



Expediente: 14/2021. Tramitación de emergencia en los encargos a medios propios personificados.

Clasificación de informes: 1. Ámbito de aplicación subjetiva. 1.1. Entidades sometidas al Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por Real Decreto Legislativo 3, 2011, de 14 de noviembre. 1.3. Entidades excluidas de la legislación de contratos del sector público y de los sectores especiales. 12. Expediente de contratación. Trámites. 12.2. Tramitación ordinaria, urgente o de emergencia.

ANTECEDENTES

La Intervención General de la Administración del Estado ha dirigido consulta a esta Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado con el siguiente tenor:

“En el seno de esta Intervención General se ha suscitado la duda de si el procedimiento excepcional de la tramitación de emergencia regulado en el artículo 120 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), puede ejecutarse a través de encargos a medios propios personificados.

Si bien es cierto que con carácter habitual la Administración General del Estado acude a los encargos a medios propios personificados para la ejecución de las actuaciones necesarias en los supuestos de tramitación de emergencia (situación de la que esta Intervención General tiene conocimiento, entre otras situaciones, a través de la toma de razón por el Consejo de Ministros, así como también en el análisis de los expedientes de encargos tramitados por emergencia para la designación de representante de la Intervención General para el ejercicio de la comprobación material de la inversión), no es menos cierto que la regulación efectuada por la LCSP de este régimen excepcional en el artículo 120 no contempla expresamente los encargos a medios propios personificados, lo que ha llevado a cuestionar el amparo jurídico de esta práctica.

Habida cuenta de la relevancia y alcance general de dicha cuestión, esta Intervención General estima oportuno su elevación a la consideración a la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado (en adelante, JCCPE).

/



La cuestión a analizar se concreta en determinar si la tramitación de emergencia, regulada en el artículo 120 de la LCSP, permite la ejecución de las actuaciones a través de encargos a medios propios personificados.

El citado artículo configura un régimen excepcional que permite, en los casos expresamente en él mencionados, la tramitación del procedimiento sin necesidad de observar los principios que rigen la contratación pública, al señalar:

«1. Cuando la Administración tenga que actuar de manera inmediata a causa de acontecimientos catastróficos, de situaciones que supongan grave peligro o de necesidades que afecten a la defensa nacional, se estará al siguiente régimen excepcional:

a) El órgano de contratación, sin obligación de tramitar expediente de contratación, podrá ordenar la ejecución de lo necesario para remediar el acontecimiento producido o satisfacer la necesidad sobrevenida, o contratar libremente su objeto, en todo o en parte, sin sujetarse a los requisitos formales establecidos en la presente Ley, incluso el de la existencia de crédito suficiente. En caso de que no exista crédito adecuado y suficiente, una vez adoptado el acuerdo, se procederá a su dotación de conformidad con lo establecido en la Ley General Presupuestaria.

b) Si el contrato ha sido celebrado por la Administración General del Estado, sus Organismos Autónomos, Entidades Gestoras y Servicios Comunes de la Seguridad Social o demás entidades públicas estatales, se dará cuenta de dichos acuerdos al Consejo de Ministros en el plazo máximo de treinta días.

c) El plazo de inicio de la ejecución de las prestaciones no podrá ser superior a un mes, contado desde la adopción del acuerdo previsto en la letra a). Si se excediese este plazo, la contratación de dichas prestaciones requerirá la tramitación de un procedimiento ordinario.

d) Ejecutadas las actuaciones objeto de este régimen excepcional, se observará lo dispuesto en esta Ley sobre cumplimiento de los contratos, recepción y liquidación de la prestación.

En el supuesto de que el libramiento de los fondos necesarios se hubiera realizado a justificar, transcurrido el plazo establecido en la letra c) anterior, se rendirá la cuenta justificativa del mismo, con reintegro de los fondos no invertidos.

2. Las restantes prestaciones que sean necesarias para completar la actuación acometida por la Administración y que no tengan carácter de emergencia se contratarán con arreglo a la tramitación ordinaria regulada en esta Ley».

Por su parte, los encargos de los poderes adjudicadores a medios propios personificados vienen regulados en el artículo 32 de la LCSP, del siguiente modo:



«1. 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.

El encargo que cumpla dichos requisitos no tendrá la consideración de contrato.

(...)

El previamente transcrito artículo 120 de la LCSP, que contiene la regulación de la tramitación de emergencia, se encuentra en la sección primera “de la preparación de los contratos de las Administraciones Públicas” del Título I del Libro segundo, reservado a estos contratos. Asimismo, dicho artículo solo alude expresamente a contratos y no a encargos, de lo que podría deducirse en principio que su aplicación no puede hacerse extensiva a los encargos a medios propios personificados.

No obstante, junto a la posibilidad de su aplicación “sin obligación de tramitar expediente de contratación”, el artículo 120 también señala que “podrá ordenar la ejecución de lo necesario para remediar el acontecimiento producido o satisfacer la necesidad sobrevenida, o contratar libremente su objeto, en todo o en parte, sin sujetarse a los requisitos formales establecidos en la presente Ley, incluso el de la existencia de crédito suficiente”.

Dicha previsión, parece amparar dos posibilidades para tramitar una emergencia, esto es, se podrá “contratar libremente su objeto”, pero también se “podrá ordenar la ejecución de lo necesario”. Esta segunda posibilidad se plantea en términos amplios, en los que podría tener cabida la ejecución directa por la Administración, tanto a través de medios propios no personificados o con la colaboración de empresarios particulares, como a través de medios propios personificados mediante encargos. Esta remisión genérica a ordenar la ejecución de lo necesario, pudiera llevar a pensar que la LCSP permite la tramitación de emergencias mediante la ejecución directa por la Administración.

