



Expediente 33/2020

Materia: Contratos de entidades que no son poderes adjudicadores con empresas públicas propias

ANTECEDENTES

1.- El Presidente Ejecutivo de la Sociedad Mercantil Estatal Compañía Española de Seguros de Crédito a la Exportación S.A. Compañía de Seguros y Reaseguros, (en adelante CESCE) ha dirigido consulta a esta Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado en la que nos inquiere sobre la situación creada por la modificación del artículo 33.3 de la Ley 9/2017 de Contratos del Sector Público, introducida por el Real Decreto ley 17/2020 de 5 de mayo.

2.- Afirma la consulta que la referida modificación es ajena a la trasposición de las normas establecidas en las Directivas sobre Contratación Pública 2014/24/UE y 2014/25/UE, al estar éstas previstas para los Poderes Adjudicadores, y no para aquellas entidades que no tengan carácter de Poder Adjudicador. Señala que la redacción del artículo 33.3 de la Ley de Contratos del Sector Público previa a la modificación respondía a la necesidad de equiparar los encargos realizados entre empresas públicas de un mismo Grupo empresarial público con la contratación horizontal y los encargos a medios propios, habiendo sido dicha interpretación ratificada en su corrección por el Informe 29/18 de esta Junta que confirmó la intención del legislador de permitir la realización de encargos a las entidades que no sean Poder Adjudicador, cuando exista un control en el capital de otra entidad del Sector Público, sin que sea exigible la acreditación de todos los requisitos enumerados en el numeral 2 del citado artículo 33 para los medios propios.



3.- Señala la consulta igualmente que la nueva redacción del numeral 3 del artículo 33 de la Ley 9/2017 regula ahora otra situación, diferente y ajena a la anterior, la cual ha quedado sin reflejo normativo, y por ende sin un refrendo legal que faculte la continuidad de la figura del encargo entre las empresas del mismo Grupo de Sociedades. Ello, según se indica en la consulta, es especialmente grave en una estructura empresarial aseguradora por tratarse de una actividad regulada, lo que exige crear una arquitectura societaria a través de filiales que desarrollen los servicios y actividades que están legalmente vedados a la Compañía Aseguradora. En efecto, nos recuerda la consulta el contenido de la Ley 20/2015 de 14 de julio de Ordenación Supervisión y Solvencia de las entidades aseguradoras y reaseguradoras (en adelante LOSSEAR) y de su normativa concordante que imponen una regulación concreta y específica para el acceso a la actividad aseguradora exigiendo como requisitos necesarios para que las entidades aseguradoras y reaseguradoras domiciliadas en España obtengan y conserven la autorización administrativa que limiten su objeto social a la actividad aseguradora y reaseguradora. En efecto, el artículo 31.1. LOSSEAR indica que *“El objeto social de las entidades aseguradoras será exclusivamente la práctica de las operaciones de seguro y demás actividades definidas en el artículo 3”,* esto es, *“operaciones preparatorias y complementarias de las de seguro que practiquen las aseguradoras y reaseguradoras; y las actividades de prevención de daños vinculadas a la actividad aseguradora”* refiriéndose, por tanto, a la pura gestión de operaciones vinculadas a la preparación del seguro, o a la evitación de los daños que se pretenden cubrir. El incumplimiento de esta condición puede dar lugar a una operación prohibida, sancionada con la nulidad de pleno derecho, y que puede generar una infracción muy grave consistente en el ejercicio de actividades ajenas al objeto social que tengan legalmente determinado con carácter exclusivo o la realización de operaciones prohibidas por normas de ordenación o supervisión con rango de ley o con incumplimiento de los requisitos establecidos en éstas.

Todo ello desemboca en la necesidad de contar con entidades propias capaces de desarrollar los servicios necesarios para desarrollar la actividad aseguradora el sector asegurador en general y el seguro de crédito en particular, lo que ha llevado a la



creación de entidades participadas o filiales, técnicamente expertas en cada una de esas actividades, que operasen en conjunción con la matriz aseguradora, así como para, para ser rentables y poder aprovechar al máximo sus sinergias, atender la demanda del mercado en cada una de esos servicios individualizados. Además, las entidades aseguradoras tienden a ofertar una pluralidad de servicios en torno al contrato de seguro, con el fin de facilitar al cliente una herramienta global de gestión del riesgo de crédito que incluye la toma de decisión de entrar en un mercado (prospección), el análisis de carteras, la gestión de las ventas y otorgamiento de facilidades crediticias a sus compradores, el acceso a la financiación de su producción, la transferencia de los riesgos a través del seguro, la gestión de las facturas, y el recobro de las mismas en caso de impago. Todo ello ha obligado a las aseguradoras a crear complejas estructuras societarias de Grupo, dotando a las diversas Compañías que las componen de funciones propias y diferenciadas, y actuando a través de sucursales o filiales, o a través de alianzas o simplemente utilizando a terceros, todo ello en función de los mercados y la estrategia que se han dotado los distintos Grupos.

4.- A continuación, la consulta analiza con detalle la estructura societaria de Grupo y el funcionamiento de las principales Compañías de Seguro de crédito que operan en el sector, e igualmente alude a las peculiaridades del Grupo CESCE, para identificarla con el resto de mercantiles del ramo.

