

Junta Consultiva de Contratación Administrativa

CD

INFORME 6/2016, RELATIVO AL PORCENTAJE MÁXIMO, QUE LOS ENTES, ORGANISMOS Y ENTIDADES DEL SECTOR PÚBLICO QUE REALICEN ACTIVIDADES QUE LES ENCOMIENDE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA DE LA COMUNIDAD AUTÓNOMA DE CANARIAS O SUS ORGANISMOS AUTÓNOMOS DEPENDIENTES, PODRÁN CONTRATAR CON TERCEROS [Grupo 18]

ANTECEDENTES

La Interventora General de la Consejería de Hacienda, mediante escrito de fecha 10 de junio de 2016, se dirige a la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de Canarias, solicitando que se informe sobre el porcentaje máximo que los entes, organismos y entidades del sector público que realicen actividades que les encomiende la Administración pública de la Comunidad Autónoma de Canarias, o los organismos autónomos dependientes, podrán contratar con terceros.

Plantea la solicitud de informe que las encomiendas de gestión sujetas al régimen previsto en los artículos 4.1 n) y 24.6 del texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, les es de aplicación lo dispuesto en el apartado 4 del citado artículo 24 *“Cuando la ejecución de las obras, la fabricación de los bienes muebles, o la realización de los servicios se efectúe en colaboración con empresarios particulares, los contratos que se celebren con estos, tendrán carácter administrativo especial, sin constituir contratos de obras, suministros o servicios, por estar la ejecución de los mismos a cargo del órgano gestor de la Administración. La selección del empresario colaborador se efectuará por los procedimientos de adjudicación establecidos en el artículo 138, salvo en lo previsto en el caso previsto en la letra d) del apartado 1 de este artículo. En los supuestos de obras incluidas en las letras a) y b) del apartado 1, la contratación con colaboradores no podrá sobrepasar el 50 por 100 del importe del proyecto.”*

No obstante, señala la Interventora General, en el ámbito autonómico, el porcentaje de “subcontratación” por parte del medio propio al que se refiere el encargo ha sido establecido por disposición adicional vigésimo primera de la Ley 11/2015, de 29 de diciembre, de Presupuestos Generales de la Comunidad Autónoma de Canarias para 2016, en el 50 por 100 del importe de los trabajos encomendados, cuando sean servicios o suministros, o del 80 por 100 en el caso de obras, siempre y cuando el ente instrumental realice con medios propios la redacción del proyecto, la dirección facultativa, la coordinación de seguridad y la

Junta Consultiva de Contratación Administrativa

CD

gestión en la ejecución, pudiendo el departamento al que esté adscrito el ente, organismo o entidad del sector público que vaya a ejecutar la encomienda, acordar un porcentaje superior, señalando la parte de la encomienda que se pretende subcontratar y su justificación.

Transcurrido el plazo para la transposición 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, sin que la misma se haya materializado, surgen dudas- señala el escrito de petición de informe- acerca del porcentaje máximo de subcontratación que puede realizar el medio propio al que se le encomiende la realización de la prestación, por aplicación del efecto directo de dicha Directiva, por lo que se solicita la emisión de informe por esa Junta.

El Pleno de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Canarias, en sesión celebrada el 8 de julio de 2016 acuerda informar lo siguiente

CONSIDERACIONES JURÍDICAS

I. Competencia de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Canarias para emitir el presente informe.

El presente informe se emite con carácter facultativo de conformidad con lo dispuesto en los artículos 37.1 y 43 del Decreto 12/2004, de 10 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento Orgánico de la Consejería de Economía y Hacienda de Canarias y el artículo 2.1 del Decreto 116/1986, de 26 de junio, por el que se crea la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Canarias.

