

La Oficina de Contratación tiene vocación de servicio, asistencia y asesoramiento a los órganos de contratación, y naturaleza de servicio administrativo, de tal manera que su criterio tiene únicamente carácter orientativo y en ningún caso sustituye al de los órganos consultivos y de control que actúan en el ámbito de la Comunidad Autónoma de Aragón.

Numero de Consulta	007/2021
Materia	Medios propios
Solicitante	Instituto Aragonés de Fomento
Fecha de solicitud	02/08/2021
Vía	Correo electrónico
Disposiciones aplicables	Artículo 32 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014.

CONSULTA

Se consulta a la Oficina de Contratación Pública por parte del Instituto Aragonés de Fomento acerca de la posibilidad de declarar a la Fundación Conjunto Paleontológico de Teruel Dinopolis medio propio del Instituto o del Gobierno de Aragón en general. En particular, se hace referencia a varios de los requisitos exigidos por la legislación vigente, cuya interpretación les plantea varias dudas.

RESPUESTA

La normativa en materia de contratos del sector público contempla varias excepciones por las cuales prestaciones que encajarían con el contenido de alguno de los contratos típicos de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014 (en adelante, LCSP), quedan excluidos de su ámbito objetivo de aplicación.

Entre los supuestos que recoge la LCSP figuran los encargos a medios propios, también conocida como “contratación in house”. El artículo 32.1 de la norma dice así: «los poderes adjudicadores podrán organizarse ejecutando de manera directa prestaciones propias de los contratos de obras, suministros, servicios, concesión de obras y concesión de servicios, a cambio de una compensación tarifaria, valiéndose de otra persona jurídica distinta a ellos, ya sea de derecho público o de derecho privado, previo encargo a esta, con sujeción a lo dispuesto en este artículo, siempre y cuando la persona jurídica que utilicen merezca la calificación jurídica de medio propio personificado respecto de ellos de conformidad con lo dispuesto en los tres apartados siguientes, y sin perjuicio de los requisitos establecidos para los medios propios del ámbito estatal en la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público».

Como cabe comprobar, el elemento decisivo para determinar la aplicación o no de este precepto radica en la noción de “medio propio”. A estos efectos, el segundo apartado del artículo 32 de la LCSP explica que elementos debe reunir una persona jurídica para poder ser considerada un medio propio. Lo primero que debe valorarse es que la condición de medio propio no es universal, sino que se posee en relación a un ente o entes determinados. Por lo tanto, las exigencias que reseña el artículo 32.2 de la LCSP deben verificarse de manera singularizada, caso por caso.

No obstante, el que un ente no pueda ser considerado como medio propio de manera general, no significa que no pueda serlo de más de un poder adjudicador a la vez. A este respecto, cabe traer a colación la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (en adelante, TJUE) de 19 de abril de 2007, asunto C-295/2007, más conocida como caso TRAGSA, que ha tenido continuación en la jurisprudencia del tribunal. En esta sentencia, el TJUE se afirma que TRAGSA es un medio propio de los entes territoriales del Estado español, a pesar de que estos solo son titulares de un 1% de su capital social, siendo el 99 % restante propiedad de la Administración General del Estado. Esta conclusión se apoya en la consideración de que requisitos tales como el control análogo o la realización del grueso de su actividad en favor del poder adjudicador, pueden darse por cumplidos tanto si se cumplen de forma aislada por parte del poder adjudicador ordenante, o de manera agregada junto a otros poderes adjudicadores. Esta doctrina cuenta con un claro refrendo en pronunciamientos posteriores, entre las que cabe mencionar la sentencia de 29 de noviembre de 2012, asuntos acumulados C-182/11 y C-183/1, la de 8 de mayo de 2014, asunto C-15/13, o la de 8 de diciembre de 2016, asunto C-553/15.