De este modo, si bien la LCSP no ha hecho referencia expresa a la tramitación de emergencia a través de encargos a medios propios personificados, es llamativo que sí ha contemplado expresamente esta tramitación en los casos de ejecución directa de prestaciones por la Administración Pública ya sea a través de medios propios no personificados o con la colaboración de empresarios particulares. Así en su artículo 30 señala:



«1. La ejecución de obras podrá realizarse por los servicios de la Administración Pública, ya sea empleando exclusivamente medios propios no personificados o con la colaboración de empresarios particulares cuando concorra alguna de estas circunstancias:

(...)

d) Cuando se trate de un supuesto de emergencia, de acuerdo con lo previsto en el artículo 120».

De conformidad con lo expuesto anteriormente, queda sentado que la tramitación de emergencia puede hacerse a través de contratos y mediante ejecución directa por parte de la Administración, bien con la colaboración de empresarios particulares o a través de medios propios no personificados, ya que ambos supuestos han sido previstos expresamente en la LCSP.

Como ya se ha dicho, la tramitación de emergencia es un régimen excepcional, que permite, en los supuestos expresamente tasados en la ley (“Cuando la Administración tenga que actuar de manera inmediata a causa de acontecimientos catastróficos, de situaciones que supongan grave peligro o de necesidades que afecten a la defensa nacional”), la contratación directa con un tercero sin observar los principios que rigen la contratación pública de publicidad, concurrencia, igualdad y no discriminación. Asimismo, le faculta a contratar aún en el supuesto de inexistencia de crédito, extremo éste que fuera de este régimen excepcional es penalizado tanto por el artículo 46 de la Ley 47/2003, de 26 de noviembre, General Presupuestaria (en adelante, LGP) como por el artículo 39.2.b) de la LCSP con el grado de invalidez más grave, la nulidad de pleno derecho.

Por su parte, los encargos a medios propios personificados suponen igualmente una excepción a los principios de contratación pública, permitiendo la adjudicación directa a una entidad que tenga la condición de medio propio.

Por ello, sería cuanto menos llamativo que se permita aplicar la tramitación de emergencia mediante la contratación con adjudicación directa a un tercero ajeno a la Administración, que se permita igualmente mediante la ejecución directa bien con la colaboración de empresarios particulares o a través de sus medios propios no personificados y, sin embargo, que no pueda tramitarse una actuación de emergencia a través de medios propios personificados sobre los que el artículo 32.2 de la LCSP exige «que cumplan todos y cada uno de los requisitos» en él establecidos.

Como sistematiza la Abogacía General del Estado en su informe ef. A.G. FOMENTO 2/18 (R-403/2018), «Concretamente, los encargos conferidos a medios propios personificados por parte de poderes adjudicadores exigen, en la LCSP, la concurrencia cumulativa de los siguientes requisitos:

1º. El requisito del control (artículo 32.2.a), o exigencia de que el poder adjudicador ejerza sobre el medio propio un control análogo al que ostenta sobre sus propios servicios. El



referido control se concreta en la LCSP en la posibilidad de que el poder adjudicador ejerza una influencia decisiva sobre los objetivos estratégicos y decisiones significativas del medio propio.

2º. El requisito de la actividad (artículo 32.2.b), que implica que la parte esencial de la actividad del medio propio, que la LCSP concreta en un porcentaje superior al 80%, se lleve a cabo en ejercicio de cometidos conferidos por el poder adjudicador, o por otras personas jurídicas controladas del mismo modo por la entidad que hace el encargo. El artículo 32.2.b) de la LCSP regula la forma de computar el referido porcentaje de actividad del 80%: “A estos efectos, para calcular el 80 por ciento de las actividades del ente destinatario del encargo se tomarán en consideración el promedio del volumen global de negocios, los gastos soportados por los servicios prestados al poder adjudicador en relación con la totalidad de los gastos en que haya incurrido el medio propio por razón de las prestaciones que haya realizado a cualquier entidad, u otro indicador alternativo de actividad que sea fiable, y todo ello referido a los tres ejercicios anteriores al de formalización del encargo”, que “Cuando 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, de acuerdo con lo establecido en el párrafo anterior, no estuvieran disponibles respecto de los tres ejercicios anteriores a la formalización del encargo o hubieran perdido su vigencia, será suficiente con justificar que el cálculo del nivel de actividad se corresponde con la realidad, en especial mediante proyecciones de negocio”.

3º. Exclusión de capital privado en el medio propio que sea una personificación jurídico-privada (artículo 32.2.c): cuando el ente destinatario del encargo sea una persona jurídico-privada, la totalidad de su capital o patrimonio tendrá que ser de titularidad o aportación pública.

4º. Requisito formal: el artículo 32.2.d) de la LCSP mantiene y desarrolla el requisito adicional ya establecido por el legislador español en el artículo 24.6 del TRLCSP, de que la condición de medio propio se reconozca expresamente en sus estatutos o normas de creación. Los estatutos o actos de creación deberán concretar los poderes adjudicadores de los que es medio propio, el régimen jurídico y administrativo de los encargos, y la imposibilidad de participar en las licitaciones convocadas por los poderes adjudicadores de los que la entidad sea medio propio personificado.»

La exigencia acumulativa de estos requisitos exigidos a los medios propios para que los poderes adjudicadores puedan conferirles encargos, junto con los establecidos en el ámbito estatal en el artículo 86 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público, limitan el uso de los encargos a los entes que son calificados como medios propios por cumplir las condiciones expuestas, de modo que, como se indica en el Preámbulo de la LCSP “se evitan adjudicaciones directas que pueden menoscabar el principio de libre competencia”.



