

Informe 13/12, de 27 de septiembre de 2012. “Sistema de ejecución de las encomiendas de gestión por sociedades mercantiles declaradas como medios propios y normas a las que tienen que someterse”

Clasificación de los informes. 18. Otras cuestiones de carácter general

ANTECEDENTES.

El Presidente de la Diputación de Granada se dirige a esta Junta Consultiva de Contratación Administrativa formulando la siguiente consulta:

De conformidad con lo dispuesto por el Real Decreto 30/1991, de 18 de enero, sobre régimen orgánico y funcional de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa, y al amparo de lo previsto en su artículo 17, esta Presidencia formula a la Junta Consultiva la presente consulta de carácter general, en relación con determinadas cuestiones que se plantean respecto de la interpretación que se haya de dar al artículo 4.1.n) y 24 del Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, en lo sucesivo TRLCSP, en relación con los contratos que se celebren por una entidad que tenga la consideración de medio propio y servicio técnico de la Administración, en el marco de prestaciones que tenga encomendadas.

Los artículos precitados, si bien no generan ninguna duda sobre la posibilidad de encomendar determinadas prestaciones, como la elaboración del proyecto técnico y de la ejecución de obra, a una entidad que tenga la condición de medio propio y servicio técnico y reúna los requisitos del art. 24.6 del TRLCSP, sí fundan una duda razonable por la cual se plantea a esa Junta Consultiva una consulta en relación a las siguientes cuestiones:

1.- Se desea conocer si, a juicio de la junta, una Sociedad Mercantil considerada como medio propio de la Diputación Provincial de Granada, en el marco de las prestaciones que tenga encomendadas, tiene que circunscribirse al límite del 50% previsto en el artículo 24.4 TRLCSP, o podría contratar un porcentaje superior de la prestación objeto del encargo, al estar referido el citado artículo únicamente a contratos administrativos,

2.- Si la adjudicación que tuviera que realizar el medio propio se ha de sujetar íntegramente a la legislación de contratos o únicamente a las disposiciones previstas para poderes adjudicadores sin consideración de Administraciones públicas de conformidad con el artículo 4.1.n).

CONSIDERACIONES JURÍDICAS

1. La Diputación de Granada plantea dos cuestiones relacionadas con el régimen jurídico de contratación de una entidad que tenga la consideración de medio propio de la Administración, en el marco de las prestaciones que tenga encomendadas por la Administración encomendante. Primero, si resulta de aplicación el límite del 50 por ciento previsto para la contratación con empresarios colaboradores en el artículo 24.4 del TRLCSP; segundo, si la adjudicación de los contratos que tuviera celebrar el medio propio se ha de sujetar íntegramente a la legislación de contratos o, únicamente, a las disposiciones previstas para poderes adjudicadores sin consideración de Administraciones públicas de conformidad con el artículo 4.1.n).

La cuestión planteada por la Diputación de Granada parte de la diferencia de régimen jurídico entre el artículo 24.4 del TRLCSP, que regula el supuesto de que la ejecución de obras, fabricación de bienes muebles o realización de servicios se efectúe por la Administración en colaboración con empresarios particulares, respecto de lo dispuesto en el artículo 24.6, en relación con el artículo 4.1.n) del TRLCSP, en lo relativo al régimen de los contratos que celebren los entes que tengan la consideración de medio propio para la ejecución de la prestación objeto del encargo por la Administración encomendante.

Para el primer caso, el artículo 24.4 del TRLCSP dota de un carácter especial estos contratos al señalar que “*Cuando la ejecución de las obras, la fabricación de los bienes muebles, o la realización de los servicios se efectúe en colaboración con empresarios particulares, los contratos que se celebren con éstos tendrán carácter administrativo especial, sin constituir contratos de obras, suministros o servicios, por estar la ejecución de los mismos a cargo del órgano gestor de la Administración.*”. No obstante, y como aspecto de su régimen jurídico se

establece que *“La selección del empresario colaborador se efectuará por los procedimientos de adjudicación establecidos en el artículo 138, salvo en el caso previsto en la letra d) del apartado 1 de este artículo.”* Y como limitación adicional se señala que *“En los supuestos de obras incluidas en las letras a) y b) del apartado 1, la contratación con colaboradores no podrá sobrepasar el 50 por 100 del importe total del proyecto.”*