5.- Nos recuerda la consulta la condición de CESCE de entidad que no tiene la condición de poder adjudicador y el hecho de que cabe distinguir una serie de contratos internos de negocio frente al resto de los contratos con proveedores de servicios o de suministro tradicionales. Los primeros se caracterizan por tratarse de una actividad preparatoria del seguro y que son esenciales para el proceso productivo del seguro. Se afirma que estos contratos se consideraban expresamente excluidos de la contratación pública hasta la publicación de la vigente Ley 9/2017 de 8 de noviembre de Contratos del Sector Público y así el derogado art. 4.g. del RD legislativo 3/2011 de TR de la ley de Contratos del Sector Público y también otras normas de



contratación públicas anteriores a ésta, consideraban estos contratos como excluidos. Tal circunstancia fue incorporada a las Instrucciones Internas de Contratación de las Sociedades del Grupo CESCE y por consiguiente tales contratos de negocio eran objeto de adjudicación directa a las entidades filiales, participadas directa o indirectamente al 100%, circunstancia precisamente para las cuales habían sido creadas o adquiridas.

6.- Con la entrada en vigor en marzo de 2018 de la vigente Ley 9/2017 de 8 de noviembre de Contratos del Sector Público, se derogó la exclusión anterior, y se abrió paso a la posibilidad de la que la consulta denomina contratación intragrupo a través de la figura del encargo, circunstancia que hizo que las Instrucciones Internas de contratación fueran modificadas, eliminando la referencia a las entidades filiales, y entendiendo que el artículo 33.3 del nuevo texto legal permitía la realización de encargos equiparando a la figura de medios propios la adjudicación de prestaciones de servicios o suministros a otras entidades del sector público estatal participada directa o indirectamente en su capital, o controlada por la entidad que realiza el encargo. Este precepto fue interpretado por la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado en términos que han permitido a CESCE emplear la figura de los encargos a filiales para la realización de las actividades que fuesen necesarias para el desarrollo de su negocio.

7.- El RDL 17/2020 de "medidas de apoyo al sector cultural y de carácter tributario para hacer frente al impacto económico y social del COVID19", publicado con fecha de 6 de mayo en el BOE ha modificado los numerales 2 y 3 del art. 33 de la ley 9/2017 de Contratos del Sector Público. La consulta enjuicia su redacción afirmando que introduce una serie de restricciones que no solo no se contemplan en la Directiva 2014/24 UE sobre contratación pública, la cual no regula la contratación de las entidades No Poder Adjudicador, sino que además confunde y acumula los requisitos exigidos para la consideración de los medios propios del artículo 32 y 33.2 con la posibilidad de utilizar la figura del encargo a los Grupos de sociedades mercantiles estatales, tal y como se aprobó en el texto original de la Ley 9/2017. Tal norma "deja



fuera de la figura del encargo a las Sociedades Mercantiles Estatales que forman Grupo y actúan en el mercado.” Ante tal circunstancia, en opinión de la entidad consultante, sería preciso regular dicha posibilidad tal y como se planteó y aprobó durante su tramitación parlamentaria, sin que sean aplicable a los Grupos empresariales los requisitos de los medios propios de los Poderes Adjudicadores, ni las condiciones de los encargos horizontales, facilitando la utilización de la figura del encargo siempre que las Sociedades Mercantiles Estatales lo hagan entre matriz y filial, o entidades del Grupo empresarial, toda vez que tales sociedades fueron creadas o adquiridas para poder aprovechar sus sinergias eficientemente, y se ha de permitir a tales sociedades que sigan operando en el mercado, por lo que no procede limitar el ámbito de su actividad exigiendo que tengan todos los atributos del medio propio.

8.- A la vista de las anteriores consideraciones se nos plantean las siguientes consultas:

“La posibilidad de articular dentro de las Instrucciones Internas de Contratación previstas en el artículo 321 de la ley 9/2017, la adjudicación preferente a las entidades que mantengan una situación de control conforme al artículo 42 del Código de Comercio.

La conveniencia de reconocer la existencia de una situación singular y establecer una excepción legal, atendiendo al carácter reglado del seguro privado, y a la prohibición de que las entidades aseguradoras puedan realizar otras actividades que no sean la de seguro, lo que obliga a CESCE a crear una estructura de filiales que presten dichos servicios y actúen coordinadamente entre sí para aprovechar sus sinergias.

La conveniencia de regular dentro del texto de la ley de Contratos del Sector Público la posibilidad de que las entidades que no sean Poder Adjudicador puedan adjudicar de forma directa contratos de suministro o de servicios a las empresas de su Grupo empresarial (bajo la figura prevista en el artículo 42 del Código de Comercio).”



CONSIDERACIONES JURÍDICAS

1. El Presidente de la Sociedad Mercantil Estatal Compañía Española de Seguros de Crédito a la Exportación S.A. Compañía de Seguros y Reaseguros ha solicitado informe a esta Junta Consultiva sobre diversas cuestiones específicamente relacionadas con la naturaleza y características concretas de la citada compañía en varios aspectos relacionados con la contratación pública. Tales cuestiones se centran en la calidad como entidad del sector público que no tiene el carácter de poder adjudicador de la citada mercantil y en la posibilidad de celebrar contratos directamente con las empresas de su propio grupo empresarial.