Por ello, como se ha dicho, parecería curioso que se permita la tramitación por emergencia, al margen de los principios de la contratación pública, con adjudicación directa a terceros contratistas y que no fuera posible acudir a esta vía encargando la ejecución a medios propios personificados de la administración (a los que, sin necesidad de que se den las situaciones tasadas en el artículo 120 para permitir este régimen, se les encargan prestaciones propias de los contratos de obras, suministros, servicios, concesión de obras y concesión de servicios de modo directo.

Aunque no cabe duda de que la figura del encargo, en los casos en los que está previsto, permite agilizar la tramitación del expediente administrativo y del expediente de gasto derivado del mismo, el artículo 120 de la LCSP en los supuestos de tramitación de emergencia, permite no sólo que se inicien las actuaciones sin que se tramite expediente e incluso sin existencia de crédito, circunstancias que no pueden obviarse si se tramita un encargo por el procedimiento ordinario.

En todo caso, no debe olvidarse, que el recurso a la tramitación de emergencia es una vía excepcional, que está sujeta no sólo al cumplimiento de los requisitos establecidos en el artículo 120 de la LCSP, sino también a los fijados por el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales (TACRC) y por la propia JCCPE. En particular no debe olvidarse que, como indica el TACRC en la Resolución 102/2017:

“Es decir, para que proceda la tramitación de emergencia es necesario: i) que concurra alguno de los supuestos que taxativamente establece la ley, sin que sea suficiente cualquier otra circunstancia que dé lugar a una situación de urgencia; ii) que no sea suficiente para resolver la situación la utilización de otros procedimientos menos restrictivos de la libre concurrencia; iii) que la emergencia sea apreciada por el órgano de contratación y iv) que la tramitación se limite a lo estrictamente indispensable en el ámbito objetivo y temporal para prevenir o remediar los daños derivados de esa situación. A los anteriores requisitos este Tribunal ha de añadir uno más: que la causa de la emergencia no sea imputable al propio órgano de contratación, es decir, que la situación de emergencia no hubiera podido ser evitada por el órgano de contratación mediante una actuación diligente”.

II

Otro argumento que podría inducir a pensar que la tramitación de emergencia del artículo 120 de la LCSP pudiera hacerse extensible a los encargos a medios propios personificados es el cambio experimentado en la regulación de los encargos por la nueva LCSP.

La normativa contractual anterior, recogida en el 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, consideraba en el artículo 4 como «negocios y contratos excluidos» a los negocios jurídicos en los que una entidad tuviese la condición de medio propio y servicio técnico conforme a dicha norma



«1. Están excluidos del ámbito de la presente Ley los siguientes negocios y relaciones jurídicas:

(...)

n) 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. 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.

(...)

2. Los contratos, negocios y relaciones jurídicas enumerados en el apartado anterior se regularán por sus normas especiales, aplicándose los principios de esta Ley para resolver las dudas y lagunas que pudieran presentarse».

Como se señala en el propio Preámbulo de la ley actual, «En el Libro I, relativo a la configuración general de la contratación del sector público y elementos estructurales de los contratos, aparece en primer lugar una nueva regulación del llamado «medio propio» de la Administración, encomiendas de gestión o aplicación práctica de la técnica denominada «in house», que pasa ahora a llamarse «encargos a medios propios». Así, nos encontramos los casos de encargos entre entidades del sector público, como supuestos de ejecución directa de prestaciones a través de medios propios personificados, distinguiéndose entre el encargo hecho por un poder adjudicador, de aquel que se hubiera realizado por otra entidad que no tenga la consideración de poder adjudicador, manteniéndose los casos de la ejecución directa de prestaciones por la Administración Pública con la colaboración de empresarios particulares o a través de medios propios no personificados.

La regulación de los encargos se incluye, por tanto, en el ámbito objetivo de aplicación de la LCSP, de modo que, aunque evidentemente no son contratos públicos, les aplican, además de los artículos específicamente dedicados a recoger su régimen jurídico, otros preceptos que hacen referencia expresamente a los mismos y que disponen que, cuando se superen determinados umbrales, deberán publicarse en el perfil del contratante y podrán ser objeto de recurso especial en materia de contratación.

Así, la LCSP establece en su artículo 40 las causas de anulabilidad de derecho administrativo, y entre ellas, en su apartado c) se incluyen los encargos en los que no se



observe lo establecido en los apartados 2, 3 y 4 del artículo 32 al que se ha hecho mención con anterioridad.

«Son causas de anulabilidad de derecho administrativo las demás infracciones del ordenamiento jurídico y, en especial, las de las reglas contenidas en la presente Ley, de conformidad con lo establecido en el artículo 48 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas.

En particular, se incluyen entre las causas de anulabilidad a las que se refiere el párrafo anterior, las siguientes:

(...)

c) Los encargos que acuerden los poderes adjudicadores para la ejecución directa de prestaciones a través de medios propios, cuando no observen alguno de los requisitos establecidos en los apartados 2, 3 y 4 del artículo 32, relativos a la condición de medio propio».

Por otro lado, entre los actos recurribles mediante el recurso especial en materia de contratación, el artículo 44 de la LCSP incluye la formalización de los encargos del siguiente modo:

«Asimismo serán susceptibles de recurso especial en materia de contratación los contratos subvencionados a que se refiere el artículo 23, y los encargos cuando, por sus características no sea posible fijar su importe o, en otro caso, cuando este, atendida su duración total más las prórrogas, sea igual o superior a lo establecido para los contratos de servicios.

2. Podrán ser objeto del recurso las siguientes actuaciones:

(...)

e) La formalización de encargos a medios propios en los casos en que estos no cumplan los requisitos legales».

Asimismo, en el artículo 50 de la LCSP se establece el procedimiento y el plazo para interponer el recurso, haciendo referencia expresa al plazo para el caso concreto de los encargos a medios propios.