Entrando a examinar los requisitos del artículo 32 de la LCSP, que condensan en su mayor parte la jurisprudencia dictada por el TJUE al respecto, el primero de ellos es que se ejerza por parte por parte de los poderes adjudicadores que vayan a conferirle encargos al medio propio, un control, directo o indirecto, análogo al que despliega sobre sus servicios o unidades. Este requisito ha aparecido unido a los encargos a medios propios desde la sentencia de 18 de noviembre de 1999, asunto C-107/98, Teckal. La sentencia del TJUE de 29 de noviembre antes mencionada desarrolla los perfiles de esta exigencia: *«según reiterada jurisprudencia, existe un “control análogo” cuando la entidad de que se trate esté sometida a un control que permita a la entidad adjudicadora influir en las decisiones de aquélla. Debe tratarse de una posibilidad de influencia determinante, tanto sobre los objetivos estratégicos como sobre las decisiones importantes de la entidad sometida a control (sentencias, antes citadas, Parking Brixen, apartado 65, Coditel Brabant, apartado 28, y Sea, apartado 65). En otros términos, la entidad adjudicadora debe estar en condiciones de ejercer sobre la entidad de que se trate un control estructural y funcional (sentencia Comisión/Italia, antes citada, apartado 26). El Tribunal de Justicia exige también que dicho control sea efectivo (sentencia Coditel Brabant, antes citada, apartado 46)»*.

En relación al control análogo, la doctrina del caso TRAGSA ha experimentado algunas matizaciones en resoluciones ulteriores del TJUE, debiendo mencionarse a este respecto

de nuevo la sentencia de 29 de noviembre de 2012, caso Econord. En ella se aclara que *«con arreglo a la jurisprudencia, en el supuesto de que se recurra a una entidad que posean en común varias administraciones públicas, el “control análogo” puede ser ejercido conjuntamente por tales administraciones, sin que sea indispensable que cada una de ellas lo ejerza individualmente (véanse, en este sentido, las sentencias, antes citadas, Coditel Brabant, apartados 47 y 50, y Sea, apartado 59). De lo anterior se deduce que, si una administración pública se convierte en socio minoritario de una sociedad por acciones de capital totalmente público con objeto de adjudicarle la gestión de un servicio público, el control que las administraciones públicas que son socios de dicha sociedad ejercen sobre ella puede ser considerado análogo al control que ejercen sobre sus propios servicios cuando es ejercido conjuntamente por tales administraciones públicas (sentencia Sea, antes citada, apartado 63). En estas circunstancias, si bien es verdad que en caso de que varias administraciones públicas utilicen una entidad común para llevar a cabo una misión común de servicio público no es desde luego indispensable que cada una de las administraciones públicas tenga por sí sola un poder de control individual sobre la entidad de que se trate, no es menos cierto que el control que se ejerce sobre ésta no puede basarse exclusivamente en el poder de control de la administración pública que tenga una participación mayoritaria en el capital de la entidad en cuestión, pues lo contrario supondría vaciar de contenido el concepto mismo de control conjunto. En efecto, una posición de una entidad adjudicadora en el seno de una entidad adjudicataria poseída en común que no confiera a aquélla la más mínima posibilidad de participar en el control de ésta daría pie a que pudiera eludirse la aplicación de las normas de Derecho de la Unión en materia de contratos públicos o concesiones de servicios, puesto que una asociación meramente formal con tal entidad adjudicataria o con un órgano común de dirección de ésta eximiría a la entidad adjudicadora de la obligación de incoar un procedimiento de licitación de conformidad con las normas de la Unión, aun cuando la entidad adjudicadora no tuviera ninguna participación en el ejercicio del «control análogo» sobre la entidad adjudicataria (véase, en este sentido, la sentencia de 21 de julio de 2005, Coname, C-231/03, Rec. p. I-7287, apartado 24)»*. Del caso Econord cabe extraer que, junto a la exigencia de participación en el capital, los entes matrices deben tener participación en los órganos de dirección de los medios propios, de forma que puedan contribuir a definir los objetivos de los mismos.

Toda esta jurisprudencia, como ya se ha comentado, está presente en la regulación legal de la LCSP, siendo inequívoca la relación entre el segundo párrafo de la letra a) del artículo 32.2 o del apartado 4 de este mismo artículo con los criterios del caso TRAGSA. Por un lado, se establece que en todo caso se posee un control análogo cuando es factible encomendarle encargos de ejecución obligatoria por haberlo establecerlo por los estatutos o el acto de creación, el control análogo se ve notablemente flexibilizado, siendo más importante la posibilidad de escoger o no sus actividades que la participación en el capital o en los órganos de dirección, sin perjuicio de que al menos deban cumplirse los requerimientos de la doctrina TRAGSA y ECONORD, que aparecen recogidos en el apartado 4 del artículo. En ese sentido, se entiende que exige control conjunto cuando

«en los órganos decisorios del ente destinatario del encargo estén representados todos los entes que puedan conferirle encargos, pudiendo cada representante representar a varios de estos últimos o a la totalidad de ellos»; «que estos últimos puedan ejercer directa y conjuntamente una influencia decisiva sobre los objetivos estratégicos y sobre las decisiones significativas del ente destinatario del encargo»; y « que el ente destinatario del encargo no persiga intereses contrarios a los intereses de los entes que puedan conferirle encargos».