2. Conforme a las competencias que son propias de la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado hay que recordar, en primer lugar, que la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado únicamente puede evacuar informes en los términos previstos en el artículo 328 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, desarrollado a estos efectos en el Real Decreto 30/1991, de 18 de enero, por el que se establece el régimen orgánico y funcional de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa, en virtud del cual los informes de la Junta Consultiva solo podrán recaer sobre cuestiones de contratación pública que revistan carácter general, careciendo de competencia para emitir informes en relación con casos concretos y determinados, sobre un caso o expediente concreto, sobre un contrato en particular o sobre cláusulas específicas a incluir en los pliegos, cuestiones todas ellas para las cuales las entidades públicas disponen del correspondiente servicio jurídico.

A este respecto, cabe recordar los criterios de esta Junta expuestos, entre otros, en sus informes de 18 de noviembre de 1996 (informe 62/96), de 17 de marzo y 11 de noviembre de 1998 (expedientes 46/98 y 31/98), de 30 de octubre de 2000 (expediente 32/00), 5 de marzo de 2001 (expediente 54/00), de 28 de octubre de 2011



(expediente 23/11), en el doble sentido de que a la Junta Consultiva no le corresponde emitir informes en expedientes concretos de los distintos órganos de contratación, ni sustituir las funciones que los preceptos legales vigentes atribuyen a órganos distintos de esta Junta, como sucede, por ejemplo, con el examen y valoración de las proposiciones de los interesados, el informe preceptivo de los pliegos o las peticiones que pueden formular en expedientes concretos o relativas a un contrato concreto.

Teniendo en cuenta esta limitación competencial las cuestiones que se nos plantean han de ser debidamente reconducidas a términos generales, sin que esta Junta Consultiva pueda entrar a analizar las peculiaridades propias de la organización e idiosincrasia de la entidad consultante y del sector empresarial en el que desarrolla su actividad, de modo que nos cabrá únicamente dar cumplida respuesta a aquellos aspectos de la consulta que afecten a todas las entidades que se encuentran genéricamente en la misma situación, abordando la posibilidad de que 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 (LCSP) pueda ofrecer una respuesta legal a los pedimentos planteados en la consulta.

3. Para poder llegar a una conclusión adecuada es necesario analizar primeramente el marco normativo aplicable a la contratación entre entidades del sector público que no tengan el carácter de poderes adjudicadores.

a) Derecho comunitario.

La normativa de contratos públicos propia del derecho comunitario alude específicamente a la contratación de los poderes adjudicadores.

No son poderes adjudicadores las entidades públicas que, como señala el propio artículo 2 de la Directiva, se han creado específicamente para satisfacer necesidades



de interés general que tienen carácter industrial o mercantil, respecto de las cuales existe un mercado definido y con competencia efectiva y en el que la entidad formalmente pública es sólo un actor más de dicho mercado.

Para las entidades que no son poderes adjudicadores –que son aquellas a las que atañe la consulta realizada- no existe una referencia expresa en las Directivas de contratación, cosa lógica puesto que su regulación está limitada, como señala el artículo 1 de la Directiva 2014/24/UE, a los procedimientos de contratación realizados por poderes adjudicadores con respecto a contratos públicos y a concursos de proyectos, cuyo valor estimado sea igual o superior a los umbrales establecidos. No obstante, las entidades que no son poderes adjudicadores están sujetas al Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea puesto que, respecto de ellas, tanto la Jurisprudencia del TJUE como la Comunicación Interpretativa de la Comisión sobre el Derecho comunitario aplicable en la adjudicación de contratos no cubiertos o sólo parcialmente cubiertos por las Directivas sobre contratación pública (2006/C-179/02), han señalado que el Derecho primario y, más en concreto, las libertades fundamentales previstas en el Tratado, incluyendo las disposiciones sobre el mercado interior y los principios de libre concurrencia, transparencia, publicidad, igualdad y no discriminación que establece el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea se aplican también a los contratos no comprendidos en el ámbito de aplicación de las Directivas sobre contratación pública (Asuntos Bent Moustén Vestergaard, C-470/99 Universale-Bau, Coname o Teleaustria). Por tanto, si bien las directivas de contratación no son aplicables con todo su rigor a las entidades que no son poderes adjudicadores, aquellas previsiones de los Tratados que configuran los aspectos básicos de la contratación pública y que permiten generar una competencia efectiva entre los licitadores de los Estados miembros sí les resultan aplicables a las entidades que no son poderes adjudicadores o a los contratos públicos que no excedan de los umbrales comunitarios; así como las disposiciones del Tratado que prohíben las conductas restrictivas de la competencia en el mercado.



b) Derecho interno.

Cada uno de los Estados miembros de la Unión Europea ha tenido la obligación de trasponer las disposiciones de las directivas comunitarias que aluden a la contratación entre entidades del sector público. En el caso de España el legislador, por primera vez, ha querido diferenciar lo que en el derecho interno denominamos encargos de los poderes adjudicadores a medios propios personificados (artículo 32 de la LCSP) y los encargos de entidades pertenecientes al sector público que no tengan la consideración de poder adjudicador a medios propios personificados.

