenio son las propias de un contrato de concesión de servicios.

Lo cierto es que no resulta factible instrumentar la gestión de un servicio público a través de un convenio de colaboración con un empresario privado por más que el Ayuntamiento sostenga que ese convenio está excluido de las normas de contratación, pues para ello sería preciso que cumpliera unas condiciones que en este caso no están presentes, dado que, como se ha dicho, los fines de las partes no son comunes ni su objeto y naturaleza son los propios de un convenio sino de un contrato.

Dicho esto, hemos de concluir que un convenio que encierra un objeto contractual es nulo de pleno derecho, no siendo posible adjudicar directamente un contrato de concesión de un servicios al margen de las normas de contratación del sector público que exigen abrir un procedimiento licitatorio; lo contrario es contrario al principio de libre competencia, principio que, como es conocido, es esencial de la contratación pública.

En caso de que el convenio de colaboración continúe vigente el Pleno habrá de considerar iniciar el procedimiento de revisión de oficio del mismo y, en lo sucesivo, ha de tener en cuenta que no cabe instrumentar la concesión de la gestión de un servicio público a través de un convenio de colaboración con un empresario privado.

En virtud de lo expuesto, y al amparo de las facultades conferidas por el Estatuto de Autonomía de Castilla y León y por la Ley 2/1994, de 9 de marzo, del Procurador del Común, consideramos oportuno formular la siguiente **Resolución**:

PRIMERA: Recomendar a esa Corporación que valore la revisión de oficio del convenio de colaboración suscrito con un empresario privado para la gestión de las bicicletas eléctricas.

SEGUNDA: En lo sucesivo el Ayuntamiento ha de tener en cuenta que no cabe articular a través de un convenio de colaboración con un empresario privado las prestaciones propias de un contrato de concesión de servicios, que se halla regulado en las normas de contratación del sector público.



PROCURADOR DEL COMÚN
DE CASTILLA Y LEÓN

Esta es nuestra resolución y así se la hacemos saber, con el ruego de que nos comunique de forma motivada la aceptación o no aceptación de la misma en el plazo de dos meses, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 19.2 de la Ley Reguladora de la Institución.

Una vez realizadas las comunicaciones oportunas, se acuerda publicar la presente Resolución en la página web de esta Institución, previa disociación de los datos de carácter personal que contuviera.

Pendiente de sus noticias, reciba un cordial saludo.

Atentamente,

EL PROCURADOR DEL COMÚN
Tomás Quintana López

NOTA IMPORTANTE: No será necesario que nos envíen su respuesta por correo postal si la registran al Procurador del Común (DIR3 I0000423, CIF Q9750006J) y tienen activados los avisos por correo electrónico (procurador@procuradordelcomun.es) o el envío de comunicaciones/notificaciones a la Dirección Electrónica Habilitada única (DEHú), o bien si la registran directamente en nuestra sede electrónica (pccyl.sedelectronica.es). Les solicitamos, por otra parte, que no la envíen al representante (persona que haya presentado este escrito en su sede electrónica).