Fiscalización Local

ISSN 2659-3572

Un blog sobre administración local

Los requisitos para considerar medios propios personificados en la #LCSP por @javaduc

Publicado el 25 de abril de 2023

ENLACE PERMANENTE DE ESTA ENTRADA

https://www.fiscalizacionlocal.es/prestaciones-in-house/

CONSIDERACIONES SOBRE LOS REQUISITOS DE LOS MEDIOS PROPIOS PERSONIFICADOS ESTABLECIDOS EN LA LEY 9/2017, DE 8 DE NOVIEMBRE, DE CONTRATOS DEL SECTOR PÚBLICO.

Por Miguel H. Javaloyes Ducha, Secretario del Ayuntamiento de Xirivella. – Abril 2023

La vigente 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, prevé en el apartado primero de su artículo 31 que las entidades pertenecientes al sector público podrán cooperar entre sí de alguna de las siguientes formas, sin que el resultado de esa cooperación pueda calificarse de contractual, ciñendonos, para lo que nos interesa en la presente entrada, en la previsión de su letra a), esto es:

«a) Mediante sistemas de cooperación vertical consistentes en el uso de medios propios personificados en el sentido y con los límites establecidos en el artículo 32 para los poderes adjudicadores, y en el artículo 33 para los entes del sector público que no tengan la consideración de poder adjudicador, en el ejercicio de su potestad de auto organización, mediante el oportuno acuerdo de encargo.»

Así, el art. 32 de la LCSP prevé en su apartado primero que 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.

En línea con ello, el mencionado artículo 32 señala en su apartado segundo que tendrán la consideración de medio propio personificado respecto de una única entidad concreta del sector público aquellas personas jurídicas, de derecho público o de derecho privado, que cumplan todos y cada uno de los requisitos que se establecen a continuación:

a) Que el poder adjudicador que pueda conferirle encargos ejerza sobre el ente destinatario de los mismos un control, directo o indirecto, análogo al que ostentaría sobre sus propios servicios o unidades, de manera que el primero pueda ejercer sobre el segundo una influencia decisiva sobre sus objetivos estratégicos y decisiones significativas.

En todo caso se entenderá que el poder adjudicador que puede conferirle encargos ostenta sobre el ente destinatario del mismo un control análogo al que ejerce sobre sus propios servicios o unidades cuando él mismo o bien otro u otros poderes adjudicadores o personas jurídicas controlados del mismo modo por el primero puedan conferirle encargos que sean de ejecución obligatoria para el ente destinatario del encargo por así establecerlo los estatutos o el acto de creación, de manera que exista una unidad de decisión entre ellos, de acuerdo con instrucciones fijadas unilateralmente por el ente que puede realizar el encargo.

La compensación se establecerá por referencia a tarifas aprobadas por la entidad pública de la que depende el medio propio personificado para las actividades objeto de encargo realizadas por el medio propio directamente y, en la forma que reglamentariamente se determine, atendiendo al coste efectivo soportado por el medio propio para las actividades objeto del encargo que se subcontraten con empresarios particulares en los casos en que este coste sea inferior al resultante de aplicar las tarifas a las actividades subcontratadas.

Dichas tarifas se calcularán de manera que representen los costes reales de realización de las unidades producidas directamente por el medio propio.

b) Que más del 80 por ciento de las actividades del ente destinatario del encargo se lleven a cabo en el ejercicio de los cometidos que le han sido confiados por el poder adjudicador que hace el encargo y que lo controla o por otras personas jurídicas controladas del mismo modo por la entidad que hace el encargo.

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.

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.

c) Cuando el ente destinatario del encargo sea un ente de personificación jurídico-privada, además, la totalidad de su capital o patrimonio tendrá que ser de titularidad o aportación pública.

d) La condición de medio propio personificado de la entidad destinataria del encargo respecto del concreto poder adjudicador que hace el encargo deberá reconocerse expresamente en sus estatutos o actos de creación, previo cumplimiento de los siguientes requisitos:

1.º Conformidad o autorización expresa del poder adjudicador respecto del que vaya a ser medio propio.