Esta opción del legislador español por regular una figura jurídica que no se corresponde estrictamente con las exigencias de la Directiva obedece a la libertad de configuración legal de aquellos aspectos en los que no entra ni rige la norma comunitaria. Parecía razonable pensar que si las entidades que, en su condición de poderes adjudicadores, más relacionadas estaban con el desarrollo de funciones públicas atribuidas en un régimen de exclusividad podían realizar encargos a medios propios, con mayor razón podrían hacerlo las que, por actuar primordial o únicamente en el mercado, carecían de la sujeción a los rigores de la Directiva al no ser poderes adjudicadores. Por eso, en una primera redacción se previó la posibilidad de que se realizaran encargos obligatorios por parte de entidades que no son poderes adjudicadores bajo ciertas condiciones generales que eran las siguientes:

- a) Que el ente que hace el encargo ostente control, directo o indirecto, en el sentido del artículo 42 del Código de Comercio, sobre el ente destinatario del mismo.
- b) Que la totalidad del capital social o patrimonio del ente destinatario del encargo sea de titularidad pública.



- c) 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 la entidad que realiza el encargo y que lo controla o por otras personas jurídicas controladas del mismo modo por la entidad que realiza el encargo.

Se trataba, por tanto, de una regulación ya muy próxima, en términos generales, a la que se establecía respecto de los poderes adjudicadores.

Sin embargo, en el trámite de enmiendas parlamentarias, el texto original sufrió un cambio relevante mediante la introducción de un apartado tercero en el que se autorizaba que se realizasen encargos por una persona jurídica del sector público estatal *“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, ejerciese el control de la otra o participase directa o indirectamente en su capital social.”*

Este precepto, de redacción un tanto confusa, fue interpretado ampliamente en nuestro Informe 29/2018 en el que alcanzamos la conclusión de que en los casos en que entidades del sector público que no son poderes adjudicadores tengan el control o participen en el capital de otras entidades de la misma naturaleza podían acudir a la figura del encargo a medios propios prevista en el artículo 33.3 de la LCSP, sin tener que sujetarse a las reglas de contratación establecidas para ellas.

Esta previsión, sin embargo, ha desaparecido de la LCSP tras la reforma operada por la Disposición final 8ª del Real Decreto-ley 17/2020, de 5 de mayo, por el que se aprueban medidas de apoyo al sector cultural y de carácter tributario para hacer frente al impacto económico y social del COVID-2019, que da una nueva redacción a los apartados 2 y 3 del artículo 33 de la LCSP, que quedan redactados como sigue:

“2. Tendrán la consideración de medio propio personificado respecto de una entidad perteneciente al Sector Público que no tenga la consideración de poder adjudicador,



aquellas personas jurídicas, de derecho público o de derecho privado, que cumplan todos y cada uno de los requisitos siguientes:

a) Que el ente que hace el encargo ostente control, directo o indirecto, en el sentido del artículo 32.2.a), primer y segundo párrafos de esta Ley, sobre el ente destinatario del mismo.

b) Que la totalidad del capital social o patrimonio del ente destinatario del encargo sea de titularidad pública.

c) 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 la entidad que realiza el encargo y que lo controla o por otras personas jurídicas controladas del mismo modo por la entidad que realiza el encargo.

El cumplimiento efectivo del requisito establecido en la presente letra deberá quedar reflejado en la Memoria integrante de las Cuentas Anuales del ente destinatario del encargo y, en consecuencia, ser objeto de verificación por el auditor de cuentas en la realización de la auditoría de dichas cuentas anuales de conformidad con la normativa reguladora de la actividad de auditoría de cuentas.

3. El apartado 2 del presente artículo también se aplicará en los casos en que una entidad del Sector Público estatal realice un encargo a otra del mismo sector, siempre que la entidad que realiza el encargo y la que lo reciba estén controladas, directa o indirectamente, por la misma entidad de dicho sector y, además, la totalidad del capital social o patrimonio de la entidad destinataria del encargo sea de titularidad pública. En este supuesto, el requisito del apartado 2.c) anterior, cuya acreditación deberá reflejarse en la forma dispuesta en él, se entenderá cumplido por referencia al conjunto de actividades que se hagan en el ejercicio de los cometidos que le hayan sido confiados por la entidad que realiza el encargo, por la entidad que controla directa o indirectamente tanto a la entidad que realiza el encargo como a la que lo recibe, así como por cualquier otra entidad también controlada directa o indirectamente por la anterior. En estos casos, la compensación a percibir por la entidad que reciba el encargo deberá ser aprobada por la entidad pública que controla a la entidad que realiza el encargo y a la que lo recibe,



debiendo adecuarse dicha compensación y las demás condiciones del encargo a las generales del mercado de forma que no se distorsione la libre competencia.

La posibilidad que establece el párrafo anterior también podrá ser utilizada por las Comunidades Autónomas y Ciudades Autónomas dentro de cada uno sus respectivos sectores públicos.”

