



Acuerdo de la Comisión Permanente de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de 30 de septiembre de 2011

Informe 4/2011, de 30 de septiembre. Los encargos de gestión. El reconocimiento de la condición de medio propio y la imposibilidad de participar en las licitaciones públicas que se deriva de esta condición

Antecedentes

1. La Secretaria General de la Consejería de Medio Ambiente y Movilidad ha formulado la siguiente consulta a esta Junta Consultiva:

Por la presente, y visto el informe jurídico de 17 de mayo de 2011, le solicito la emisión de informe en relación con las siguientes cuestiones:

1. Si la previsión estatutaria de que la Fundación Natura Parc tenga el carácter de medio propio instrumental del Consorcio para la Recuperación de la Fauna de las Illes Balears (artículo 18 de los Estatutos del Consorcio) se ajusta al artículo 24.6 de la LCSP.

2. Si la Fundación Natura Parc, entidad privada sin ánimo de lucro, puede llevar a cabo, mediante convenio firmado al efecto, la gestión humana, económica, técnica y administrativa necesaria para el desarrollo de las actividades del Consorcio y el cumplimiento de sus fines, dado que el Consorcio es una administración pública a los efectos previstos en la vigente legislación de contratos (Art. 3.2 LCSP).

3. Si la Fundación Natura Parc, miembro constituyente del Consorcio para la Recuperación de la Fauna de las Illes Balears, y que en la actualidad gestiona una parte de sus actividades mediante convenio, puede participar en procedimientos para la adjudicación de contratos convocados por la propia Consejería de Medio Ambiente y Movilidad, a los efectos previstos en el artículo 9.3 del Decreto 147/2000 en relación con el artículo 18.1 de los Estatutos del Consorcio y con los artículos 24.6 y 4.1 de la LCSP.

2. La Secretaria General de la Consejería de Medio Ambiente y Movilidad está legitimada para solicitar informes a la Junta Consultiva de Contratación, de conformidad con el artículo 12.1 del Decreto 20/1997, de 7 de febrero, de creación de esta Junta Consultiva, y el artículo 15.1 de su Reglamento de Organización y Funcionamiento, aprobado mediante Acuerdo del Consejo de



Gobierno de 10 de octubre de 1997. Al escrito se adjunta un informe jurídico, de acuerdo con el artículo 16.3 del Reglamento. Por tanto, se reúnen los requisitos previos de admisión para poder emitir el informe solicitado.

Consideraciones jurídicas

1. El escrito de consulta plantea tres cuestiones referentes a las relaciones entre la Consejería de Medio Ambiente y Movilidad, el Consorcio para la Recuperación de la Fauna de las Illes Balears (en lo sucesivo, Consorcio o COFIB) y la Fundación Natura Parc.

La primera cuestión planteada hace referencia a la adecuación de los Estatutos del COFIB, que atribuyen a la Fundación Natura Parc la condición de medio propio instrumental del Consorcio, al artículo 24.6 de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público (en lo sucesivo, LCSP).

La segunda cuestión objeto de consulta es si la Fundación Natura Parc puede llevar a cabo, mediante un convenio firmado al efecto, la gestión humana, económica, técnica y administrativa necesaria para el desarrollo de las actividades del Consorcio y el cumplimiento de sus fines.

Finalmente, se solicita si la Fundación Natura Parc puede participar en los procedimientos para la adjudicación de contratos convocados por la Consejería de Medio Ambiente y Movilidad.

2. El denominado *contrato interno* o *in house providing* es una relación jurídica en la que un poder adjudicador encarga la ejecución de una obra o la prestación de un servicio a un ente instrumental con personalidad jurídica propia sin aplicar la legislación contractual. Se trata de una manifestación de la potestad autoorganizativa de las administraciones públicas por la cual el interés público se satisface mediante una actividad interna, y que se inspira en la doctrina y la práctica denominada en el mundo anglosajón *in house providing* (literalmente, ‘suministro doméstico o interno’). Si bien se trata de una modalidad de gestión admitida por el Derecho comunitario, es una excepción.

El Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha elaborado una importante doctrina en relación con los contratos denominados *in house* o *in house providing*. Esta doctrina permite realizar encargos, que no tienen la consideración de contratos, a entes instrumentales con personalidad jurídica propia siempre que se cumplan los siguientes requisitos:



- Que el encargo se formalice entre una entidad adjudicadora y una entidad formalmente diferente de ésta pero sobre la cual ejerce un control análogo al que ejerce sobre sus propios servicios.
- Que el ente instrumental lleve a cabo la parte esencial de su actividad con la entidad o las entidades públicas que la controlan.
- Que el capital del ente instrumental sea de titularidad totalmente pública.