2.º Verificación por la entidad pública de que dependa el ente que vaya a ser medio propio, de que cuenta con medios personales y materiales apropiados para la realización de los encargos de conformidad con su objeto social.

Los estatutos o acto de creación del ente destinatario del encargo deberá determinar: el poder adjudicador respecto del cual tiene esa condición; precisar el régimen jurídico y administrativo de los encargos que se les puedan conferir; y establecer la imposibilidad de que participen en licitaciones públicas convocadas por el poder adjudicador del que sean medio propio personificado, sin perjuicio de que, cuando no concurra ningún licitador, pueda encargárseles la ejecución de la prestación objeto de las mismas.

En todo caso, se presumirá que cumple el requisito establecido en el número 2.º de la presente letra cuando haya obtenido la correspondiente clasificación respecto a los grupos, subgrupos y categorías que ostente.

Por su parte, el apartado tercero de dicho artículo 32 de la LCSP dispone que lo arriba expuesto también se aplicará en los casos en que la persona jurídica controlada, siendo un poder adjudicador, realice un encargo al poder adjudicador que la controla o a otra persona jurídica controlada, directa o indirectamente, por el mismo poder adjudicador, siempre que no exista participación directa de capital privado en la persona jurídica a la que se realice el encargo.

Para lo que nos interesa, el apartado sexto de dicho artículo 32 de la LCSP prevé que los encargos que realicen las entidades del sector público a un ente que, de acuerdo con los apartados segundo, tercero o cuarto del art. 32 de la LCSP pueda ser calificado como medio propio personificado del primero o primeros, no tendrán la consideración jurídica de contrato, debiendo únicamente cumplir las siguientes normas:

a) El medio propio personificado deberá haber publicado en la Plataforma de Contratación correspondiente su condición de tal; respecto de qué poderes adjudicadores la ostenta; y los sectores de actividad en los que, estando comprendidos en su objeto social, sería apto para ejecutar las prestaciones que vayan a ser

objeto de encargo.

b) El encargo deberá ser objeto de formalización en un documento que será publicado en la Plataforma de Contratación correspondiente en los supuestos previstos del artículo 63.6. de la LCSP. El documento de formalización establecerá el plazo de duración del encargo.

c) Los órganos de las entidades del sector público estatal que tengan la condición de poder adjudicador en virtud de lo dispuesto en el artículo 3.3 de la LCSP , necesitarán autorización del Consejo de Ministros cuando el importe del gasto que se derive del encargo, sea igual o superior a doce millones de euros.

La autorización del Consejo de Ministros a que se refiere el párrafo anterior deberá obtenerse antes de la suscripción del encargo por el órgano competente. Una vez obtenida la autorización, corresponderá a los órganos competentes la aprobación del gasto y suscripción del encargo, de conformidad con lo dispuesto en las respectivas normas.

A efectos de obtener la citada autorización, los órganos competentes deberán remitir al menos los siguientes documentos: el texto del encargo; el informe del servicio jurídico; así como el certificado de existencia de crédito o, tratándose de poderes adjudicadores con presupuesto estimativo, los documentos equivalentes que acrediten la existencia de financiación.

Requerirán igualmente la previa autorización del Consejo de Ministros las modificaciones de encargos autorizados por el Consejo de Ministros, cuando superen el 20 por cien del importe del encargo.

La autorización que otorgue el Consejo de Ministros será genérica para la suscripción del encargo, sin que en ningún caso implique una validación de los trámites realizados, ni exima de la responsabilidad que corresponda a las partes respecto de la correcta tramitación y realización del encargo.

A la vista de dicha regulación, analizaremos los posicionamientos de varios órganos consultivos en relación a dicha materia.