La citada modificación se justifica, según el preámbulo de la norma, en que la redacción vigente previamente había suscitado dudas interpretativas, siendo necesario completar y precisar más su redacción, a fin de *“facilitar que los órganos del Estado y de las Comunidades Autónomas puedan ejercer las funciones que tienen conferidas con la máxima eficiencia y coordinación, aspectos ambos especialmente necesarios en las actuales circunstancias económicas y sociales derivadas del COVID-19, siempre con pleno respeto a la libre competencia.”*

La nueva redacción introduce varias modificaciones respecto de la regulación anteriormente vigente:

- En el apartado 2 a) se aclara que el requisito del control exigido para que pueda reconocerse la consideración de un medio propio personificado respecto de una entidad perteneciente al Sector Público que no tenga la consideración de poder adjudicador se calificará conforme a lo previsto para los poderes adjudicadores en el artículo 32.2.a), primer y segundo párrafos de la LCSP y no conforme al sentido del artículo 42 del Código de Comercio, que antes se mencionaba en la norma.
- En el apartado 3 se regula, tomando como referencia la aplicación de lo dispuesto en el apartado 2, el régimen aplicable a los encargos horizontales entre entidades pertenecientes al Sector Público que no tengan la consideración de poder adjudicador, lo que resulta novedoso en nuestra legislación.



A la vista de esta nueva redacción cabe concluir que en la norma vigente ya no se contempla el caso regulado en el antiguo artículo 33.3 de la LCSP y que se asimilan las condiciones para calificar como medio propio a la entidad prestadora del servicio en los encargos de entidades que no son poderes adjudicadores, a las establecidas para los poderes adjudicadores. Esta decisión del legislador produce el principal efecto de que ya no cabe hacer encargos entre entidades que no sean poderes adjudicadores sin cumplir los requisitos de íntegra titularidad pública del capital y mayor actividad a favor de la entidad controladora, condiciones que es posible que algunas empresas públicas no cumplan. Por tanto, las entidades públicas que no son poderes adjudicadores y que no cumplan las condiciones antes señaladas respecto de aquella a quien quieran encomendar la realización de una determinada prestación, ya no pueden conferirle encargos como figura jurídica específica, diferente del contrato público. De esta manera, si finalmente se quiere materializar este tipo de relaciones jurídicas habrá de hacerse a través de un contrato público, el cual estará sujeto a las condiciones propias de la contratación de las entidades que no son poderes adjudicadores (artículos 321 y ss. de la LCSP).

4. Este parece ser el caso de la entidad consultante quien, sobre la base de lo dispuesto en el precepto ahora derogado, consideraba posible hacer encargos entre las entidades de su grupo empresarial y así lo plasmó en sus instrucciones internas de contratación.

Sin embargo, en el momento presente la posibilidad que ofrecía el antiguo artículo 33.3 de la LCSP ya no existe por expresa voluntad del legislador, que ha decidido abrogarla mediante su exclusión en la nueva redacción del precepto. No cabe dar a esta exclusión otra interpretación que la decidida voluntad de sujetar la facultad legal que se otorga a las entidades públicas que no son poderes adjudicadores de hacer encargos a otra persona jurídica del sector público estatal cuyo control ejerza y en cuyo capital participe al cumplimiento de los requisitos ahora establecidos.



Obviamente esto significa, dando respuesta con ello a la primera cuestión planteada en la consulta, que ya no es posible que las instrucciones internas de contratación de las entidades públicas que no son poderes adjudicadores puedan aplicar la norma que ha sido derogada, no existiendo en la LCSP ninguna otra regla que autorice la adjudicación preferente de ningún contrato en favor de las entidades pertenecientes al mismo grupo empresarial del que sea matriz la entidad contratante sin cumplir los requisitos ahora establecidos.

5. Las dos cuestiones restantes han de ser tratadas de forma conjunta, siempre en la medida en que por su generalidad sean susceptibles de análisis por esta Junta Consultiva. La entidad consultante nos inquiere sobre la conveniencia de reconocer la existencia de una situación singular y establecer una excepción legal amparada en la prohibición de que las entidades aseguradoras puedan realizar otras actividades que no sean la de seguro. También nos cuestiona sobre la conveniencia de incluir en la ley de Contratos del Sector Público la posibilidad de que las entidades que no sean poder adjudicador puedan adjudicar de forma directa contratos de suministro o de servicios a las empresas de su Grupo empresarial, todo ello bajo la figura prevista en el artículo 42 del Código de Comercio.

La primera de estas dos cuestiones presenta claros caracteres de falta de generalidad. No es misión de esta Junta Consultiva tratar un caso concreto como el que se nos plantea ni tampoco parece razonable que nos inclinemos por una propuesta que podría calificarse como una ley de caso único. Por eso la cuestión ha de ser reconducida a términos generales, valorando, en primer término, el caso de cualquier entidad pública que no sea poder adjudicador y de las relaciones negociales que la puedan ligar con una entidad en la que disponga de participación accionarial, particularmente en el caso de que esa entidad pueda proporcionarle servicios o suministros que resulten necesarios para el ejercicio de su actividad y determinando, a continuación, si procedería que la LCSP regulase algún supuesto en que estos contratos quedaran excluidos de la obligación de aplicar rigurosamente las normas de contratación propias de tales entidades.