Esta Junta Consultiva ha analizado en diversas ocasiones la figura de los encargos de gestión, como por ejemplo en los informes 1/2006, 2/2007, 4/2009, 6/2009, 1/2010 y en el Informe 3/2011, que se aprueba en esta misma sesión, a los que nos remitimos para una explicación más detallada sobre su configuración.

3. La Ley de Contratos ha incorporado la doctrina jurisprudencial del Tribunal de Justicia en relación con los contratos *in house* en los artículos 4.1 *n* y 24.6, de forma que la LCSP contiene una regulación más completa que la de las leyes de contratos precedentes.

De acuerdo con el artículo 4.1 *n*, están excluidos del ámbito subjetivo de aplicación de la LCSP los negocios jurídicos en cuya virtud se encargue a una entidad que, de conformidad con lo señalado en el artículo 24.6, tiene atribuida la condición de medio propio y servicio técnico del poder adjudicador que hace el encargo, la realización de una determinada prestación.

Por tanto, este artículo engloba cualquier negocio mediante el cual un poder adjudicador encarga a un ente instrumental la realización de una prestación de naturaleza contractual.

El artículo 24.6 de la LCSP dispone lo siguiente:

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 pueden ejercer sobre sus propios servicios. Si se trata de sociedades, además, la totalidad de su capital tendrá que ser de titularidad pública.

En todo caso, se entenderá que los poderes adjudicadores ostentan sobre un ente, organismo o entidad un control análogo al que tienen sobre sus propios servicios si pueden conferirles encomiendas de gestión que sean de



ejecución obligatoria para ellos de acuerdo con instrucciones fijadas unilateralmente por el encomendante y cuya retribución se fije por referencia a tarifas aprobadas por la entidad pública de la que dependan.

La condición de medio propio y servicio técnico de las entidades que cumplan los criterios mencionados en este apartado deberá reconocerse expresamente por la norma que las cree o por sus estatutos, que deberán determinar las entidades respecto de las cuales tienen esta condición y precisar el régimen de las encomiendas que se les puedan conferir o las condiciones en que podrán adjudicárseles contratos, y determinará para ellas la imposibilidad de participar en licitaciones públicas convocadas por los poderes adjudicadores de los que sean medios propios, sin perjuicio de que, cuando no concurra ningún licitador, pueda encargárseles la ejecución de la prestación objeto de las mismas.

Este artículo incorpora al Derecho español los requisitos de la jurisprudencia comunitaria para determinar si un ente puede ser considerado medio propio y servicio técnico de otro y, en consecuencia, puede recibir un encargo que está excluido de la LCSP, pero, además, añade, en el tercer párrafo, un criterio de carácter formal, ya que exige que la condición de medio propio y servicio técnico se reconozca expresamente por la norma que cree la entidad o por sus estatutos, que deben establecer el régimen de los encargos que se les pueden conferir.

4. La primera cuestión planteada hace referencia a la adecuación de los Estatutos del COFIB, que atribuyen a la Fundación Natura Parc la condición de medio propio instrumental del Consorcio, al artículo 24.6 de la Ley de Contratos.

El 26 de febrero de 2004 el titular de la Consejería de Medio Ambiente, en nombre y representación de la Administración de la Comunidad Autónoma de las Illes Balears, y la Fundación Natura Parc celebraron un convenio de colaboración cuyo objeto era la recuperación de animales silvestres de las Illes Balears y la creación de un consorcio cuya finalidad era la recuperación de ejemplares heridos de fauna silvestre de las Illes Balears, la captura o recogida de ejemplares de fauna exótica y la cría en cautividad de especies de la fauna silvestre.

Previamente, el 20 de febrero de 2004, el Consejo de Gobierno había autorizado el convenio, y había aprobado la constitución del Consorcio y los Estatutos por los que debía regirse. Tal como establecen sus Estatutos, el Consorcio se constituye de acuerdo con las previsiones del artículo 85 de la Ley 3/2003, de 26 de marzo, de Régimen Jurídico de la Administración de la Comunidad Autónoma de las Illes Balears, se rige por sus Estatutos y somete su actividad al



ordenamiento autonómico. Además, se indica en los mismos que el Consorcio tiene personalidad propia y plena capacidad de obrar, y que sus miembros constituyentes son la Administración de la Comunidad Autónoma de las Illes Balears, que actúa a través de la Consejería de Medio Ambiente, y la Fundación Natura Parc, si bien se pueden adherir al mismo las entidades o instituciones públicas y otras personas físicas o jurídicas, públicas o privadas sin ánimo de lucro, que aporten su ayuda económica y/o material o de cualquiera otro tipo al cumplimiento de la finalidad institucional del Consorcio. Posteriormente, en el año 2007, se modificaron los Estatutos del Consorcio, entre otros motivos, para modificar su duración.