Así, como señala el **Informe 5/2022, de 1 de marzo, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón** [1] la cuestión de los encargos a medios propios fue abordada en el artículo 12 de la vigente 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, con algo más de detalle que en las que la habían precedido.

Según dicho informe, en términos generales, el precepto citado incorpora la jurisprudencia europea al respecto, que ha tenido un papel determinante ante la indefinición de las directivas anteriores. No obstante, concreta y eleva el nivel de exigencia respecto al volumen de actividad que el medio propio debe realizar para el poder adjudicador que realiza el encargo.

A tal efecto, el citado informe 5/2022 afirma que:

«**El primer requisito** es un control por el poder adjudicador análogo al que ejerce sobre sus propios servicios sobre la persona jurídica de derecho público o privado receptora del encargo. Se considera que los poderes adjudicadores ostentan un control análogo si pueden realizar encargos de ejecución obligatoria conforme a instrucciones establecidas unilateralmente por el encomendante. Además, la retribución se fijará por referencia a tarifas aprobadas por el poder adjudicador. La Directiva de contratación precisa que ese control existe cuando el poder adjudicador «ejerza una influencia decisiva sobre objetivos estratégicos y decisiones significativas de la persona jurídica controlada». Eso sí, puede ser un control indirecto: «dicho control podrá ser ejercido también por otra persona jurídica, que sea a su vez controlada del mismo modo por el poder adjudicador».

En la Sentencia de 18 de noviembre de 1999, asunto C-107/98, Teckal [2], el Tribunal de Justicia estableció que la normativa de contratación se aplica «cuando una entidad adjudicadora, como un ente territorial, proyecta celebrar por escrito, con una entidad formalmente distinta de ella y autónoma respecto a ella desde el punto de vista decisorio, un contrato a título oneroso que tiene por objeto el suministro de productos, independientemente de que dicha entidad sea o no, en sí misma, entidad adjudicadora» (FJ 51). Existe una posible excepción: «sólo puede ser otra manera en el supuesto de que, a la vez, el ente territorial ejerza sobre la persona de que se trate un control análogo al que ejerce sobre sus propios servicios y esta persona realice la parte esencial de su actividad con el ente o los entes que la controlan» (FJ 50).

La jurisprudencia ha ido depurando el concepto de control análogo requiriendo una total ausencia de autonomía de la voluntad de la entidad que recibe el encargo, que no debe tener la posibilidad de rechazarlo. De acuerdo con la **Sentencia de 17 de julio de 2008, asunto C-371/05, Comisión c. Italia** [3], son distintivas la facultad del poder adjudicador de nombrar a los miembros de los órganos directivos, orientar la actividad de la entidad, establecer los gastos de funcionamiento y la la facultad de designar un funcionario propio para impulsar y controlar la acción de la entidad receptora del encargo (FJ 25).

La interpretación inicial, centrada en el control, fue extendiéndose a otros aspectos de la relación bilateral. La doctrina jurisprudencial fue resumida por el propio Tribunal de Justicia en la Sentencia de 29 de noviembre de 2012, asunto C-182/11, Econord SpA c. Comune di Cagno y otros, FJ 27:

«según reiterada jurisprudencia, existe un "control análogo" cuando la entidad de que se trate esté sometida a un control que permita a la entidad adjudicadora influir en las decisiones de aquélla.

Debe tratarse de una posibilidad de influencia determinante, tanto sobre los objetivos estratégicos como sobre las decisiones importantes de la entidad sometida a control (sentencias Parking Brixen, apartado 65, Coditel Brabant, apartado 28, y Sea, apartado 65). En otros términos, la entidad adjudicadora debe estar en condiciones de ejercer sobre la entidad de que se trate un control estructural y funcional (sentencia Comisión/Italia, apartado 26). El Tribunal de Justicia exige también que dicho control sea efectivo (sentencia Coditel Brabant, apartado 46)".