El siguiente requisito no ha sido tan tratado por la doctrina, al menos no a fondo, y por lo tanto plantea más dudas. Igual que en el caso del control análogo, la sentencia del TJUE de 18 de noviembre de 1999, caso Teckal, ya recogía la necesidad de que los medios propios desarrollen la parte esencial de sus actividades en beneficio del poder o de los poderes adjudicadores que la controlan. Esta parte esencial se cifra ahora en la LCSP en el 80%, por lo que el concepto jurídico indeterminado ha dado paso a una cifra mucho más objetiva. Con todo, sigue quedando relativamente abierto que actividades deben incluirse a los efectos de calcular si se alcanza o no este porcentaje.

La letra b) del artículo 32.2 de la LCSP se refiere al *«ejercicio de los cometidos que le han sido confiados por el poder adjudicador que hace el encargo»*. La Circular conjunta, de 22 de marzo de 2019, de la abogacía general del Estado y de la intervención general de la Administración General del Estado sobre criterios para el cálculo del cómputo del requisito de actividad exigido por la ley 9/2017, de 9 de noviembre, de contratos del sector público en aquellas entidades que sean consideradas medios propio, consideró que solo habían de tomarse en consideración los encargos realizados por los entes matrices, excluyendo el resto de acciones que lleve a cabo el medio propio sin la cobertura de un encargo.

Sin perjuicio de que esta interpretación no resulta irracional, sobre todo, considerando que el TJUE ha declarado que toda excepción a la aplicación de la normativa de contratos del sector público debe ser interpretada de forma estricta (sentencias de 11 de enero de 2005, Stadt Halle y RPL Lochau, C-26/03, EU:C:2005:5, apartado 46, y de 8 de mayo de 2014, Datenlotsen Informationssysteme, C-15/13, EU:C:2014:303, apartado 23), resulta conveniente analizar otras posibilidades. Que la LCSP hable literalmente de cometidos en vez de encargos es un hecho que no debe omitirse. Si la Ley aspirara a limitar la medición de la actividad a los encargos, hubiera usado ese término en concreto; que opte por uno distinto y menos cerrado, parece sugerir la voluntad del legislador de poder incluir otras actividades públicas definidas por los entes matrices, aunque no se hayan vehiculado por un encargo.

De cara a interpretar este apartado resulta conveniente considerar su teleología. La sentencia del TJUE de 11 de mayo de 2006, asunto Carbotermo, afirma que *«el requisito de que la persona de que se trate realice lo esencial de su actividad con el ente o los entes territoriales que la controlan tiene por objeto, en particular, garantizar que la Directiva 93/36 siga siendo aplicable en el caso de que una empresa controlada por uno o varios de estos*

entes opere en el mercado y pueda competir, por tanto, con otras empresas (considerando 60)», dado que «una empresa no carece necesariamente de libertad de acción por el mero hecho de que el ente territorial al que pertenece controle las decisiones que la conciernen, si aún puede desarrollar una parte importante de su actividad económica con otros operadores económicos (considerando 61)». El Tribunal explica que «es necesario que las prestaciones de dicha empresa estén destinadas únicamente, en lo esencial, a dicho ente territorial. Dentro de estos límites, resulta justificado que las restricciones de la Directiva 93/36 no se apliquen a dicha empresa, puesto que fueron adoptadas con objeto de defender una competencia que, en este supuesto, ya no tiene razón de ser (considerando 62)», concluyendo que «aplicando estos principios, sólo cabe considerar que la empresa de que se trata realiza lo esencial de su actividad con el ente territorial que la controla, según los términos de la sentencia Teckal, antes citada, cuando la actividad de dicha empresa está destinada principalmente a dicho ente territorial, de modo que el resto de su actividad tiene un carácter meramente marginal (considerando 63)».