Por otro lado, el artículo 63, apartado 6, relativo al perfil del contratante, señala:

«6. La formalización de los encargos a medios propios cuyo importe fuera superior a 50.000 euros, IVA excluido, serán objeto, asimismo, de publicación en el perfil de contratante.



La información relativa a los encargos de importe superior a 5.000 euros deberá publicarse al menos trimestralmente. La información a publicar para este tipo de encargos será, al menos, su objeto, duración, las tarifas aplicables y la identidad del medio propio destinatario del encargo, ordenándose los encargos por la identidad del medio propio».

Queda, por tanto, sentado que no solo los artículos específicamente dedicados a los encargos, artículos 32 y 33, afectan a la regulación de los mismos, sino que hay otros artículos de la LCSP que también les aplican.

Por otro lado, la disposición transitoria primera de la LCSP, referente a los expedientes iniciados y los contratos adjudicados con anterioridad a la entrada en vigor de esta Ley, indica en su apartado 3:

«3. La presente Ley será de aplicación a los acuerdos de rescate y a los encargos que se realicen con posterioridad a su entrada en vigor. Deberá entenderse que un encargo se ha realizado cuando haya sido objeto de la correspondiente formalización documental».

De acuerdo con lo anterior cabría preguntarse si, además de los artículos antes citados, que aluden expresamente a los encargos a medios propios personificados, pudieran serles de aplicación (supletoria o analógicamente, si procede) a estos encargos también otros artículos de la LCSP, en particular, el artículo 120 de la LCSP; o si, por el contrario, puesto que la LCSP ha indicado expresamente que determinados artículos se aplican a los encargos, la voluntad del legislador al no hacer referencia a ellos en el artículo 120 de la LCSP, ha sido excluir la aplicación del citado artículo a los encargos de los poderes adjudicadores a los medios propios personificados.

III

En relación con la cuestión planteada en el párrafo anterior, es destacable el Dictamen de la Abogacía General del Estado-Dirección del Servicio Jurídico de 18 de septiembre de 2018 (ref. A.G. Medio Ambiente, y Medio Rural y Marino 4/08) sobre la posibilidad de aplicar a las encomiendas de gestión, concretamente a TRAGSA, lo dispuesto en el artículo 160.1 del Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas:

«El criterio que aquí se sostiene, basado, como se ha razonado, en el argumento de la aplicación analógica que sanciona el artículo 4.1 del Código Civil viene a quedar confirmado por otras dos consideraciones complementarias a dicho argumento.

En primer lugar, la circunstancia de que la relación jurídica que entraña la figura de la encomienda de gestión no sea de naturaleza contractual, sino de carácter instrumental, no impide que a dicha relación jurídica le sean aplicables las previsiones de la normativa sobre contratación de las Administraciones Públicas cuando tales previsiones sean conceptualmente compatibles con la relación jurídica que entraña la encomienda de gestión, siendo así que no se aprecia ninguna razón que permita sostener la incompatibilidad conceptual de la previsión contenida en el artículo 160.1 del RGLCAP y el



artículo 217.3, párrafo último, de la LCSP con la configuración de la relación jurídica derivada de la encomienda de gestión.

En segundo lugar, y aunque la encomienda de gestión sea un acto o negocio jurídico excluido de la normativa sobre contratación de las Administraciones Públicas [artículo 3.1.1 del derogado TRLCAP y artículo 4.1.n) de la vigente LCSP], no puede olvidarse que ambos preceptos sancionan la regla de la aplicación de los principios de la normativa sobre contratación de las Administraciones Públicas para resolver las dudas y lagunas que puedan presentar los actos y negocios excluidos de dicha normativa. Pues bien, partiendo de esta premisa cabe ver que en la regla del artículo 160.1 del LRGLCAP y el artículo 217.3, párrafo último de la LCSP un principio-excepción al régimen riguroso de la modificación de contratos- que en cuanto tal es aplicable para resolver las dudas que suscita el hecho de que, como se ha visto, en la regulación de las encomiendas de gestión no se contempla el supuesto a que se refiere el presente informe.

En virtud, de todo lo expuesto, la Abogacía General del Estado-Dirección del Servicio Jurídico del Estado formula la siguiente:

CONCLUSIÓN

De acuerdo con lo establecido en el artículo 4.1 del Código Civil, lo dispuesto en el artículo 160.1 del Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas aprobado por Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, y en el párrafo final del artículo 217.3 de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público es aplicable por analogía a las encomiendas de obras que la Administración General del Estado-Ministerio de Medio ambiente, y Medio Rural y Marino realice a TRAGSA. En consecuencia, en dichas encomiendas podrán introducirse variaciones sin necesidad de previa aprobación cuando éstas consistan en la alteración del número de unidades realmente ejecutadas sobre las previstas en las mediciones del proyecto, siempre que no representen un incremento del gasto superior al 10% del precio primitivo del encargo, quedando obligado el referido Departamento ministerial a abonar a TRAGSA el importe a que asciendan esas alteraciones».

El artículo 4.1 del código civil en el que se basa la conclusión transcrita señala que “procederá la aplicación analógica de las normas cuando éstas no contemplen un supuesto específico, pero regulen otro semejante entre los que se aprecie identidad de razón.”

En este punto se suscita la cuestión de si los requisitos exigidos para la aplicación analógica de una norma, esto es, la ausencia de regulación de un supuesto específico que sería la tramitación por el procedimiento de emergencia a través de encargos a medios propios, y la semejanza entre los dos supuestos, existen en el caso concreto analizado y permiten, por tanto, aplicar el artículo 120 a la ejecución directa por la Administración a través de encargos a medios propios personificados.



En caso de que no proceda la aplicación analógica, cabría analizar también la posibilidad de aplicar supletoriamente el artículo 120 de la LCSP a los encargos en general.