El segundo requisito establecido jurisprudencialmente es que una parte esencial de la actividad del ente, organismo o entidad debe realizarla para el poder adjudicador. La Sentencia de 11 de mayo de 2006, Carbotermo [ECLI:EU:C:2006:308], [4] declaró en el apartado 3 del fallo que «para apreciar si una empresa realiza lo esencial de su actividad con el ente territorial que la controla […] procede tomar en consideración todas las actividades que dicha empresa realiza en virtud de una adjudicación llevada a cabo por el poder adjudicador, y ello con independencia de la cuestión de quién remunera dicha actividad, ya sea el propio poder adjudicador, ya el usuario de los servicios prestados, siendo irrelevante igualmente el territorio en el que se ejerce dicha actividad».

La Directiva de contratación de 2014 precisó esa "parte esencial de la actividad": más del ochenta por ciento de la actividad del medio propio debe corresponder a los cometidos confiados por el poder adjudicador o por personas jurídicas controladas por ese poder adjudicador. La base de cálculo de la actividad desarrollada se especifica en el art. 12.5.

Tercer requisito, no debe existir participación directa de capital privado en la persona jurídica controlada . Según la Sentencia de 11 de enero de 2005, asunto C 26/03Stadt Halle y RPL Lochau, [5] ECLI:EU:C:2005:5, FJ 52: «en el supuesto de que una entidad adjudicadora proyecte celebrar un contrato a título oneroso referente a servicios comprendidos dentro del ámbito de aplicación material de la Directiva 92/50 con una sociedad jurídicamente distinta de ella en cuyo capital participa junto con una o varias empresas privadas, deben aplicarse siempre los procedimientos de contratación pública previstos en dicha Directiva". Doctrina reiterada en las sentencias de 17 de julio de 2008, asunto C-371/05, Comisión contra Italia, ECLI: EU:C:2008:410; de 10 de septiembre de 2009, asunto C-573/07, Sea Srl contra Comune di Ponte Nossa, ECLI:EU:C:2009:532; y de 29 de noviembre de 2012, asunto C-182/11, Econord SpA c. Comune di Cagno y otros, ECLI:EU:C:2012:758, de acuerdo con la cual la participación privada –aun minoritaria- en el capital de una sociedad la inhabilita como medio propio o servicio técnico susceptible de recibir encargos de un poder adjudicador.

Es distinto cuando la sociedad es participada solo por entes públicos, de acuerdo con las sentencias del Tribunal de Justicia de 19 de abril de 2007, asunto C-295/05, Tragsa, ECLI:EU:C:2007:227 y de 29 de noviembre de 2012, Econord SpA, ya citada.

En la Directiva se introdujo una excepción para «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» (…)»

Por otra parte, el **Informe 13/2015, de 12 de noviembre, de la Comisión Permanente de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Generalidad de Cataluña** [6] analizaba el régimen de las encomiendas de gestión de prestaciones a medios propios personificados, partiendo de la premisa de que ,»(…) de acuerdo con la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (en adelante, TJUE), en determinadas circunstancias es posible que los poderes adjudicadores suscriban entre ellos contratos que pueden excluirse del ámbito de las directivas sobre contratación pública, a pesar de la regla

general de sujeción a estas directivas de los contratos entre diferentes personas jurídicas, aunque sean pertenecientes al sector público.

Estas circunstancias se darían en los casos, entre otros, en los que los poderes adjudicadores recurren a entidades propias que les pertenecen –es decir, de carácter interno– y que tienen una dependencia organizativa y económica respecto de ellos. Por lo tanto, el fundamento de la no aplicación de la normativa sobre contratación pública es la facultad de auto-organización de los poderes adjudicadores, de manera que pueden suscribir contratos con terceros que, aunque formalmente independientes de ellos, en sustancia no lo son.