6. Definida la cuestión en estos términos, es oportuno recordar que la jurisprudencia del TJUE, por ejemplo, en la sentencia *Conorzio Aziende Metano (Coname)* de 21 de julio de 2005 (Asunto C-231/03), ha analizado la posibilidad de adjudicar libremente un contrato por no aplicarse las Directivas comunitarias. Señala esta sentencia que la adjudicación directa de estos contratos, sin someterlos a los rigurosos pedimentos de las normas comunitarias ha de estar justificada por circunstancias objetivas, pues de lo contrario, dicha diferencia de trato que, al excluir a todas las empresas establecidas en otros Estados miembros, opera principalmente en perjuicio de éstas, y constituye una discriminación indirecta por la nacionalidad prohibida con arreglo a los artículos 43 CE y 49 CE (véanse en este sentido, entre otras, las sentencias de 10 de marzo de 1993, *Comisión/Luxemburgo*, C-111/91, Rec. p. I-817, apartado 17; de 8 de junio de 1999, *Meeusen*, C-337/97, Rec. p. I-3289, apartado 27, y de 26 de octubre de 1999, *Eurowings Luftverkehr*, C-294/97, Rec. p. I-7447, apartado 33 y la jurisprudencia que allí se cita). Por tanto, la exclusión de la ley aplicable a los contratos públicos requiere de una justificación precisa y sólidamente fundada en circunstancias objetivas.

Cabe recordar que en las diferentes leyes que han regulado la contratación pública en España ha existido un ámbito de actuación de las entidades que componen el sector público que ha estado excluido de su aplicación. Este ámbito es el de la actividad puramente mercantil de algunas empresas públicas, y la razón fundamental que subyacía bajo esta fórmula legal era que en tal actividad las empresas públicas actúan en condiciones de máxima igualdad con el resto del sector empresarial en que desarrollan su actividad de modo que tales actuaciones no conducen a la existencia de una posición predominante, ni desde el punto de vista de su posición frente a los particulares ni desde el de su situación en el mercado. Por el contrario, en un entorno de saludable competencia, la empresa pública que desarrolla una actividad puramente mercantil actúa en su ejercicio en una posición de igualdad con el resto de los competidores privados.



En este sentido, el TJUE viene considerando (por ejemplo en la Sentencia “LitSpecMet” de 5 de octubre de 2017, asunto C-567/15) que el carácter mercantil de la actividad de una entidad justifica una aplicación más relajada del Derecho de la contratación pública comunitario (esto es, su sujeción a los principios del Tratado), siendo notas definitorias de dicho carácter mercantil: la presencia de ánimo de lucro como objetivo principal, si la entidad opera en condiciones normales de mercado, la asunción de los riesgos derivados de su actividad, así como la medida en que la entidad soporta las pérdidas derivadas del ejercicio de su actividad.

Esta idea, que es aledaña de la que en las sucesivas directivas comunitarias califica como poderes adjudicadores a las entidades públicas que se hayan creado específicamente para satisfacer necesidades de interés general que no tengan carácter industrial o mercantil, tuvo su plasmación en el artículo 4.1 g) del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público de 2011, norma que excluía la aplicación de la ley de los contratos de suministro relativos a actividades directas de los organismos de derecho público dependientes de las Administraciones Públicas cuya actividad tuviera carácter comercial, industrial, financiero o análogo, si los bienes sobre los que versaban habían sido adquiridos con el propósito de devolverlos, con o sin transformación, al tráfico jurídico patrimonial, de acuerdo con sus fines peculiares, siempre que tales organismos actuasen en ejercicio de competencias específicas atribuidas a ellos por la Ley. También aparecía con el mismo contenido en el mismo precepto de la Ley 30/2007, de Contratos del Sector Público y, con un contenido muy similar, en el artículo 3 del texto refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por el Real decreto legislativo 2/2000, de 16 de junio.

7. Partiendo de lo anterior resulta razonable pensar que, en la medida en que exista una justificación objetiva, es posible que en nuestro derecho interno se pueda establecer un supuesto de exclusión de la aplicación de la LCSP que se funde, entre otras cosas, en la existencia de una actividad de carácter mercantil con arreglo a los



criterios expuestos anteriormente de una empresa pública que no sea poder adjudicador.

Como es conocido, la definición de la actividad de una determinada entidad del sector público puede realizarse a través de las normas legales o reglamentarias que le atribuyan competencias o, en el caso de las empresas públicas, a través de sus Estatutos Sociales y de la determinación que en ellos se contenga de su objeto social, si bien la jurisprudencia del TJUE viene exigiendo un análisis material de la naturaleza de la actividad que realiza una entidad para calificarla de “mercantil” (Sentencia TJUE “LitSpecMet” citada), no bastando con la calificación formal de dicha actividad como mercantil en los Estatutos o normas de creación o de regulación que resulten de aplicación.

Es cierto que en la actual LCSP ya no existe un precepto similar al que sí contenía el anterior texto refundido, por esta razón la entidad consultante nos plantea la conveniencia de que se incluyese tal precepto en la vigente Ley. Entiende esta Junta que, atendiendo al contenido de la actividad mercantil que desarrollan algunas empresas públicas, cabe valorar la inclusión de una norma que excluyese de algún modo y con ciertas condiciones tal actividad de la aplicación de la LCSP. Una disposición legal planteada en estos términos, y debidamente condicionada para salvaguardar los principios que derivan del TFUE y en especial el de libre competencia, no sería contraria a las directivas comunitarias ni al Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, ni contradiría ninguno de los restantes preceptos de la ley interna.

