

Expediente 39/19

Materia: Admisibilidad de los encargos realizados por entidades del sector público institucional que tengan la condición de poderes adjudicadores.

ANTECEDENTES

El Presidente del Grupo TRAGSA ha dirigido consulta a esta Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado con el siguiente tenor:

“La disposición adicional vigésima cuarta de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se regula el régimen jurídico de la Empresa de Transformación Agraria, S. A., S. M. E., M. P. (TRAGSA), y de su filial Tecnologías y Servicios Agrarios, S. A., S. M. E., M. P. (TRAGSATEC), establece que tanto TRAGSA como su filial TRAGSATEC tendrán la consideración de medios propios personificados y servicios técnicos de la Administración General del Estado, de las Comunidades Autónomas, de las Ciudades Autónomas de Ceuta y Melilla, de los Cabildos y Consejos Insulares, de las Diputaciones Forales del País Vasco, de las Diputaciones Provinciales y de las entidades del sector público dependientes de cualesquiera de ellas que tengan la condición de poderes adjudicadores, siempre que se cumplan los requisitos establecidos en el punto 2º de la letra d) del apartado 2 del artículo 32, y en las letras a) y b) del apartado 4 del mismo artículo.

De conformidad con lo establecido en esta disposición adicional, coincidente con la redacción posteriormente dada al artículo 2 del Real Decreto 69/2019, de 15 de febrero, por el que se desarrolla el régimen jurídico de dichas sociedades, TRAGSA y TRAGSATEC pueden recibir encargos, entre otras, de las entidades del sector público institucional que tengan la condición de poder adjudicador.



Se está, en este supuesto, ante encargos respaldados y amparados por el artículo 32.4 de la referida Ley de Contratos del Sector Público, en cuanto que, con independencia de que estas entidades encargantes puedan depender de una única Administración Territorial de la que TRAGSA sea medio propio, existe un control conjunto "indirecto" sobre la citada sociedad.

En consecuencia, la norma habilita para que una entidad pública que tenga la condición de poder adjudicador realice un encargo a otra entidad pública, como son las empresas del Grupo Tragsa, que tengan la condición de medio propio y que estén controladas (aunque sea conjuntamente con otros) por el mismo poder público que controla a aquella. Estos extremos están, además, incorporados en la jurisprudencia comunitaria que contempla tanto el control directo como el indirecto. Interesa recordar que el desempeño de las funciones de tutela en el caso de las empresas del grupo TRAGSA corresponde exclusivamente a la AGE a través del Ministerio de Agricultura, Pesca y Alimentación a la luz del artículo 10.2.r del Real Decreto 904/2018, de 20 de julio, por el que se desarrolla la estructura orgánica básica del Ministerio de Agricultura, Pesca y Alimentación, y por el que se modifica el Real Decreto 595/2018, de 22 de junio, por el que se establece la estructura orgánica básica de los departamentos ministeriales.

En este sentido se considera que los encargos recibidos por las empresas del Grupo Tragsa de entidades del sector público estatal con la condición de poder adjudicador, como por ejemplo el Consejo Superior de Deportes; la Agencia Española de Meteorología; el Centro Superior de Investigaciones Científicas; o las Confederaciones Hidrográficas, o por entidades del sector autonómico que igualmente tienen la condición de poder adjudicador, como el Instituto de Competitividad Empresarial de Castilla y León, o la Agencia de Innovación y Desarrollo de la Junta de Andalucía, se ajustan a lo dispuesto en la normativa indicada, y no merecen reproche legal alguno en tanto los encargos se incardinan dentro del objeto social de las empresas del Grupo.

Por otra parte, se entiende que los encargos realizados por entidades del tipo de las anteriormente mencionadas no encuentran su justificación legal en el artículo 33.3 de



la LCSP, ya que este precepto regula los encargos realizados en el ámbito del sector público estatal por entidades que no tienen la condición de poder adjudicador, a otra persona jurídica, cuando la que realiza el encargo o la que la recibe, ejerza el control de la otra o participe directa o indirectamente en su capital social constituyendo lo que se denomina como encargos horizontales.

En cualquier caso, a la vista de algunas indefiniciones existentes sobre esta cuestión, que en la relación con terceros se han podido apreciar, y al objeto de ordenar su actividad con la mayor seguridad jurídica posible, en atención a lo anteriormente expuesto se plantea la siguiente CONSULTA:

Conformidad a Derecho y legal acomodo, de acuerdo con el artículo 32 de la LCSP, de los encargos recibidos por TRAGSA de entidades públicas que tengan la condición de poderes adjudicadores, bien sean organismos públicos, o entidades vinculadas o dependientes de una Administración territorial superior a la que se adscriben, como las descritas en el texto de la presente consulta, sin resultar de aplicación el régimen contemplado del artículo 33.3 de la LCSP.”

CONSIDERACIONES JURIDICAS.

1. La Presidencia de TRAGSA nos consulta sobre la interpretación del artículo 32 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público. Concretamente nos inquiera si legalmente es posible que TRAGSA reciba encargos de organismos públicos o entidades vinculadas o dependientes de una Administración territorial que tengan la condición de poderes adjudicadores.

2. Como es conocido no es misión de la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado resolver cuestiones concretas que sean propias de una entidad consultante.



En consecuencia, el presente informe ha de pronunciarse en términos más generales que la propia consulta.