IV

Por último, conviene hacer referencia a un supuesto concreto, que es el relativo al 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), regulado en la Disposición adicional vigésima cuarta (DA 24ª) de la LCSP, que dispone:

“La «Empresa de Transformación Agraria, S. A., S. M. E., M. P.» (TRAGSA), y su filial «Tecnologías y Servicios Agrarios, S. A., S. M. E., M. P.» (TRAGSATEC), tienen por función entre otras, la prestación de servicios esenciales en materia de desarrollo rural, conservación del medioambiente, adaptación y mantenimiento de aplicaciones informáticas, control sanitario animal, atención a emergencias, y otros ámbitos conexos, con arreglo a lo establecido en esta disposición.

2. TRAGSA y 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, y estarán obligadas a realizar, con carácter exclusivo, los trabajos que estos les encomienden en las materias señaladas en los apartados 4 y 5, dando una especial prioridad a aquellos que sean urgentes o que se ordenen como consecuencia de las situaciones de emergencia que se declaren. De acuerdo con esta obligación, los bienes y efectivos de TRAGSA y su filial TRAGSATEC podrán incluirse en los planes y dispositivos de protección civil y de emergencias.

(...)

4. TRAGSA y su filial TRAGSATEC prestarán, por encargo de las entidades del sector público de los que son medios propios personificados, las siguientes funciones:

f) La financiación, en los términos que se establezcan reglamentariamente, de la construcción o de la explotación de infraestructuras agrarias, medioambientales, y de equipamientos de núcleos rurales, del desarrollo de sistemas informáticos, sistemas de información frente a emergencias y otros análogos, así como la constitución de sociedades y la participación en otras ya constituidas, que tengan fines relacionados con el objeto social de la empresa.

(...)



j) La realización de tareas para las que se le requiera por la vía de la urgencia o de emergencia, o actividades complementarias o accesorias a las citadas anteriormente.

(...)

Asimismo, TRAGSA y su filial TRAGSATEC estarán obligadas a participar y actuar, por encargo de las entidades del sector público de las que son medios propios personificados, en tareas de emergencia y protección civil de todo tipo, en especial, la intervención en catástrofes medioambientales o en crisis o necesidades de carácter agrario, pecuario o ambiental; a desarrollar tareas de prevención de riesgos y emergencias de todo tipo; y a realizar actividades de formación e información pública en supuestos de interés público y, en especial, para la prevención de riesgos, catástrofes o emergencias...”

De la dicción literal de dicha disposición adicional parece deducirse que el legislador contempla de forma explícita que en el caso concreto de TRAGSA y de su filial TRAGSATEC se les puedan encargar actuaciones en supuestos de emergencia, concretamente para las actuaciones que se les requiera por la vía «de la emergencia».

De lo anterior surge la duda de si las tareas que pueden encargarse a TRAGSA y a TRAGSATEC por la vía de emergencia, se han de tramitar o no de acuerdo con lo preceptuado en el artículo 120 de la LCSP, en particular:

(i) si el citado artículo se puede aplicar a los encargos efectuados a dichas entidades (ya que tanto TRAGSA como TRAGSATEC pueden actuar en supuestos de emergencia, por disponerlo expresamente así la DA 24 de la LCSP), en el caso de que se considere que dicho artículo no es aplicación a los encargos en general, o

(ii) si las especialidades establecidas en el artículo 120 de la LCSP para la tramitación de emergencia no son de aplicación en estos supuestos.

Teniendo en cuenta que, de conformidad con el artículo 328 de la LCSP, la Junta Consultiva de Contratación Administrativa es el órgano específico de regulación y consulta en materia de contratación pública del sector público estatal, esta Intervención General solicita, en virtud de lo dispuesto en el artículo 17 del Real Decreto 30/1991, de 18 de enero, sobre régimen orgánico y funcional de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa, el criterio de dicho órgano sobre dudas expuestas que pueden concretarse en las siguientes las siguientes

CUESTIONES

PRIMERA. - Si en la tramitación de emergencia regulada en el artículo 120 de la LCSP, es posible que las actuaciones se ejecuten a través de encargos a medios propios con carácter general.



SEGUNDA. - En caso de que la respuesta a la pregunta anterior no sea afirmativa, indicar si a las actuaciones que se requieran a las entidades TRAGSA Y TRAGSATEC, como medios propios de la administración por vía de emergencia, les es de aplicación la tramitación regulada en el artículo 120 de la LCSP.

TERCERA. - En caso de que la respuesta a la primera cuestión sea afirmativa, determinar si en las emergencias tramitadas a través de encargos a medios propios personificados deben cumplirse todos los requisitos establecidos en el mencionado artículo 120 de la LCSP.”

CONSIDERACIONES JURIDICAS

1. La Intervención General de la Administración del Estado nos plantea varias cuestiones que atañen a la compatibilidad entre la tramitación de emergencia de los contratos públicos descrita en el artículo 120 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 (LCSP) y la ejecución de encargos a través de medios propios personificados que se regula en la misma norma.

La primera de las cuestiones, la más general, nos inquiera si en la tramitación de emergencia regulada en el artículo 120 de la LCSP es posible que las actuaciones se ejecuten a través de encargos a medios propios. En su extensa y bien documentada consulta la IGAE ofrece varios argumentos a favor y en contra de esta posibilidad. Procede, pues, valorarlos en su justa medida para alcanzar una solución que sea respetuosa con las condiciones que nos impone la normativa de contratación pública española y comunitaria.

2. Como es bien conocido, la LCSP considera que la libertad de acceso a las licitaciones, la publicidad, la transparencia de los procedimientos y la no discriminación e igualdad de trato entre los licitadores son principios a los que necesariamente debe ajustarse la contratación pública en España. Así lo establece con nitidez en su artículo 1, que recoge una idea que resulta asimismo patente en el Considerando 1 y a lo largo del articulado de la Directiva 2014/24/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, sobre contratación pública y por la que se deroga la Directiva 2004/18/CE.