8. La solución que cabe ofrecer a la cuestión planteada difiere parcialmente de la propuesta de adjudicación directa de *contratos de suministro o de servicios por las entidades que no sean poderes adjudicadores a las empresas de su Grupo empresarial* que se contiene en la consulta.



En efecto, si se regulara la exclusión de este tipo de contratos de la aplicación de la LCSP ya no sería necesario aplicar las normas y principios que la misma contiene sobre la necesidad de dar acceso libre a los licitadores interesados, lo que supone, en la práctica, que este tipo de contratos, bajo las condiciones añadidas que a continuación expondremos, podrían adjudicarse libremente por la empresa contratante.

Sin embargo, lo que no parece tan acertado es establecer dentro de la LCSP un nuevo supuesto de adjudicación directa, fundamentalmente por dos razones:

- La primera, porque desde el punto de vista jurídico el efecto de que la actividad de la empresa pública merezca el carácter de mercantil con arreglo a los criterios expuestos anteriormente, es que el contrato que contribuye de modo necesario a la realización de tal actividad no esté sujeto a la ley, no que quepa su adjudicación directa dentro de la misma.
- Porque los supuestos de adjudicación directa vienen tasados y restringidos en nuestro derecho a situaciones que exijan, por distintas razones como el escaso importe del contrato o su emergencia, prescindir de la tramitación normal del contrato. El que aquí tratamos no es ninguno de estos supuestos.

9. En anteriores consideraciones jurídicas hemos concluido que cabría la existencia de una norma que excluya en determinadas circunstancias de la aplicación de la LCSP la actividad de carácter mercantil de una empresa pública que con arreglo al artículo 3 no mereciese la consideración de poder adjudicador. Para concretar dichas circunstancias hay que añadir a todo lo anteriormente tratado en este informe una consideración fundamental, relativa a la imprescindible protección de la competencia.

Si en anteriores consideraciones jurídicas hemos concluido que el tratamiento que se ha de dar a los contratos que celebren las empresas públicas que no tienen la



consideración de poder adjudicador con otras entidades de igual condición puede ser la exclusión de la LCSP en el supuesto de que estas entidades desarrollen actividades mercantiles, tal exclusión apareja por pura lógica la inaplicación de los principios esenciales establecidos en el artículo 1 de la LCSP, y entre ellos, el de libertad de acceso a las licitaciones. La relación directa de este principio con el también mencionado de salvaguarda de la libre competencia es indudable porque, en la medida en que un contrato celebrado por una entidad del sector público no sea sometido a concurrencia libre de los potenciales licitadores, ello puede implicar un perjuicio para los mismos, deteriorando la igualdad de oportunidades en el entorno de un mercado determinado.

Es claro, a nuestro juicio, que en determinados supuestos como el que se nos plantea, las empresas públicas que no son poderes adjudicadores (porque han sido creadas específicamente para satisfacer necesidades que sí tienen carácter industrial o mercantil), al competir en el mercado deben poder actuar en paridad de condiciones con el resto de entidades privadas de su entorno empresarial.

A nadie se le ocurriría admitir que una sociedad mercantil no perteneciente al sector público tuviera restricciones o limitaciones para contratar libremente con las empresas filiales que específicamente ha creado si su objeto social es coincidente con la prestación de servicios o el suministro de bienes que son necesarios para que la entidad contratante pueda desarrollar las actividades que le son propias siempre que ello no restrinja la competencia.

Del mismo modo tampoco parece deba haber obstáculo a que otra empresa, en este caso pública, que no sea un poder adjudicador y que compita en el mismo sector que la primera, pueda contratar libremente la ejecución del mismo tipo de contrato con sus filiales siempre que ello no restrinja la competencia. De hecho, no permitir la contratación libre en este caso sí que podría suponer una desventaja competitiva para la empresa pública, en el caso de que, por ejemplo, estuviese obligada a permitir el acceso a una licitación pública a las empresas propias de sus competidores.



Pero el hecho de que aparentemente pueda no existir una lesión a la competencia bajo determinadas condiciones no puede llevarnos a establecer con carácter general que no es posible tal lesión, misión ésta que, por otro lado, no es de nuestra competencia.

Por tanto, cualquier exclusión de este tipo de contratos de la aplicación de la LCSP debe cumplir como requisito inexcusable que no suponga una lesión a la libre competencia en el mercado en el que desarrollen su actividad las entidades contratantes.

Llegados a este punto es menester hacer una segunda consideración sobre cuál debe ser la relación jurídica que ligue a las empresas públicas que no son poderes adjudicadores que quieran adquirir bienes o servicios para la realización de su actividad mercantil y las entidades, también públicas, a las que se los pretendan comprar.

Es oportuno recordar que la jurisprudencia del TJUE, por ejemplo en la Sentencia 24-10-96 Asunto C-73/95 P Viho Europe BV, señala, con apoyo en jurisprudencia anterior del propio Tribunal, que cuando una filial no goza de autonomía real para determinar su línea de actuación en el mercado, las prohibiciones impuestas por el apartado 1 del artículo 85 del Tratado pueden considerarse inaplicables a las relaciones entre aquélla y la sociedad matriz con la cual forma una unidad económica -circunstancia que puede concurrir con frecuencia en el caso de una sociedad matriz que sea titular de la totalidad del capital de su filial-, sin perjuicio de que al comportamiento de semejante unidad económica en el mercado le puede resultar aplicable el artículo 86 del Tratado.