En segundo término, hay que aludir a la Directiva 2014/24/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, sobre contratación pública y por la cual se deroga la Directiva 2004/18/CE, en la que se contiene, por primera vez en el ámbito del derecho comunitario de contratación pública , una regulación de los contratos públicos adjudicados entre entidades del sector público .

Así, en su artículo 12 se prevén y regulan cuatro modalidades diferentes de «contratos públicos entre entidades del sector público» –el contrato in house ordinario, que dio lugar al nacimiento de esta doctrina ; el contrato in house inverso, en el que es el medio propio o la entidad controlada quien contrata a la entidad controladora; el contrato in house horizontal, suscrito entre dos entidades controladas por una misma entidad; y el contrato in house con una entidad controlada de manera conjunta por diversos poderes adjudicadores.

Con respecto a los requisitos, derivados de la jurisprudencia del TJUE, que deben concurrir para poder excluir del ámbito de aplicación de la normativa de contratación pública, por considerarlos contratos in house o internos, la Directiva los establece, en el mismo artículo 12, en los términos siguientes: «a) que el poder adjudicador ejerza sobre la persona jurídica de la cual se trate un control análogo al que ejerce sobre sus propios servicios –entendido, según dispone la propia Directiva, como una influencia decisiva sobre los objetivos estratégicos y decisiones significativas de la persona jurídica controlada; b) que más del 80% de las actividades de esta 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 el mencionado poder adjudicador; y c) que no haya 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.

En definitiva, tanto la jurisprudencia del TJUE como la regulación positiva ahora prevista en el artículo 12 de la Directiva 2014/24/UE configuran los contratos suscritos por poderes adjudicadores con entidades controladas –que, a pesar de ser personificaciones jurídicas diferentes, constituyen recursos propios de aquéllos–, como contratos de carácter interno excluidos de la normativa en materia de contratación pública por la dependencia, tanto organizativa como económica, de los medios propios o las entidades controladas. (…)»

Dicho informe concluye que las contraprestaciones económicas que deben aprobarse para fijar la retribución de las encomiendas a medios propios, de acuerdo con la normativa aplicable en materia de contratación pública , deben establecerse sobre la base de criterios vinculados exclusivamente a los costes reales de producción o de realización de las prestaciones objeto de la encomienda, en atención al carácter interno de las encomiendas a medios propios, que constituyen una excepción a los principios de publicidad, concurrencia y no discriminación que rigen la contratación pública, así como los efectos que pueden tener sobre la competencia efectiva y la obligación de eficiencia en la asignación y utilización de los recursos públicos de las entidades del sector público.

Téngase en cuenta, además, que el **Informe 5/2019, de 30 de mayo, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Generalidad de Cataluña,** [7] que más abajo analizaremos, determina que las tarifas o contraprestaciones económicas para la retribución de los pedidos a un medio propio deben calcularse de forma que representen los costes reales y, de acuerdo con el artículo 7.8.c de la Ley 37/1992, de 28 de diciembre, del Impuesto sobre el Valor Añadido , en la redacción dada por la disposición final décima de la LCSP, los servicios prestados en virtud de los pedidos ejecutados por un medio propio no están sujetos a este impuesto.

Por otro lado, el **Informe 1/2019, de 13 de marzo, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Generalidad de Cataluña** [8] analiza los requisitos de los medios propios personificados establecidos en la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público.

A tal efecto, la JCCA de Cataluña parte en dicho informe de que el cálculo del porcentaje de la actividad que se debe computar como llevada a cabo en el ejercicio de los cometidos que hayan sido confiados por uno o más poderes adjudicadores que controlan una entidad del sector público, a efectos de analizar si ésta puede ser considerada medio propio de aquéllos, se puede efectuar tomando como base el volumen de negocio de la entidad, los gastos en que incurra u otro indicador de actividad fiable, de forma que si el cálculo se efectúa en base al volumen total de negocio de la entidad, se deben tener en cuenta todas las actividades que desarrolla la entidad, de las cuales deberá comprobarse si más del 80% se han llevado a cabo con ocasión de atribuciones o encargos recibidos del poder adjudicador que la controla.