II. Distinción entre las encomiendas de gestión sujetas a la ley de contratos y las puramente administrativas

a) Las encomiendas puramente administrativas

Se regulan en el artículo 15.1 de la Ley 30/1992, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, que establece lo siguiente:

Junta Consultiva de Contratación Administrativa

CD

Artículo 15 Encomienda de gestión

“1. La realización de actividades de carácter material, técnico o de servicios de la competencia de los órganos administrativos o de las Entidades de derecho público podrá ser encomendada **a otros órganos o Entidades de la misma o de distinta Administración, por razones de eficacia o cuando no se posean los medios técnicos idóneos para su desempeño.**”

Continúa señalando el apartado 5:

“5. El régimen jurídico de la encomienda de gestión que se regula en este artículo **no** será de aplicación cuando la realización de las actividades enumeradas en el apartado primero haya de recaer sobre personas físicas o jurídicas sujetas a derecho privado, ajustándose entonces, en lo que proceda, a la legislación correspondiente de **contratos del Estado**, sin que puedan encomendarse a personas o Entidades de esta naturaleza actividades que, según la legislación vigente, hayan de realizarse con sujeción al derecho administrativo.”

En la Ley de Régimen Jurídico del Sector Público 40/2015, que entrará en vigor el próximo día 2 de octubre, se contiene una regulación análoga en su artículo 11, es decir, prevé una delegación interadministrativa.

B) Encomiendas contractuales

Consecuentemente, cuando estos encargos tengan por objeto las prestaciones propias de los contratos de obras, suministros o servicios, se han de regir por lo previsto en los **artículos 4.1 n) y 24.6 del vigente TRLCSP. (Circular 6/2009, de la Abogacía del Estado. Asunto: relación entre el artículo 15.1 y 24.6 de la LCSP).**

De esta forma, el **artículo 4.1.n) del TRLCSP excluye del ámbito de aplicación de la ley** a “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 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(...), las entidades de

Junta Consultiva de Contratación Administrativa

CD

derecho privado deberán observar para su preparación y adjudicación las reglas establecidas en los artículos 137.1 y 190.”

Por su parte, el **artículo 24.6** establece: “ A los efectos previstos en este artículo y en el artículo 4.1. n), los entes, organismos y entidades del sector público podrán ser considerados medios propios y servicios técnicos de aquellos poderes adjudicadores para los que realicen la parte esencial de su actividad cuando éstos ostenten sobre los mismos un **control análogo** al que puedan ejercer sobre **sus propios servicios**. Si se trata de **sociedades**, además, **la totalidad de su capital tendrá que ser de titularidad pública (...)**”

La diferencia entre ambas modalidades radica en la **onerosidad** que se da en las relaciones materialmente contractuales, que incluyen prestaciones propias de los contratos administrativos a cambio de una contraprestación dineraria equivalente al valor de la prestación. En las encomiendas puramente administrativas no existe asignación económica.

A las encomiendas de gestión de naturaleza contractual se les denomina por la doctrina *in house providing*.

III. Entrada en vigor de las nuevas Directivas comunitarias

Tras la aprobación de la Directiva 24/2014UE, sobre contratación pública, que debió de ser transpuesta a nuestro ordenamiento jurídico antes del 18 de abril de 2016, se contiene, en el **artículo 12**, una regulación similar a la anterior pero introduce una limitación porcentual al señalar lo siguiente:

“Un contrato adjudicado por un poder adjudicador a otra persona jurídica de Derecho público o privado quedará **excluido** del ámbito de aplicación de la presente Directiva si se cumplen **todas y cada una de las condiciones siguientes**:

- a) que el poder adjudicador ejerza sobre la persona jurídica de que se trate un **control análogo** al que ejerce sobre sus **propios servicios**.
- b) que **más del 80% de las actividades de esa persona jurídica** se lleven a cabo en el ejercicio de los cometidos que le han sido confiados por el poder adjudicador que la controla o por otras personas jurídicas controladas por dicho poder adjudicador, y

Junta Consultiva de Contratación Administrativa

CD

c) que **no exista participación directa de capital privado en la persona jurídica controlada**, con la excepción de las formas de participación de capital privado sin capacidad de control mayoritario ni minoritario que estén impuestas por las disposiciones legales nacionales, de conformidad con los Tratados, y que no ejerzan una influencia decisiva sobre la persona jurídica controlada.