Por su parte, el artículo 4.1.n) del TRLCSP, a la vez que excluye del ámbito de aplicación del TRLCSP *“Los negocios jurídicos en cuya virtud se encargue a una entidad que, conforme a lo señalado en el artículo 24.6, tenga atribuida la condición de medio propio y servicio técnico del mismo, la realización de una determinada prestación”*, señala que *“No obstante, los contratos que deban celebrarse por las entidades que tengan la consideración de medio propio y servicio técnico para la realización de las prestaciones objeto del encargo quedarán sometidos a esta Ley, en los términos que sean procedentes de acuerdo con la naturaleza de la entidad que los celebre y el tipo y cuantía de los mismos, y, en todo caso, cuando se trate de contratos de obras, servicios o suministros cuyas cuantías superen los umbrales establecidos en la Sección 2.ª del Capítulo II de este Título Preliminar, las entidades de derecho privado deberán observar para su preparación y adjudicación las reglas establecidas en los artículos 137.1 y 190.”*

La cuestión reside por tanto, en la determinación de cual de los dos regímenes jurídicos resulta de aplicación al supuesto objeto de consulta.

2. Hay dos son los aspectos que diferencian los dos supuestos y que deben ponerse de manifiesto con carácter previo a responder a las cuestiones planteadas. En primer lugar, y desde el punto de vista subjetivo, el artículo 24.4 TRLCSP se refiere a los supuestos de ejecución de obras y servicios por la Administración *strictu sensu*, no por entidades del sector público que no tengan esta condición. De ahí que se señale expresamente que la ejecución de los mismos será *“a cargo del órgano gestor de la Administración”*, y se califique los mismos como administrativos especiales, categoría reservada a los contratos de las Administraciones. Por el contrario, el régimen del artículo 4.1.n) TRLCSP resulta aplicable a cualquier tipo de entidad del sector público, como la sociedad mercantil objeto de consulta.

En segundo lugar, desde el punto de vista objetivo, los contratos de colaboración con empresarios particulares son singulares respecto a los contratos regulados en el TRLCSP, señalándose al respecto que tienen *“carácter administrativo especial, sin constituir contratos de obras, suministros o servicios, por estar la ejecución de los mismos a cargo del órgano gestor de la Administración”* (artículo 26.4 TRLCSP). La presencia del empresario colaborador tiene un carácter secundario o accidental, sin que altere el presupuesto que constituye la base del sistema de ejecución de obras y fabricación de bienes muebles por la Administración, cual es que dicha ejecución es del exclusivo cargo del órgano gestor sobre quien recae íntegramente la responsabilidad de la obra o de la fabricación del bien, asumiendo los riesgos inherentes a ello.

Por su parte, en los encargos a las entidades que tienen la consideración de medio propio los contratos que deban celebrarse para la realización de las prestaciones objeto del mismo son auténticos contratos en los términos previstos en el TRLCSP, y de acuerdo con ello se afirma con rotundidad en el artículo 4.1.n) del TRLCSP que *“quedarán sometidos a esta Ley, en los términos que sean procedentes de acuerdo con la naturaleza de la entidad que los celebre y el tipo y cuantía de los mismos”*.

No obstante, a pesar de estas diferencias, no hay que olvidar que el título del precepto se refiere a la ejecución de obras y fabricación de bienes muebles por la Administración y ejecución de servicios con la colaboración de empresarios particulares. Por tanto, en todos los supuestos contenidos en el precepto, desde su apartado 1 al 6, quien ejecuta es siempre la Administración, entendida esta siempre como entidad sujeta al TRLCSP, titular del medio propio o servicio técnico a través del que ejecuta por sí y para sí la obra o el suministro, aunque técnicamente no se trate de una Administración en el sentido que prevé el propio texto legal.

3. Con estas premisas, cabe responder a las cuestiones planteadas por la Diputación Provincial de Granada en su informe en los siguientes términos.