En cambio, si una entidad del sector público lleva a cabo la gestión de un servicio porque tiene atribuida la competencia, no procede la declaración de medio propio para llevar a cabo dicha actividad ni, por tanto, vehicular la prestación del servicio por vía de encargos , por lo que tampoco procede valorar si el importe proveniente de las personas usuarias del servicio se debe incluir en el concepto de las actividades que esta entidad desarrolla en el ejercicio de los cometidos que le han sido confiados por el poder adjudicador que la controla, en la medida en que, en este caso, la entidad gestiona el servicio como actividad propia para la que fue creada y no con motivo de un encargo recibido como medio propio del poder adjudicador que lo ha creado.

Dicho informe, además, señala que la Ley de Contratos del Sector Público de 2017 establece el requisito de ausencia de participación de capital privado, para que una entidad pueda tener la consideración de medio propio, sin circunscribir esta limitación únicamente a las participaciones directas de capital privado,

de modo que prohíbe a los medios propios toda presencia de capital privado, incluida la indirecta: «(…) Respecto al requisito relativo al capital del medio propio, se considera conveniente señalar como premisa, dadas las alusiones que se contienen en ambas peticiones de informe a la ausencia de ánimo de lucro por parte de las entidades privadas que participan en determinados entes, que, de acuerdo con la jurisprudencia del TJUE, es

irrelevante a efectos de la concurrencia de este requisito la existencia de ánimo de lucro por parte de la entidad privada participante, de manera que en dicha jurisprudencia se incluye, como supuesto de participación de capital privado –que, por tanto, impide el recurso a la doctrina de los medios propios o contratos in house-, casos en que ni la entidad instrumental, ni las entidades privadas asociadas, tienen ánimo de lucro.

Entrando en el análisis de este requisito de ausencia de capital privado en los medios propios, hay que partir del hecho de que, si bien tradicionalmente la jurisprudencia del TJUE ya había hecho referencia –vinculándolo al del control análogo al ejercido sobre los propios medios–, la regulación sobre medios propios contenida en la Directiva 2014/24/UE incorpora una novedad respecto de este requisito, al matizar que la participación de capital privado que se prohíbe es la directa. Literalmente, el artículo 12.1.c de la Directiva establece este requisito en los siguientes términos: “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”.

Así, la regulación de la Directiva matiza la delimitación de este requisito efectuada por el TJUE, en la medida que sus pronunciamientos han ido en la línea de entender que cualquier participación de capital privado impedía la consideración de un ente como medio propio. Por ejemplo, en la Sentencia de 11 de enero de 2005 (as. C-26/2003), ya mencionada, el TJUE afirmó que “cualquier inversión de capital privado en una empresa obedece a consideraciones características de los intereses privados y persigue objetivos de naturaleza distinta de aquellos que son de interés público”.

La parte expositiva de la Directiva 2014/24/UE, al hacer referencia a la regulación de los medios propios que, como se ha dicho, incorpora con carácter nuevo respecto de la Directiva anterior, incluye el fundamento del matiz que incorpora en relación con el capital privado. Así, afirma, en primer término, que la excepción a la aplicación de la Directiva en el caso de contratos in house “(no) debe extenderse a situaciones en las que exista participación directa de un operador económico privado en el capital de la persona jurídica controlada, puesto que, en esas circunstancias, la adjudicación de un contrato público sin un procedimiento de licitación ofrecería al operador económico privado con participación en el capital de la persona jurídica controlada una excesiva ventaja respecto a sus competidores”, aclarando seguidamente que “el elemento decisivo es únicamente la participación privada directa en la persona jurídica controlada”, de manera que “cuando exista una participación de capital privado en el o los poderes adjudicadores controladores, ello no debe impedir la adjudicación de contratos públicos a la persona jurídica controlada sin aplicar los procedimientos previstos en la presente Directiva, puesto que estas

participaciones no perjudican la competencia entre operadores económicos privados" (considerando 32).