Se considerará que un poder adjudicador ejerce sobre una persona jurídica un control análogo al que ejerce sobre sus propios servicios, a efectos del párrafo primero, letra a), cuando ejerza una **influencia decisiva sobre los objetivos estratégicos y decisiones significativas** de la persona jurídica controlada. Dicho control deberá ser ejercido también por otra persona jurídica, que sea a su vez, controlada del mismo modo por el poder adjudicador. “

Este es el denominado por la doctrina “**control vertical individual.**” **El requisito exige un control análogo al que ejerce sobre sus propios servicios, lo cual tiene lugar cuando “ejerza una influencia decisiva sobre objetivos estratégicos y decisiones significativas de la persona jurídica controlada.”** Dicho control podrá ser también ejercido a través de una entidad instrumental, controlada también por ese poder adjudicador.

Asimismo, se contempla el **control vertical conjunto**, en el que varias entidades públicas pueden disponer de un control análogo sobre el mismo; de tal forma que todos los poderes adjudicadores “pueden ejercer conjuntamente una influencia decisiva sobre los objetivos estratégicos y las decisiones significativas de la persona jurídica controlada; sin que, en ningún caso, la persona jurídica controlada, persiga intereses contrarios a los intereses de los poderes adjudicadores que controlan”. (concepto que se inició ante el TJUE con el caso Tragsa).

La novedad en este caso, es que la Directiva fija un porcentaje, en forma tal que es necesario quedar excluido de la licitación, que “**más del 80%** de las actividades de esa persona se lleven a cabo en el ejercicio de los cometidos que le han sido confiados por el poder adjudicador que la desarrollase por el ente controlado con operadores privados, sin perder la condición de medio propio.” Por lo que en positivo implica que asciende al **20% la**

Junta Consultiva de Contratación Administrativa

CD

actividad que puede desarrollarse por el ente controlado con operadores privados, sin perder la condición de medio propio.

Otra **novedad** que contiene la Directiva es la **exigencia de que no exista participación directa de capital privado en la persona jurídica controlada**. Criterio que se **excepciona** cuando se cumplen de forma conjunta dos requisitos:

- a) Que las formas de participación directa de capital privado sin capacidad de control mayoritario ni minoritario, estén dispuestas por las disposiciones legales nacionales, de conformidad con los Tratados, y
- b) Que no ejerzan una influencia decisiva sobre la persona jurídica controlada.

IV.- Efecto Directo de la Directiva 2014/24/UE

Tal y como se señalaba en el Informe 5/2015, aprobado por esta misma Junta de Contratación Administrativa el mes pasado, en su consideración jurídica tercera, entre los posibles efectos de las Directivas comunitarias no transpuestas en tiempo y forma, se encuentra la posibilidad de interpretar y aplicar la normativa vigente, el Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, de Contratos del Sector Público, a la luz de las nuevas directivas comunitarias si se comprueba que se ajusta a ellas (STJUE, de 10 de abril de 1984, *Von Colson y Kaman* 14/1983); respetando, al tiempo, el principio de seguridad jurídica.

En segundo lugar, se produce un efecto de exclusión de la norma nacional incompatible con la directiva pues rige el principio de primacía del derecho de la Unión Europea. Cualquier norma que no se adecúe a una directiva, aunque no haya sido dictada para su transposición, será incompatible con el derecho de la Unión Europea y debe excluirse su aplicación. Las autoridades administrativas y judiciales inaplicarán de oficio la norma nacional contraria a una comunitaria, sin necesidad de acudir al Tribunal Constitucional (STJUE de 9 de marzo de 1978, *Simmenthal*, 106/77).