En todo caso, la determinación de la concurrencia de las circunstancias anteriores únicamente puede corresponder en nuestro ordenamiento jurídico a la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia (CNMC) o, en su caso, a la autoridad



de competencia autonómica correspondiente. Concretamente, en el caso de la CNMC, ésta actúa como órgano consultivo sobre cuestiones relativas al mantenimiento de la competencia efectiva y buen funcionamiento de los mercados y sectores económicos, dictaminando sobre cualesquiera otras cuestiones sobre las que deba informar, de acuerdo con lo previsto en la normativa vigente.

10. Con todo lo que hasta ahora hemos expuesto podemos dar respuesta a la última de las preguntas planteadas por la entidad consultante en el sentido de que podría ser adecuado desde el punto de vista jurídico incluir en la LCSP, al tratar de los contratos de las empresas públicas que no tengan el carácter de poderes adjudicadores (artículo 321), un supuesto de exclusión de la aplicación de la Ley para los contratos realizados entre dos de estas entidades cuando la empresa contratante ostente la totalidad del capital social de la contratista o viceversa, y siempre que los contratos en cuestión tengan por objeto la adquisición de bienes o la prestación de servicios que sean necesarios para la realización de la actividad mercantil propia del objeto social de la entidad contratante. Como última condición será imprescindible que tales contratos no distorsionen la libre competencia en el mercado.

11. Ante esta circunstancia, y en la medida en que la entidad consultante nos solicita que nos pronunciemos sobre la procedencia de una eventual reforma legal, si tenemos en cuenta la gran complejidad de la cuestión que nos ha sido cuestionada, cabría realizar una sugerencia *de lege ferenda* al amparo de lo dispuesto en el artículo 328.3 a) de la LCSP¹, proponiendo la inclusión en el artículo 321 de la LCSP, referido a los contratos de las entidades del sector público que no tengan el carácter de poderes adjudicadores, de un nuevo apartado con texto similar al siguiente:

“Estarán excluidos de la aplicación de esta Ley los contratos entre dos sociedades mercantiles pertenecientes al sector público que no ostenten el

¹ Que establece como una de las funciones de la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado: a) Promover la adopción de las normas o medidas de carácter general que considere procedentes para la mejora del sistema de contratación en sus aspectos administrativos, técnicos y económicos.



carácter de poder adjudicador, siempre y cuando se cumplan todas y cada una de las siguientes condiciones:

a) Que la sociedad contratante ostente de manera directa o indirecta la totalidad del capital social de la contratista o viceversa, o que una tercera sociedad, también del sector público, que tampoco tenga el carácter de poder adjudicador ostente de manera directa o indirecta la titularidad del 100 por 100 del capital social de las dos primeras.

b) Que los contratos tengan por objeto la adquisición de bienes o la prestación de servicios que sean necesarios para la realización de la actividad mercantil propia del objeto social de la entidad contratante.

c) Que los contratos no distorsionen la libre competencia en el mercado.

A los efectos de lo establecido en el párrafo anterior el Departamento ministerial u organismo al que corresponda la tutela de la sociedad contratante solicitará un informe previo de la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia o, en su caso, de la autoridad de competencia autonómica correspondiente que analice los contratos concretos o categorías generales de contratos de similares características que las sociedades prevean suscribir. El informe será evacuado en el plazo máximo de xx días hábiles.”

En mérito a las anteriores consideraciones la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado realiza las siguientes

CONCLUSIONES.

1. Tras la reforma operada por la Disposición final 8ª del Real Decreto-ley 17/2020, de 5 de mayo, por el que se aprueban medidas de apoyo al sector



cultural y de carácter tributario para hacer frente al impacto económico y social del COVID-2019, que da una nueva redacción a los apartados 2 y 3 del artículo 33 de la LCSP, ya no es posible que las instrucciones internas de contratación de las entidades públicas que no son poderes adjudicadores puedan aplicar la anterior redacción de esta norma, que ha sido derogada, no existiendo en la LCSP ninguna otra regla que autorice la adjudicación preferente de un contrato en favor de las entidades pertenecientes al mismo grupo empresarial del que sea matriz la entidad contratante sin cumplir los requisitos previstos en la nueva redacción del artículo 33.

2. La incorporación de una norma que excluyera de la LCSP los contratos suscritos entre dos sociedades públicas que no sean poder adjudicador cuando *la sociedad contratante ostentara de manera directa o indirecta la totalidad del capital social de la contratista o viceversa, o una tercera sociedad que tampoco tuviera el carácter de poder adjudicador ostentara de manera directa o indirecta la titularidad del 100 por 100 del capital social de las dos primeras*, en la medida en que dichos contratos fueran necesarios para su actividad mercantil, y *siempre que*, como requisito inexcusable, ello no supusiera una lesión a la libre competencia en el mercado en el que desarrollen su actividad las entidades, no resultaría contraria a las Directivas comunitarias ni al Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, ni contradiría ninguno de los restantes preceptos de la ley interna