Como puede observarse, el fin aparente de la exigencia de que la actividad del medio propio se preste esencialmente en favor de los entes matrices, responde a una voluntad de excluir a aquellas que operen de forma destacada en el mercado, en la medida que subvierte las reglas del procedimiento de adjudicación. En base a ello, computar solo los encargos podría alejarse del espíritu y propósito que subyacen a este requisito, al excluirse con ello de la consideración de medios propios a entes que cumplirían con el resto de condiciones y que se dedican enteramente a la realización de tareas o servicios públicas (las cuales, asimismo, habrían establecido los posibles encomendantes), pero que no reciban encargos con regularidad por sus entes matrices.

La idea fundamental de los medios propios es que constituyen una prolongación de facto de la organización del ente matriz, que dispone de ellos como si fueran un servicio propio. Y que su actividad viene determinada por los entes matrices. Sin embargo, imponer que esa actividad radique fundamentalmente solo en encomiendas de gestión, restringe el uso de los medios propios para la cobertura de necesidades regulares y que, por tanto, estén generando encomiendas frecuentes o a crear entes que tengan muy poca actividad y que, por ello, puedan cumplir el requisito del 80% incluso con un solo encargo al año, segundo escenario que iría en contra de los principios que inspiran la creación de los entes del sector público en la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público y en la Constitución española de 1978.

Igualmente, si el porcentaje se establece en base a los encargos, se limita la posibilidad de crear nuevos medios propios, o de favorecer la conversión de entes preexistentes. Se entraría en un bucle en el que para realizar encargos a un ente este debe ser declarado primero medio propio, siendo, sin embargo, requisito para ser medio propio recibir encargos. A pesar de que el artículo 32.2.b de la LCSP ya contempla una regla especial para los casos en los que «debido a la fecha de creación o de inicio de actividad del poder

adjudicador que hace el encargo, o debido a la reorganización de las actividades de este, el volumen global de negocios, u otro indicador alternativo de actividad, no estuvieran disponibles respecto de los tres ejercicios anteriores a la formalización del encargo o hubieran perdido su vigencia», la remisión a proyecciones genera un grado de inseguridad jurídica notable, en la medida en que esas proyecciones pueden incumplirse. En ese último caso, podría surgir la duda de si la encomienda realmente fue lícita o se trató de una adjudicación ilegal, dado que el supuesto medio propio a la postre nunca habría reunido las exigencias necesarias para ostentar dicho status en relación al mandante.

A fortiori, la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Aragón 114/2020, de 4 de marzo, parece reconocer que cabe la atribución de tareas a un hipotético medio propio fuera de la cobertura de un encargo, pudiendo llevarse a cabo desde el acto de constitución, estableciéndose ahí el mandato general, sin necesidad de individualizarlo en sucesivas encomiendas. Cuando se fijan unas determinadas competencias, si estas competencias se ejercen en beneficio o interés del posible mandatario, cabe entender que forman parte de *«los cometidos que le han sido confiados por el poder adjudicador que la controla o por otras personas jurídicas controladas por dicho poder adjudicador»,* a los efectos de verificar los requisitos del artículo 32 de la LCSP.

Haciendo epitome de todo lo dicho, si se cumplen todos los demás requisitos de la LCSP, cabe entender como parte de ese 80% actividad aquellos fines públicos que desarrolla por mandato del ente matriz, aunque no sean por una encomienda. Los cometidos pueden ser fijados por el órgano de gobierno del medio propio (en el que participaría ejerciendo su control análogo el ente matriz) o directamente los establecidos en el acto fundacional. La clave es que esas actividades no se ejerzan para el mercado y que se correspondan con cometidos que han sido fijados por el poder adjudicador que controla y tendría la facultad de realizar encomiendas al medio, con independencia del título por el que se hayan establecido tales cometidos.

Con todo, dada la relevancia de la cuestión y ante la discrepancia entre las diferentes interpretaciones contempladas, se sugiere al peticionario que solicite un informe a la Junta Consultiva de Contratación de Aragón en aras de una mayor seguridad jurídica y al objeto de fijar un criterio más firme dentro de la Comunidad Autónoma.