3. El artículo 32.4 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, trata los encargos a medios propios conjuntos en los siguientes términos:

“Tendrán la consideración de medio propio personificado respecto de dos o más poderes adjudicadores que sean independientes entre sí aquellas personas jurídicas, de derecho público o de derecho privado, que cumplan todos y cada uno de los requisitos que se establecen a continuación:

a) Que los poderes adjudicadores que puedan conferirle encargos ejerzan sobre el ente destinatario del mismo un control conjunto análogo al que ostentarían sobre sus propios servicios o unidades. Se entenderá que existe control conjunto cuando se cumplan todas las condiciones siguientes:

1º Que 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.

2º 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.

3º Que el ente destinatario del encargo no persiga intereses contrarios a los intereses de los entes que puedan conferirle encargos (...)



b) Que más del 80 por ciento de las actividades del ente destinatario del encargo se lleven a cabo en el ejercicio de los cometidos que le han sido confiados por los poderes adjudicadores que lo controlan o por otras personas jurídicas controladas por los mismos poderes adjudicadores. El cálculo del 80 por ciento se hará de acuerdo con lo establecido en la letra b) del apartado 2 de este artículo (...)

c) Que cumplan los requisitos que establece este artículo en su apartado 2 letras c) y d).”

Por tanto, como señalamos en nuestro informe 124/2018, de 15 de julio de 2019, la ley exige estas condiciones, el control conjunto análogo, la actividad predominante, el capital público y el reconocimiento expreso como elementos todos ellos imprescindibles para que estemos en presencia de un medio propio. Por otro lado, sobre la interpretación del requisito del control análogo conjunto cabe recordar que esta Junta Consultiva se ha pronunciado recientemente en su informe de 9 de mayo de 2019 (expediente 15/17) en el que, sobre la base de la normativa vigente y la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, aborda con carácter general diversas cuestiones.

4. Teniendo en cuenta las anteriores consideraciones cabe destacar que legalmente es posible que una entidad que cumpla las condiciones legales sea medio propio de varios poderes adjudicadores diferentes. En el caso de la entidad consultante, la Disposición adicional vigésima cuarta consagra en su apartado segundo la condición de TRAGSA y su filial TRAGSATEC de medios propios personificados y servicios técnicos de las siguientes entidades, siempre que se cumplan los requisitos establecidos en el punto 2º de la letra d) del apartado 2 del artículo 32, y en las letras a) y b) del apartado 4 del mismo artículo:

- la Administración General del Estado,



- la de las Comunidades Autónomas, la de las Ciudades Autónomas de Ceuta y Melilla,
- la de los Cabildos y Consejos Insulares,
- la de las Diputaciones Forales del País Vasco, la de las Diputaciones Provinciales y
- la de las entidades del sector público dependientes de cualesquiera de ellas que tengan la condición de poderes adjudicadores.

Pues bien, una vez cumplidas las condiciones legalmente establecidas para ser configurada como medio propio, TRAGSA y su filial TRAGSATEC pueden aceptar encargos realizados por entidades del sector público dependientes de la AGE, de las CCAA y de las ciudades autónomas, de los Cabildos y Consejos Insulares y de las Diputaciones Forales y Provinciales que tengan la condición de poderes adjudicadores. La consulta alude específicamente a varios de ellos. A los efectos de determinar cuáles son las condiciones legalmente establecidas, téngase en cuenta que de conformidad con lo dispuesto en la disposición adicional vigésima cuarta de la Ley, TRAGSA y TRAGSATEC tendrán la consideración de medios propios personificados y servicios técnicos de las entidades del sector público dependientes de las entidades territoriales citadas cuando estas entidades ostenten la condición de poderes adjudicadores y siempre que se cumplan los requisitos establecidos en el punto 2º de la letra d) del apartado 2 y en las letras a) y b) del apartado 4 del mencionado artículo 32.

5. Esta conclusión no puede ser objetada en ningún caso por la aplicación del artículo 33.3 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público. Como analizamos con extensión en nuestro Informe 29/2018, de 5 de octubre, tal precepto es aplicable a los casos de encargos realizados entre entidades pertenecientes al sector público que no tengan la consideración de poder adjudicador y, concretamente en el caso del apartado 3º, a los casos en que una persona jurídica del sector público estatal que no sea poder adjudicador realice un encargo a otra persona jurídica del sector público estatal, siempre que una de ellas, ya sea la que realiza el encargo o la



que lo recibe, ejerza el control de la otra o participe directa o indirectamente en su capital social. Tal no es ni remotamente el caso que se nos ha planteado en la presente consulta.

En mérito a las anteriores consideraciones jurídicas, la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado alcanza las siguientes

CONCLUSIONES

- El artículo 32.4 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, junto con la DA 24ª de la misma norma permiten que las entidades del sector público dependientes de la AGE, de las CCAA y de las ciudades autónomas, de los Cabildos y Consejos Insulares y de las Diputaciones Forales y Provinciales que tengan la condición de poderes adjudicadores puedan conferir encargos a TRAGSA y su filial TRAGSATEC siempre que por estas se cumplan los requisitos que establece la ley, en los términos explicados en este informe.
- No obsta a esta conclusión lo dispuesto en el artículo 33.3 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, precepto que no es aplicable al caso planteado en la consulta.