De acuerdo con el artículo 4 de los Estatutos, el objeto del COFIB es gestionar y promover, en el marco de su finalidad institucional, el desarrollo de cuantas actividades sean necesarias para la recuperación de animales silvestres, de ejemplares heridos de fauna silvestre de las Illes Balears, la captura o recogida de ejemplares de fauna exótica y la cría en cautividad de especies de la fauna silvestre. Este objeto se concreta en una serie de actividades, entre las que se incluyen las funciones, actuaciones y actividades que le sean encargadas por la Consejería de Medio Ambiente y cualesquiera otras actividades relacionadas con la finalidad institucional y el objeto del Consorcio que contribuyan al desarrollo y cumplimiento de estos.

El artículo 18.1 de los Estatutos del COFIB dispone que a los efectos previstos en la legislación de contratos ambas entidades consorciadas tienen el carácter de medios propios instrumentales del Consorcio.

Como se ha indicado en la consideración jurídica anterior, el párrafo tercero del artículo 24.6 de la Ley de Contratos añade a los requisitos que había establecido la jurisprudencia comunitaria para considerar que un negocio jurídico está excluido del ámbito de aplicación de las directivas comunitarias, un criterio de carácter formal, que resulta de interés para responder a la primera consulta que se plantea. Esta Junta Consultiva ya se había pronunciado anteriormente sobre esta cuestión en el Informe 1/2010 en los siguientes términos:

Así pues, para poder recibir encargos de gestión la norma de creación o los estatutos de una entidad deben mencionar necesariamente que la entidad tiene la condición de medio propio y servicio técnico de una o diversas entidades, que deben enumerarse expresamente, respecto de las cuales se cumplen los requisitos fijados por la jurisprudencia comunitaria, que se enuncian en la consideración jurídica 3 de este Informe.



Ciertamente, la mención en la norma de creación o los estatutos de una entidad se podría considerar una presunción de que se dan las circunstancias exigidas, en el sentido de que hay una apariencia de dependencia entre ellas, y que, por tanto, los encargos formalizados entre la entidad y aquellas otras respecto de las cuales se ha atribuido la condición de medio propio y servicio técnico se ajustarían a Derecho. No obstante, debe decirse que la simple mención en la norma de creación o en los estatutos de que una entidad tiene la condición de medio propio y servicio técnico de otra entidad sin que se cumplan los requisitos exigidos por la jurisprudencia comunitaria, no convierte aquella entidad en un medio propio.

Por tanto, con la finalidad de evitar el uso fraudulento de esta técnica organizativa es imprescindible verificar *ex ante* que se cumplen los requisitos comunitarios, dado que debe considerarse contraria a Derecho la mención de entidades respecto de las cuales no se cumplen los requisitos comunitarios o el uso de expresiones que pretendan evidenciar que una entidad tiene la condición de medio propio y servicio técnico de cualquier ente del sector público.

De este modo la Junta Consultiva puso de manifiesto la posibilidad o, incluso, el riesgo de que el contenido de una norma de creación de una entidad o sus estatutos pudieran dar lugar a confusión o error respecto de la verdadera relación entre la entidad a que se refiere la norma o los estatutos y la entidad o entidades respecto de las cuales se predica la condición de medio propio, en los casos en que, con carácter previo a la redacción de estos documentos, no se hubiese realizado un análisis riguroso de la concurrencia o no de los requisitos exigidos por la jurisprudencia comunitaria.

Hay que tener en cuenta, además, respecto a la consulta planteada, que lo que exige la LCSP es que sean los estatutos o la norma de creación de la entidad que tiene la condición de medio propio de otra, los que hagan constar este extremo, y no a la inversa (es decir, que una entidad manifieste en sus estatutos o en su norma de creación que otras entidades tienen, en relación con la primera, la condición de medio propio y servicio técnico).

Así, en el caso que se somete a consulta, los Estatutos del COFIB indican que la Fundación Natura Parc tiene la condición de medio propio del Consorcio, pero este hecho no implica necesariamente que concurren en la Fundación los requisitos necesarios para atribuirle esta condición, cuestión que se tendría que analizar con carácter previo.



En consecuencia, puede afirmarse que la redacción de los Estatutos del COFIB, en relación con esta cuestión, no se adecúa al artículo 24.6 de la LCSP dado que esta previsión, por sí sola, no puede determinar en ningún caso la consideración de la Fundación Natura Parc como medio propio del Consorcio. Además, cabe afirmar que los Estatutos dan lugar a confusión, dado que su redacción evidencia la falta de un análisis previo de la concurrencia de los requisitos que permiten considerar que una entidad tiene carácter de medio propio de otra. De hecho, resulta poco razonable considerar que una Administración territorial, la Administración de la Comunidad Autónoma de las Illes Balears, pueda tener la condición de medio propio de un consorcio en el que participa, o que una fundación privada, como es el caso de la Fundación Natura Parc, pueda tener esta misma condición.