Asimismo, en determinadas circunstancias y con ciertos límites jurisprudencialmente delimitados, una directiva puede desplegar efectos directos, en aquello que beneficie a los particulares, facultándoles para que invoquen los derechos que tengan a su favor frente al

Junta Consultiva de Contratación Administrativa

CD

Estado (efecto directo vertical ascendente). (Sentencia Van Gend Loos de 5 de febrero de 1963).

Sin embargo, no es posible invocar el efecto directo vertical descendente, esto es, el crear obligaciones a cargo del particular que el Estado o el particular puedan exigirle. Todo ello, con la finalidad de constituir un mecanismo de corrección de los incumplimientos estatales y que éste se beneficie de ello.

También se especificaba en dicho informe que, en concreto, el artículo 12 de la Directiva 2014/24/UE se estimaba que era de directa aplicación, salvo en lo que se refiere a la prohibición de participación privada cuando así lo establezca una norma nacional.

Sentado lo anterior, se procede a analizar la regulación prevista para la transposición normativa.

V. Anteproyecto de ley de contratos del sector público

El anteproyecto de Ley de transposición endurece aún más las exigencias a cumplir (arts. 32 y 33). Distingue entre el encargo hecho por un poder adjudicador, de aquél que hubiere sido realizado por otra entidad que no tenga la consideración de poder adjudicador. Asimismo, para que el ente tenga la consideración de medio propio debe disponer de **“medios suficientes para cumplir el encargo que se le haga, que haya recabado autorización del poder adjudicador del que dependa, que no tenga participación en una empresa privada y que no pueda realizar libremente en el mercado más de un 20% de su actividad”** (Exposición de Motivos).

Además, se incluye la siguiente novedad:

“6. A los negocios jurídicos que los entes destinatarios del encargo celebren en ejecución del encargo recibido de conformidad con el presente artículo, se le aplicarán las siguientes reglas:

a) El contrato quedará sometido a esta Ley, en los términos que sean procedentes, de acuerdo con la naturaleza de la entidad que los celebre y el tipo y valor estimado de los mismos y, en todo caso, cuando el medio propio no sea un poder adjudicador, se le aplicarán las normas contenidas en el Título I del Libro III de la presente Ley.

Junta Consultiva de Contratación Administrativa

CD

b) *El importe de las prestaciones parciales que el medio propio pueda contratar con terceros **no excederá del 60% de la cuantía del encargo**, salvo que se establezca otro límite en la orden de encargo.*

*Cuando la citada orden de encargo establezca un límite superior al establecido en el párrafo anterior, se deberá acreditar por el poder adjudicador, salvo que se dé alguna de las circunstancias previstas en las letras c) a h) del apartado 1 del artículo 30, **las razones** que justifican acudir al medio propio en lugar de licitar el contrato directamente. Dicha justificación se acompañará al documento de informatización del encargo y se publicará en la Plataforma de Contratación correspondiente conjuntamente con éste.*

En ningún caso se podrá contratar con tercero **la totalidad** de la prestación objeto del encargo.

No será aplicable lo establecido en esta letra a los contratos de obras que celebren los medios propios a los que se les haya encargado una concesión, ya sea de obras o de servicios.”

La posibilidad de que la entidad instrumental contrate la totalidad o la mayor parte de la prestación de un tercero, no ha sido contemplada expresamente por la normativa, ni por la jurisprudencia comunitaria. Resulta esencial comprobar si la intermediación lo ha sido en orden a rebajar los requisitos del régimen de la contratación pública, o bien si es el resultado de una derivación competencial marcada por las potestades de autorganización. En el primer caso, habría fraude legal, en el segundo, será una decisión de la organización que deberá ser cotejada por los principios de eficacia y eficiencia económica en la gestión.

Sin embargo, esta cuestión no resulta pacífica por cuanto, si bien algunos medios propios tienen fijados en su normativa reguladora específicos límites a la subcontratación (es el caso de TRAGSA, o SENASA, que lo tienen fijado en el 50 por ciento del importe total del proyecto, suministro o servicio encomendado), no hay establecido expresamente un límite general a la subcontratación, ni los órganos encomendantes han llevado a cabo controles específicos que permitieran conocer el grado y el alcance de la subcontratación efectivamente realizada por las encomendatarias para ejecutar la prestación, o incluso saber si dicha subcontratación ha tenido lugar o no.