Varios de estos principios influyen de una manera determinante en la tipología y en las características de los diversos procedimientos de selección del contratista. Sin duda, una de esas condiciones propias de tales procedimientos es la adecuada conciliación entre la celeridad y la agilidad que les ha de ser propia, por un lado, con el mantenimiento de un adecuado nivel de seguridad jurídica que proteja el interés público y el interés propio de los licitadores y contratistas, por el otro.



Tal circunstancia conduce a la existencia de distintos tipos de procedimientos de selección del contratista que recogen en su seno los trámites necesarios para asegurar la mejor satisfacción de los intereses, públicos y privados, concurrentes. La diferencia entre estos tipos de tramitaciones depende de distintos factores tales como la cuantía del contrato, el tipo contractual seleccionado por el órgano de contratación o las condiciones específicas de la prestación que constituye su objeto.

No obstante, tradicionalmente han existido en la legislación de contratos públicos algunas excepciones a la aplicación de procedimientos más o menos rigurosos de selección del contratista. Bien por causa de su pequeño importe –caso de los contratos menores- o bien por las peculiarísimas circunstancias que preceden a la contratación, es posible matizar esa tramitación ordinaria conjugadora de la seguridad jurídica y de la agilidad en la selección del contratista. En el último de los casos citados se encuentra la denominada tramitación de emergencia, que representa una excepción legalmente admitida a la tramitación de un previo procedimiento de licitación pública y que relaja, por mor de las especialísimas circunstancias concurrentes, la concurrencia de requisitos y trámites que han de preceder usualmente a cualquier contrato público.

El artículo 120 de la LCSP regula tramitación de emergencia y señala lo siguiente:

“1. Cuando la Administración tenga que actuar de manera inmediata a causa de acontecimientos catastróficos, de situaciones que supongan grave peligro o de necesidades que afecten a la defensa nacional, se estará al siguiente régimen excepcional:

a) El órgano de contratación, sin obligación de tramitar expediente de contratación, podrá ordenar la ejecución de lo necesario para remediar el acontecimiento producido o satisfacer la necesidad sobrevenida, o contratar libremente su objeto, en todo o en parte, sin sujetarse a los requisitos formales establecidos en la presente Ley, incluso el de la existencia de crédito suficiente. En caso de que no exista crédito adecuado y suficiente, una vez adoptado el acuerdo, se procederá a su dotación de conformidad con lo establecido en la Ley General Presupuestaria.

b) Si el contrato ha sido celebrado por la Administración General del Estado, sus Organismos Autónomos, Entidades Gestoras y Servicios Comunes de la Seguridad Social o demás entidades públicas estatales, se dará cuenta de dichos acuerdos al Consejo de Ministros en el plazo máximo de treinta días.

c) El plazo de inicio de la ejecución de las prestaciones no podrá ser superior a un mes, contado desde la adopción del acuerdo previsto en la letra a). Si se excediese este plazo, la contratación de dichas prestaciones requerirá la tramitación de un procedimiento ordinario.

d) Ejecutadas las actuaciones objeto de este régimen excepcional, se observará lo dispuesto en esta Ley sobre cumplimiento de los contratos, recepción y liquidación de la prestación.



En el supuesto de que el libramiento de los fondos necesarios se hubiera realizado a justificar, transcurrido el plazo establecido en la letra c) anterior, se rendirá la cuenta justificativa del mismo, con reintegro de los fondos no invertidos.

2. Las restantes prestaciones que sean necesarias para completar la actuación acometida por la Administración y que no tengan carácter de emergencia se contratarán con arreglo a la tramitación ordinaria regulada en esta Ley.”

Como cualquier excepción a una regla general que, en este caso es la que aboga por la aplicación de los principios básicos de la contratación pública, la interpretación de las condiciones bajo las cuales procede la tramitación de emergencia y de la forma en que ha de hacerse ha de ser objeto de aclaración y precisión con el fin de evitar que se produzcan situaciones de mal uso o de abuso de esta figura jurídica. Esta regulación se completa por lo establecido en el artículo 174 del Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento general de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas y por lo dispuesto en la Disposición adicional centésima trigésima sexta de la Ley 6/2018, de 3 de julio, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2018.

3. Desde la primera norma que regula la tramitación de emergencia en los contratos públicos ha sido posible observar que la razón de que subyace en esta figura ha sido siempre la misma: habilitar en los órganos de contratación competentes el empleo de amplias potestades que, bajo circunstancias muy específicas y tasadas legalmente, permitan adoptar las medidas imprescindibles de todo orden que permitan reparar o atenuar los daños causados. En este sentido se pronunció nuestro Informe 34/1979, de 5 de octubre, emitido en interpretación de lo dispuesto en el artículo 27 de la Ley de Contratos del Estado.

Este propósito, insistimos, se ha mantenido en todos los textos legales que sobre la materia se han pronunciado desde la ley del año 1965 y debe considerarse exclusivo y excluyente de otras finalidades diversas. En efecto, el instrumento legalmente otorgado a los órganos de contratación no es flexible y no permite en ningún caso una utilización laxa del mismo. Estamos en presencia de una regulación que, como ya expusimos en el precitado informe 34/1979, debe considerarse como un *“auténtico régimen excepcional.”* Así lo declara también el Tribunal de Cuentas en su Informe 1178, de 27 de octubre de 2016, cuando señala que *“esta tramitación excepcional debe utilizarse con un criterio restrictivo, cuando sea indispensable para hacer frente a un acontecimiento imprevisible para el órgano de contratación, que revista una extraordinaria gravedad y cuya solución no pueda lograrse mediante alguno de los restantes procedimientos previstos en la Ley.”* El Tribunal Supremo ratifica esta conclusión en su Sentencia de 20 de enero de 1987, en que señaló que el examen de los supuestos de hecho determinantes de la aplicación de este régimen excepcional ha de ser hecho con un criterio de rigor por el riesgo que implica de no preservar adecuadamente el principio básico que anima toda la contratación administrativa de garantizar la igualdad de oportunidades de los administrados, añadiendo que *“no basta la existencia de un acontecimiento de excepcional importancia del que dimana la situación que las medidas en cuestión afrontan, sino que lo que ampara la normativa de emergencia*



es una actuación administrativa inmediata, absolutamente necesaria para evitar o remediar en lo posible las consecuencias del suceso en cuestión.”