Admitiendo que lo que regula el precepto es la ejecución de la obras, etc. por la propia Administración, resulta indiferente que los medios o servicio técnico propios que emplee estén o no personificados, pero si lo están, estaremos igualmente ante un supuesto de ejecución por la propia Administración, solo que a través de un medio propio personificado. Ello es así porque la norma engloba en esa figura todos los que contempla su artículo 24, sin distinción; por tanto, nos encontramos ante una ejecución por la Administración tanto en la que se realiza con los propios medios y servicios técnicos internos de la Administración, como en la que se realiza con sus medios y servicios personificados en una entidad que, por reunir los requisitos legales, ha sido declarada medio propio y servicio técnico de uno o más poderes adjudicadores.

La razón de ser estructural del artículo 24 del TRLCSP es la propia evolución histórica de la figura y, en lo que aquí interesa, en relación con los supuestos previstos en las letras a) y b) del artículo 24.1 del TRLCSP, es necesario que disponga de servicios técnicos o industriales suficientemente aptos para la realización de la prestación o que posea elementos auxiliares utilizables cuyo empleo suponga cierto nivel mínimo de ahorro en la ejecución del contrato o ciertas ventajas. La Ley de Contratos del Estado preveía ese supuesto, pero no aludía al caso de que esos medios o servicios propios estuviesen personificados. Las dudas sobre estos casos, quedaron superadas con la doctrina del TJUE sobre el “*in house providing*”, es decir, la autoejecución o autoabastecimiento de bienes y servicios”, que implica que no existe contrato cuando la Administración en sentido amplio - incluidos poderes adjudicadores o entidades públicas en general- utiliza sus medios o servicios propios personificados en una entidad distinta a ella que controle, a la que encomiendas o encargas la prestación.

A partir de esa doctrina, en la que se basa la redacción del artículo 24, en particular su apartado 6, la ejecución en una obra, etc. por un medio o servicio técnico personificado al que se le encarga aquella prestación, es ejecución por la propia Administración, sin más distinciones y sin dudas legales sobre su procedencia.

El supuesto de hecho de ejecución por la propia Administración de una prestación en el caso que nos ocupa, se ha de basar en el previsto en la letra a) del artículo 24.1, esto es, que la Administración tenga montados los medios o servicios técnicos suficientemente aptos para ejecutar la prestación. El supuesto de una sociedad, que es medio propio, encaja precisamente en ese supuesto de hecho, es decir, el supuesto previsto en el apartado 6 del artículo 24 del TRLCSP es un supuesto en que una entidad de un poder adjudicador, por reunir los requisitos precisos, es declarada medio propio y servicio técnico de uno o más poderes adjudicadores. En este caso, los medios y servicios técnicos materiales están en una entidad del o de los poderes adjudicadores, es decir, se trata de un medio o servicio personificado, pero es medio propio o servicio técnico en todo caso.

Pues bien, para que el encargo o encomienda se le pueda realizar a la entidad medio propio o servicio técnico instrumental y no exista contrato, al existir en realidad una sola voluntad, es necesario que se dé el requisito material sustancial para que exista ejecución directa y se pueda emplear la figura, a saber: que ese medio propio o servicio técnico sea suficientemente apto para ejecutar la prestación. En nuestro caso, no cabe encomienda ni encargo alguno, so pena de incurrir en fraude de ley, si la entidad medio propio o servicio técnico no es suficientemente apta par ejecutar la prestación.

La determinación de cuándo concurre esa aptitud solo puede realizarse a través de los requisitos que la norma establece para los casos de ejecución directa por la propia Administración, de los que las entidades medio propio son simplemente un supuesto recientemente introducido con finalidad aclaratoria, consistente en que la personificación de los medios o servicios técnicos propios no altera la posibilidad de uso de la figura de ejecución por la propia Administración. Pues bien, el artículo 24.4 del TRLCSP, limita la contratación con colaboradores de la ejecución de una obra, etc. al 50 % del importe total del proyecto, no porque quiera limitar la contratación con terceros colaboradores en el caso de que se trate de contratos administrativos especiales porque la Administración vaya a ejecutar la prestación con sus propios medios internos no personificados,

sino simplemente porque en caso contrario, se considera que la Administración no tendría medios propios o servicios técnicos suficientemente aptos para ejecutar la prestación, por lo que no concurriría el supuesto de hecho que permite la ejecución por la propia Administración.