Junta Consultiva de Contratación Administrativa

CD

El riesgo derivado de esta situación consiste, en definitiva, en que la Administración encomendante pueda realizar el encargo a un ente instrumental que carece de medios o de disponibilidad para llevarlo a cabo, a pesar de lo cual se encontraría obligado a realizarlo en virtud del art. 24.6 del TRLCSP, estando por ello abocado a la subcontratación, sin aplicar en este caso la legislación reguladora de la contratación pública con la misma extensión y rigurosidad que la prevista para el caso de que las administraciones públicas fueran el órgano de contratación, configurándose la encomendataria como una mera entidad intermediaria con cuyo concurso se habilita un cambio de régimen jurídico en materia de contratación pública, mucho más rápido y flexible en su tramitación, pero también con muchas menos garantías para el interés público, al sustituir un eventual contrato administrativo (si lo hubiera celebrado directamente la Administración) por uno privado (celebrado por un ente instrumental sujeto a derecho privado).

Por su parte, la Comisión Nacional de la Competencia, en una resolución de 24 de enero de 2011 sobre un caso de posible abuso de posición de dominio, admitió incluso la subcontratación del 100% de una actividad encomendada a una entidad que por ley la tiene limitada a un máximo del 50% del total de cada proyecto.

Este criterio puede encontrar fundamento suficiente desde la perspectiva de la salvaguarda de las reglas de la competencia y del derecho comunitario.

No obstante, el recurso a la subcontratación no es de libre disposición por parte del medio propio y debe ser comunicado y, en su caso, autorizado por la Administración encomendante, que es la titular de la competencia que se trata de gestionar y es a la que corresponde dictar las instrucciones oportunas para su adecuada ejecución de forma unilateral (art. 24.6 del TRLCSP).

Por lo tanto, mientras no se proceda a la modificación legislativa oportuna, las limitaciones a las normas reguladoras de los encargos que se encomienden a los medios propios, limitaciones a la actividad que estos puedan contratar con terceros en relación con los encargos conferidos, no parecen aplicables y menos aún, a través de meras recomendaciones de la Junta Consultiva, o de cuestionamientos planteados por los órganos fiscalizadores ex post a la actuación administrativa a través de medios propios.

Junta Consultiva de Contratación Administrativa

CD

Así lo entendió expresamente el Informe 2/2008, de 27 de noviembre, de la Junta Consultiva de Andalucía, sobre diversas actuaciones relativas a las encomiendas de gestión o de ejecución al entender que *“El límite del 50% en obras parece que fuera una reminiscencia de la doctrina liberal, según la cual debe ser excepcional que la Administración ejecute con sus propios medios actuaciones. Tal doctrina ha sobrevivido hasta nuestros días y postula la conveniencia de que la Administración realice sus fines a través de contratistas, a quienes traslada el riesgo y ventura de las operaciones. Por ello la legislación de contratos públicos, incluso la nueva Ley de Contratos públicos plantea como excepción la ejecución de actuaciones por la propia Administración.(...) ¿es aplicable en los entes instrumentales un límite absoluto para la colaboración de empresarios particulares? La respuesta considerando todos los factores analizados debería ser negativa. Lo cual no quita que el ente instrumental deba cumplir escrupulosamente las normas sobre supuestos en los que cabe el fraccionamiento del objeto del contrato y aplicación a las fracciones de las normas sobre contratación pública que sean aplicables al conjunto cuando dicho conjunto supere la cuantía de armonización de contratos, una vez segregados, en su caso, los lotes de pequeña cuantía conforme a las propias normas armonizadoras. (...) En definitiva, se aboga por entender que no existen límites en la colaboración de empresarios particulares, sino diferentes maneras de justificación de los fondos empleados en la ejecución del encargo o encomienda.(...)”*

La tercera modalidad prevista en la Directiva es la **cooperación horizontal**. Esta figura permite a las Entidades Públicas unirse para desarrollar en común las tareas de servicio que tienen encomendadas, sin necesidad de convocar para ello un procedimiento de licitación.