Las propias Directivas comunitarias contienen también una interpretación bien restrictiva de los supuestos en que cabe relajar los principios rectores de la contratación pública e incluso en alguna de sus sentencias el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (STJUE de 18 de marzo de 1992) ha combatido con severidad esta circunstancia.

4. La LCSP regula la figura de los encargos a medios propios personificados en los artículos 32 y 33. Como señalamos en nuestro informe 27/2020 tales encargos no pueden considerarse contratos públicos puesto que así lo declara con nitidez el artículo 32.1 in fine de la LCSP cuando establece que el encargo que cumpla los requisitos legalmente establecidos para tener la condición de *tal* “no tendrá la consideración de contrato.” En este sentido se pronunció esta Junta Consultiva en su informe 15/2017. El encargo a un medio propio personificado, por el contrario, constituye una forma de cooperación entre entidades del sector público que se realiza con otra persona jurídica que guarda una relación especial con la entidad que realiza el encargo, al estar sometida a su control y cumplir una serie de requisitos muy específicos que enumera el artículo 32 de la LCSP. Por esta razón, como destacamos en el informe 27/2020, aunque su regulación se incluya en la LCSP, el encargo a medios propios personificados a que aluden los artículos 32 y 33 de la LCSP queda sujeto a las estrictas normas que establecen estos preceptos y aquellos otros de la ley que expresamente declaran su aplicación a los encargos.

Por tanto, para poder determinar si la tramitación de emergencia es aplicable al caso de los encargos a medios propios personificados habría que valorar si en dicho precepto se menciona directa o indirectamente la figura del encargo a medios propios personificados como supuesto habilitante. Pues bien, cuando el artículo 120 establece cuál puede ser la conducta de la entidad pública que ha de acometer la ejecución de la actividad en caso de concurrir un supuesto de emergencia de los descritos en la norma, señala expresamente que puede: “ordenar la ejecución de lo necesario para remediar el acontecimiento producido o satisfacer la necesidad sobrevenida, o contratar libremente su objeto.” No es complicado percibir que el legislador diferencia dos supuestos que claramente constituyen acciones cualitativamente diferenciadas:

- Contratar libremente su objeto, esto es, sin necesidad de tramitar un expediente de contratación con el fin de actuar de manera inmediata.
- Ordenar la ejecución de lo necesario para dar cumplida respuesta a la situación de emergencia creada.

En el primero de los casos la referencia a la contratación de su objeto necesariamente inspira en el intérprete jurídico la idea de un acuerdo de voluntades bilateral entre partes ajenas entre sí. En el segundo, de modo bien distinto, la expresión “ordenar la ejecución” alude a una suerte de mandato imperativo y obligatorio para quien ha de ejecutar la prestación.



Sentado lo anterior, en nuestro informe 27/2020 señalamos que *“que, por imperativo precepto de las Directivas comunitarias, de la ley interna y de la Jurisprudencia del TJUE, sólo puede calificarse de encargo a medio propio y quedar exenta de la concurrencia pública aquella prestación que resulta obligatoria para el medio propio por la mera decisión de la entidad que lo realiza.”* Tal decisión de contenido obligatorio para el medio propio puede ser, sin ningún género de duda, equivalente a la orden a que alude el artículo 120 de la LCSP, de modo que la interpretación del precepto es clara en el sentido de incluir también aquellos supuestos en que la entidad pública acude a la figura del encargo a medios propios personificados para paliar una situación de emergencia.

5. Esta respuesta es, por lo demás, congruente con las diferentes formas de actuación de las entidades públicas que admite la LCSP. En efecto, el artículo 30 de la LCSP admite en ciertos casos la ejecución directa de prestaciones por la Administración Pública con la colaboración de empresarios particulares o a través de medios propios no personificados, esto es, a través de sus propios servicios internos. Esta solución no implica alteridad de partes alguna, pues se trata de una actuación puramente interna regida por el principio de jerarquía, de modo que el órgano receptor de la orden del superior deberá cumplir con aquello que se le ordene, bien en exclusiva o bien con la colaboración de terceros. Si tal cosa es posible conforme a la LCSP, también lo es que la solución que la entidad pública alcance para la ejecución de una actividad que resulta necesaria sea el recurso a un medio propio personificado cuando se cumplan todos los requisitos establecidos por la ley. Por tanto, desde este punto de vista no existe inconveniente para que se pueda acudir al encargo a medios propios personificados siempre que se cumplan tales condiciones.

Partiendo de lo anterior, como bien sugiere la entidad consultante, en el caso de la tramitación de emergencia no existe una merma mayor de los principios de la contratación pública si, en lugar de contratar directa y libremente la prestación, se encarga la misma a un medio propio con plenas garantías del cumplimiento de las condiciones legales. En ambos supuestos se producirá un sacrificio del principio de concurrencia que está plenamente justificado por la concurrencia legal y plena de alguna de las causas que, conforme a la LCSP, admiten esta tramitación especial.