Cuestión diferente, por lo que respecta al contenido de los Estatutos, sería que en los mismos se hiciera constar, de conformidad con el artículo 24.6, que el Consorcio tiene la condición de medio propio y servicio técnico de otra entidad, siempre que, con carácter previo, se hubiese analizado esta cuestión en profundidad.

Parece evidente, a juicio de esta Junta Consultiva, que, dado el tiempo transcurrido desde la aprobación de los Estatutos, la evolución de la doctrina comunitaria en la materia y los cambios normativos, es necesario adaptar los Estatutos del COFIB al ordenamiento jurídico actual, aunque sólo sea para eliminar aquellos aspectos que pueden dar lugar a confusión.

5. La segunda cuestión objeto de consulta hace referencia a la posibilidad de que la Fundación Natura Parc lleve a cabo, mediante un convenio firmado al efecto, la gestión humana, económica, técnica y administrativa del Consorcio, posibilidad que prevé el artículo 18.1 de los Estatutos del COFIB, en los siguientes términos:

La gestión humana, técnica, económica y administrativa necesaria para el desarrollo de las actividades del Consorcio y el cumplimiento de sus fines se podrán llevar a cabo por cualquiera de las entidades consorciadas, mediante convenio firmado al efecto [...].

Cabe señalar que la Junta Consultiva de Contratación Administrativa, como órgano consultivo en materia de contratación, sólo se pronuncia sobre las cuestiones relativas a contratación pública en los aspectos que presenten una duda o una contradicción, pero no sobre el contenido de convenios o sobre otras cuestiones derivadas de las relaciones entre las entidades que participan en un consorcio, dado que el análisis de la adecuación a derecho de estas relaciones



y su instrumentación debe hacerse desde una óptica más amplia que la estricta de la contratación pública, y todo ello con independencia de que el Consorcio sea una administración pública a los efectos previstos en la legislación de contratos.

6. Finalmente, se plantea la posibilidad de que la Fundación Natura Parc, miembro constituyente del COFIB, pueda participar en los procedimientos para la adjudicación de contratos convocados por la propia Consejería, vista la previsión estatutaria que atribuye a la Fundación la condición de medio propio del Consorcio.

Como hemos visto, de acuerdo con el artículo 24.6 de la LCSP, la condición de medio propio y servicio técnico de un ente, organismo o entidad del sector público respecto de otra entidad determina la imposibilidad de que aquellas entidades participen en licitaciones públicas convocadas por los poderes adjudicadores de los cuales son medio propio, sin perjuicio de que, cuando no haya ningún licitador, se les pueda encargar la ejecución de la prestación objeto de las licitaciones. En un sentido similar se pronuncia el artículo 9.3 del Decreto 147/2000, de 10 de noviembre, sobre contratación de la Comunidad Autónoma de las Illes Balears.

Por tanto, lo primero que debe hacerse es analizar si concurren en la Fundación Natura Parc los requisitos necesarios para que pueda considerarse que se trata de una entidad que tiene la consideración de medio propio de la Consejería. En el caso de que se llegase a una conclusión afirmativa, operaría para la Fundación la imposibilidad de participar en licitaciones públicas convocadas por la Consejería, sin perjuicio de que, cuando no hubiese ningún licitador, la Consejería le pudiese encargar la ejecución de la prestación objeto de las licitaciones.

En cambio, en el caso de que se llegue a una conclusión negativa, es decir, que no tiene la condición de medio propio, como se deduce claramente de la naturaleza de esta entidad, la Fundación no se vería afectada por esta limitación, y podría, en principio, concurrir a las licitaciones de la Consejería.

No obstante, hay que tener en cuenta los objetivos y finalidades del Consorcio, así como los recursos de que dispone para llevar a cabo su actividad, para, así, instrumentar las relaciones existentes entre el Consorcio, la Consejería y la Fundación Natura Parc por medio de los acuerdos internos que sean necesarios, al margen de la LCSP.



Conclusiones

1. Sólo puede atribuirse la condición de medio propio y servicio técnico a los entes, organismos y entidades del sector público en los que concurran los requisitos que exige el artículo 24.6 de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público, interpretados de conformidad con la jurisprudencia comunitaria. La norma que cree estas entidades o sus estatutos deben reconocer expresamente esta condición. En definitiva, la redacción de los Estatutos del COFIB, en relación con esta cuestión, no se adecúa al artículo 24.6 de la LCSP.
2. La posibilidad de que la Fundación Natura Parc participe en las licitaciones de la consejería competente en materia de medio ambiente depende de si concurren o no en esta entidad los requisitos para considerarla medio propio de la Consejería. Dado que se deduce claramente que la Fundación Natura Parc no tiene esta condición, puede, en principio, concurrir a las licitaciones de la Consejería.