Trasladada la afirmación anterior al supuesto del artículo 24.6, resulta que si una entidad medio propio no puede ejecutar el 50% del encargo, es que no es suficientemente apta para realizar la prestación, por lo que no concurriría el supuesto de hecho del apartado 1.a) del propio artículo 24, y, por tanto, no cabría el encargo o encomienda correspondiente.

Al efecto, debe destacarse que el artículo 24 del TRLCSP, comienza aludiendo “*A los efectos previstos en este artículo y en el artículo 4.1.n)...*”. De ello se deduce que la Administración puede ejecutar por sí misma una prestación a través del empleo de medios o servicios técnicos propios o mediante encargo a una entidad que controle declarada medio propio o servicio técnico, siempre que en cualquiera de los casos, dichos medios o servicios técnicos sean suficientemente aptos para ejecutar la prestación, lo que, por determinación directa del propio artículo 24.4 o por remisión al mismo en el caso del apartado 6 del propio precepto, solo ocurre si ejecuta por sí misma el 50% del importe total de la prestación. En caso contrario, no puede haber autoejecución de la obra, etc., ni encargo al medio propio personificado, por la sencilla razón de que legalmente no son suficientemente aptos para ejecutar la prestación.

En conclusión, la determinación contenida en el último inciso del artículo 24.4 es de aplicación preceptiva a los contratos que deba celebrar la entidad medio propio o servicio técnico que recibe un encargo con terceros para ejecutar la prestación encomendada, porque, en otro caso, no se respetaría el requisito a contrario que resulta de esa norma, que es que sólo ejecutando el 50% de la prestación mediante el empleo de medios o servicios técnicos propios se considera que esos medios o servicios son suficientemente aptos para ejecutar la prestación y por ello se admite la autoejecución directa por la propia Administración, o mediante encargo al medio propio o servicio técnico personificado, que en caso contrario no serían admisibles legalmente, debiendo acudir directamente a la externalización por los procedimientos de contratación correspondientes.

La conclusión anterior se corresponde fielmente con lo dispuesto por el propio TRLCSP, en su Disposición Adicional 25ª, 6, párrafo segundo, que determina con ocasión de la regulación del régimen jurídico de TRAGSA, que es medio propio, lo siguiente: “*En el supuesto de que la ejecución de obras, la fabricación de bienes muebles o la prestación de servicios por las sociedades del grupo se lleve a cabo con la colaboración de empresarios particulares, el importe de la parte de la prestación a cargo de estos deberá ser inferior al 50% del importe total del proyecto, suministro o servicio*”.

Respecto de la segunda cuestión, a la vista la configuración como entidad de derecho privado de la Sociedad Mercantil que tiene la consideración de medio propio, siguiendo el tenor literal del artículo 4.1.n) del TRLCSP, los contratos para la realización de las prestaciones objeto del encargo, “*cuando se trate de contratos de obras, servicios o suministros cuyas cuantías superen los umbrales establecidos en la Sección 2.ª del Capítulo II de este Título Preliminar, las entidades de derecho privado deberán observar para su preparación y adjudicación las reglas establecidas en los artículos 137.1 y 190.*”, que son las normas aplicables a los poderes adjudicadores que no tienen la consideración de Administración pública.

CONCLUSIONES

Por lo expuesto, la Junta Consultiva de Contratación Administrativa concluye que:

1. Los contratos a celebrar por una Sociedad Mercantil considerada como medio propio de la Diputación Provincial de Granada, en el marco de las prestaciones que tenga encomendadas deben circunscribirse al límite del 50 por ciento del importe total del proyecto que prevé el artículo 24.4 del TRLCSP.
2. Los contratos para la realización de las prestaciones objeto del encargo a la Sociedad Mercantil deben regirse por lo dispuesto en el artículo 4.1.n), a tenor del cual “*cuando se trate de contratos de obras,*

servicios o suministros cuyas cuantías superen los umbrales establecidos en la Sección 2.ª del Capítulo II de este Título Preliminar, las entidades de derecho privado deberán observar para su preparación y adjudicación las reglas establecidas en los artículos 137.1 y 190.”