6. Tampoco parece que exista obstáculo legal para la aplicación de la tramitación de emergencia si atendemos a la forma ordinaria de tramitación de los encargos a medios propios personificados. Por el contrario, dicha tramitación es más flexible y sencilla que la que resulta característica de la selección del contratista y de la ejecución de los contratos públicos. De este modo no parece que la extrema relajación de las formalidades legales de la tramitación que implica la aplicación del artículo 120 case mal con la figura del encargo a un medio propio personificado.

7. También asiste la razón a la entidad consultante cuando menciona el caso descrito en la Disposición adicional vigésima cuarta de la LCSP. Esta norma admite expresamente que *“TRAGSA y 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...” y que entre las funciones que obligatoriamente han de realizar por encargo de las entidades del sector público de las que son medios propios personificados se encuentran las siguientes:

- La realización de tareas para las que se le requiera por la vía de la urgencia o de emergencia, o actividades complementarias o accesorias a las citadas anteriormente.
- Participar y actuar en tareas de emergencia y protección civil de todo tipo, en especial, la intervención en catástrofes medioambientales o en crisis o necesidades de carácter agrario, pecuario o ambiental.

La interpretación de esta norma no puede ser otra que la que admite que la intención del legislador ha sido reconocer que también en los supuestos de emergencia es posible la actuación de las entidades públicas a través de la figura del encargo a medios propios personificados. Tal conclusión no debe ser particular sólo de las entidades que expresamente menciona esta disposición, sino que, atendiendo al hecho de que el propio artículo 120 alude a las órdenes de ejecución de prestaciones, debe ser aplicable a cualquier entidad del sector público que cumpla adecuadamente todas las condiciones necesarias para que pueda actuar en su condición de medio propio personificado a través de un encargo.

Por todas las anteriores razones nuestra conclusión a la primera de las cuestiones planteadas por la IGAE ha de ser que la LCSP sí autoriza el empleo de los encargos a medios propios personificados en los supuestos de tramitación de emergencia cuando se cumplan todas las condiciones legales para ello.

8. En la segunda de las cuestiones se nos plantea, para el caso de que la respuesta a la pregunta anterior no sea afirmativa, si a las actuaciones que se requieran a las entidades TRAGSA Y TRAGSATEC, como medios propios de la administración por vía de emergencia, les es de aplicación la tramitación regulada en el artículo 120 de la LCSP. En la medida en que la respuesta a la anterior cuestión ha sido afirmativa, esta también ha de serlo.

9. Finalmente nos plantea la entidad consultante si en las emergencias tramitadas a través de encargos a medios propios personificados deben cumplirse todos los requisitos establecidos en el mencionado artículo 120 de la LCSP. De modo particular alude la consulta a la aplicación del régimen excepcional de simplificación procedimental que contiene aquel precepto, señaladamente en lo que hace a la ausencia de expediente de contratación previo o de crédito para acometer la actuación de emergencia.

Por pura congruencia con nuestra primera conclusión la respuesta ha de ser afirmativa. En primer lugar, parece claro que, si hemos admitido que el artículo 120 de la LCSP sí



contempla expresamente el supuesto de los encargos a medios propios personificados entre las actuaciones que, por su medio, puede acometer la entidad pública competente, no existe razón alguna para que las normas procedimentales que contiene no sean aplicables a estos supuestos. En segundo lugar, porque es bien conocido que el encargo a un medio propio personificado presenta una mayor flexibilidad y ligereza de trámites en su concepción que el contrato público. En tercer lugar, porque la razón de urgencia que justifica la relajación de ciertos trámites y requisitos en la tramitación de emergencia de un contrato público concurre igualmente en el encargo a un medio propio personificado, de modo que si, por ejemplo, hubiera que esperar a la obtención del crédito correspondiente podría perderse la celeridad que exige la resolución de una circunstancia que justifica la aplicación del procedimiento de emergencia. Por tanto, la aplicación directa del artículo 120 de la LCSP a los encargos a medios propios personificados justifica la aplicación de las reglas que el propio precepto contiene a su tramitación, incluidas aquellas que permiten dispensar la necesidad de concurrencia previa de crédito y de la previa tramitación del expediente de contratación.

A todo ello cabe añadir que, a diferencia de lo que ocurría con el supuesto analizado en nuestro informe 27/2020 sobre la aplicación a los encargos de lo dispuesto en el artículo 34 del Real Decreto-ley 36/2020, en este caso sí procedería su aplicación supletoria en el hipotético caso de que no cupiese admitir la aplicación directa de la norma (aunque por las razones que hemos expuesto tal cosa sí es posible y necesaria), puesto que estaríamos en presencia de dos figuras jurídicas (contrato público y encargo) que tienen una finalidad o razón de ser común y equivalente, pues ambas son tendentes a la inmediata realización de una prestación o actividad materialmente coincidente que trata de paliar los posibles efectos dañosos de una situación de emergencia prevista legalmente. Por tanto, sí que existiría una auténtica identidad de razón entre ambos supuestos.

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

CONCLUSIONES

1. La LCSP autoriza el empleo de los encargos a medios propios personificados en los supuestos de tramitación de emergencia cuando se cumplan todas las condiciones legales para ello.
2. La aplicación directa del artículo 120 de la LCSP a los encargos a medios propios personificados justifica la aplicación de las reglas que el propio precepto contiene a su tramitación, incluidas aquellas que permiten dispensar la necesidad de concurrencia previa de crédito y de la previa tramitación del expediente de contratación.
3. Para mayor seguridad jurídica, esta Junta Consultiva considera que sería conveniente que se aclarara la cuestión en el propio texto legal mediante las medidas que el legislador considere oportunas, por ejemplo, en su caso, mediante una modificación del artículo 32



de la LCSP en la que se haga referencia de modo expreso a la posibilidad de formalizar encargos a medios propios personificados en situaciones de emergencia, de acuerdo con lo previsto en el artículo 120.