Por tanto, desde la perspectiva exclusivamente de la Directiva 2014/24/UE parecería que, efectivamente, una entidad podría cumplir el requisito que se analiza en caso de tener participación indirecta de capital privado o, dicho de otra manera, en caso de que hubiera participación de capital privado en el ente que la controla y respecto de la que es medio propio.

Sin embargo, hay que tener en cuenta que este requisito ha sido transpuesto en nuestro derecho interno en unos términos no del todo coincidentes con la Directiva ya que, como se ha indicado en la consideración jurídica II de este informe, el artículo 32.2.c de la LCSP lo fija estableciendo que "cuando el ente destinatario del encargo sea un ente de personificación jurídico-privada, además, la totalidad de su capital o patrimonio tendrá que ser de titularidad o aportación pública". (…)»

El mencionado Informe 1/2019 recalca que, de acuerdo con la Ley de Contratos del Sector Público, interpretada de forma conforme con la Directiva –y con la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea–, la necesaria de ausencia de capital privado para poder tener la consideración de medio propio es un requisito aplicable a cualquier entidad, así como que el control conjunto sobre los medios propios, análogo al que se ejerce sobre los propios servicios o unidades, se debe ejercer de forma directa por parte de los poderes adjudicadores respecto de los cuales la entidad tenga dicha consideración de medio propio.

En línea con dichos argumentos, el **Informe 5/2019, de 30 de mayo, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Generalidad de Cataluña** [7] afirma que las entidades locales pueden prestar directamente servicios públicos locales de su competencia a través de una entidad instrumental, a la que le atribuyan la competencia para su gestión, sin que sea necesario que esta entidad tenga, para el ejercicio de la competencia atribuida, la consideración de medio propio, si bien, de acuerdo con el artículo 32.2.d de la Ley de Contratos del Sector Público, en adelante, LCSP, es necesario que la condición de medio propio personificado se reconozca expresamente en sus estatutos o actos de creación, previa verificación por la entidad pública de que dependa de que dispone de medios personales y materiales apropiados para la realización de los encargados de conformidad con su objeto social.

Además, de conformidad con el **Informe 5/2019** [7], un medio propio no puede participar en las licitaciones públicas convocadas por los poderes adjudicadores respecto de los que tiene esta condición, sin perjuicio de que, si no concurre ninguna empresa licitadora, pueda encargársele la ejecución de la prestación objeto de la correspondiente licitación, de acuerdo con el artículo 32.2.d de la LCSP.

En relación al requisito del control, dicho informe argumenta que, de acuerdo con la jurisprudencia del TJUE, se presume que se da el requisito relativo al control conjunto análogo por parte de los diversos poderes adjudicadores que dispongan de un medio propio compartido, cuando existe participación de cada uno en los órganos de decisión y en el capital del medio propio. Sin embargo, una participación meramente formal en el medio propio por parte de uno o varios poderes adjudicadores no es suficiente para entender que existe efectividad en el control conjunto, ni es admisible que la determinación de la

voluntad del medio propio dependa en exclusiva de un poder adjudicador.

Además de lo expuesto, el **Informe 9/2019, de 3 de octubre, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Generalidad de Cataluña** afirma que un poder adjudicador no puede conferir pedidos a una entidad que no tenga la consideración de medio propio suyo, no tratándose de supuestos de pedidos horizontales o inversos.

Por tanto, según el citado Informe 9/2019, no se puede conferir encomiendas a una entidad que no sea medio propio suyo, aunque esta entidad sea medio propio de otra entidad del sector público que, esta sí, sea medio propio de aquel poder adjudicador, de manera que las prestaciones que un medio propio receptor de un encomienda como tal desarrolle con sus propios medios, extiende o no constituidos con personificación jurídica diferenciada respecto de él, no computan a efectos del límite del 50 por ciento previsto en el artículo 32.7 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público.