Artículo 12.4: *“ Un contrato celebrado exclusivamente entre dos o más poderes adjudicadores quedará fuera del ámbito de aplicación de la presente Directiva, cuando se cumplan todas y cada una de las condiciones siguientes:*

- a) que el contrato establezca o desarrolle una cooperación entre los poderes adjudicadores participantes con la finalidad de garantizar que los servicios públicos que les incumben se prestan de modo que se logren los objetivos que tienen en común.*
- b) que el desarrollo de dicha cooperación se guíe únicamente por consideraciones relacionadas con el interés público y*

Junta Consultiva de Contratación Administrativa

CD

c) que los poderes adjudicadores participantes realicen en el mercado abierto menos del 20% de las actividades objeto de cooperación.”

En el anteproyecto de ley de contratos, se recoge esta figura en el artículo 5 considerando como fórmula de cooperación horizontal. “Los convenios de cooperación que celebre la Administración General del Estado con las entidades gestoras y servicios comunes de la Seguridad Social, las Universidades Públicas, las Comunidades Autónomas, las Entidades Locales, Organismos Autónomos y restantes entidades públicas, o los que celebren los organismos y entidades entre sí, salvo que por su contenido y causa tengan la consideración de contratos sujetos a esta Ley, en cuyo caso deberán considerarse como tales, aplicándose las prescripciones de esta norma.”

La diferencia con la cooperación vertical es que en el caso analizado las entidades no están en situación de dependencia, sino de igualdad. Se unen para alcanzar un objetivo común en la gestión del servicio público.

VI. CONCLUSIONES

La nueva regulación establece, para las sociedades públicas participadas en el 100% del capital social por Administraciones Públicas, no podrán contratar con el sector privado más del 20% de su actividad y deján de estar sujetas a lo previsto en la ley de contratos si se dan estos tres requisitos:

- a) que el poder adjudicador (i.e. Administración) ejerza sobre la persona jurídica de que se trate un **control análogo** al que ejerce sobre sus propios servicios.
- b) que **más del 80% de las actividades de esa persona jurídica** se lleven a cabo en el ejercicio de los cometidos que le han sido confiados por el poder adjudicador que la controla o por otras personas jurídicas controladas por dicho poder adjudicador, y
- c) que **no exista participación directa de capital privado en la persona jurídica controlada**, con la excepción de las formas de participación de capital privado sin capacidad de control mayoritario ni minoritario que estén impuestas por las disposiciones legales nacionales, de conformidad con los Tratados, y que no ejerzan una influencia decisiva sobre la persona jurídica controlada.

Junta Consultiva de Contratación Administrativa

CD

El anteproyecto de ley de transposición española excluye, en todo caso, cualquier tipo de participación privada en el capital social. De lo contrario, no sería considerado medio propio.

La normativa comunitaria no ha delimitado expresamente la cuestión del porcentaje máximo de subcontratación que puede acordar el medio propio, ni tampoco lo ha hecho la jurisprudencia comunitaria; no obstante, de su regulación se deduce que no podrá subcontratarse la totalidad de la encomienda, siendo la regla general prevista en el anteproyecto de ley de contratos del sector público, el límite del 60% de la misma, pudiendo superarse si se justifica, convenientemente, en la orden del encargo.

Consecuentemente, dado que las nuevas Directivas Comunitarias en vigor, no especifican un límite a la subcontratación por estos entes instrumentales y el anteproyecto de ley de transposición aún no ha sido aprobado, resulta plenamente aplicable lo previsto en la disposición adicional vigésimo primera de la Ley 11/2015, de 29 de diciembre de Presupuestos Generales de la Comunidad Autónoma de Canarias.