Asimismo, dicho informe remarca que si una entidad del sector público gestiona un servicio por tener atribuida la competencia en virtud de su norma de creación o de otro título, la gestión del servicio por parte de esta entidad proviene de dicha atribución, sino que se requiera, ni proceda, un cargo como medio propio, ni ningún otro título habilitante, si bien, en todo caso, las actividades que se encarguen a las entidades de que tengan la consideración de medio propio deben estar incluidas en su objeto social.

Además, el Informe 9/2019 de la JCCA de Cataluña concluye afirmando que , de acuerdo con la normativa de contratación pública, la prestación de un servicio por parte de un poder adjudicador a través de un encargo a un medio propio personificado suyo es una forma de ejecución directa. En este sentido, es irrelevante cuáles sean los destinatarios de las prestaciones a efectos de determinar si la encomienda que haga el poder adjudicador se tiene que calificar como un cargo a un medio propio y no como un contrato sujeto a la normativa de contratación pública ya los principios de la inspiran, ya que lo que es relevante, a efectos de garantizar la salvaguardia de esta normativa y de estos principios, es que los encomiendas se lleven a cabo a entidades del sector público que verdaderamente sean medios propios de los poderes adjudicadores que los confieren.

En otro orden, el **Informe 1/2018, de 7 de marzo de 2018, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de Andalucía** [9] concluía que que una empresa mixta de un Ayuntamiento no puede ser considerada medio propio o servicio técnico de otro Ayuntamiento si no concurren los requisitos del art. 24.6 del Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público en adelante, TRLCSP, hoy artículo 32 de la LCSP de 2017, así como que para que no se aplique la Directiva 2014/25/UE a un contrato adjudicado por un poder adjudicador a otra persona jurídica de derecho público o privado deben cumplirse todas y cada una de las condiciones establecidas en el artículo 28 apartado 1 de dicha Directiva.

En relación al contenido de dicho informe, para complementar su exposición, recomendamos la lectura del anterior **Informe 5/2010, de fecha 07 de julio, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de Andalucía** [10], así como el **Informe 13/2008, de 22 de diciembre, de la Junta Consultiva de**

Contratación Administrativa de Andalucía [11]

Esperamos que dichos posicionamientos os sirvan como fondo de armario para poder comprender el régimen de los medios personificados.

Enlaces citados

Direcciones de los enlaces incluidos en el texto.

[1] https://www.aragon.es/documents/20127/33965468/Informe+5_2022+JCCA.pdf/de371d64-c0da-2ce0-44bc-f7127f40459d?t=1648808790288

[2] https://curia.europa.eu/juris/showPdf.jsf?text=&docid=44852&pageIndex=0&doclang=ES&mode=req&dir=&occ=first&part=1&cid=1022347

[3] https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:62005CJ0371_INF&from=LT

[4] https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:62004CJ0340&from=EN

[5] https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=ecli:ECLI%3AEU%3AC%3A2005%3A5

[6] https://contractacio.gencat.cat/ca/gestionar-contractacio/cercador-informes-jcca-es/index.html#/detail?id=1290

[7] https://contractacio.gencat.cat/ca/gestionar-contractacio/cercador-informes-jcca-es/index.html#/detail?id=14695

[8] https://contractacio.gencat.cat/ca/gestionar-contractacio/cercador-informes-jcca-es/index.html#/detail?id=13875

[9] https://www.juntadeandalucia.es/sites/default/files/2021-09/Infome%201-2018.pdf

[10] https://www.juntadeandalucia.es/sites/default/files/2020-01/informe-5-2010.pdf

[11] https://www.juntadeandalucia.es/sites/default/files/2020-01/informe-13-2008.pdf

ENTRADA ORIGINAL

https://www.fiscalizacionlocal.es/prestaciones-in-house/

Fiscalización Local · ISSN 2659-3572