

Informe 11/11, de 15 de diciembre de 2011. “Régimen de encomiendas de gestión a los medios propios. Requisitos básicos. Realización de obras.”

Clasificación de los informes. 1.1 Ámbito de aplicación subjetiva. Entidades sometidas a la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público. 18. Otras cuestiones de carácter general.

ANTECEDENTES.

El Ayuntamiento de Baeza dirige escrito a esta Junta Consultiva de Contratación Administrativa solicitando se emita informe en los siguientes términos:

“1”)-El Ayuntamiento de Baeza tiene una empresa municipal (EMS BAEZA SL) que al amparo del ARTÍCULO 24.6 .1 DE LA LEY DE CONTRATOS DEL SECTOR PUBLICO (EN LO SUCESIVO LCSP)-y de sus estatutos es un medio propio del Ayuntamiento.

2”)-El Ayuntamiento le suele encomendar a dicha empresa la realización de obras unas subvencionadas por la Junta de Andalucía y otras no.

La cuestión que deseamos someter a informe de esa Junta Consultiva de Contratación es la siguiente:

Cuando se encomienda por el Ayuntamiento de Baeza la realización de una obra a EMS BAEZA SL dicha empresa esta sujeta a:

1”- las limitaciones del artículo 24.4 de la LCSP que dice que en los supuestos de obras que realice la administración por sus medios propios a través de colaborador incluidas en las letras a) y b) del apartado 1, la contratación con colaboradores no podrá sobrepasar el 50 por ciento del importe total del presupuesto (incluyendo en ese 50% obra, suministro y servicio).

2”-las limitaciones del artículo 210.2 e) de la LCSP que dice que:

1. El contratista podrá concertar con terceros la realización parcial de la prestación.

2. La celebración de los subcontratos estará sometida al cumplimiento de los siguientes requisitos:

e) Las prestaciones parciales que el adjudicatario subcontrate; con terceros no podrán exceder del porcentaje que se fije en el pliego de cláusulas administrativas particulares. En el supuesto de que no figure en el pliego un límite especial, el contratista podrá subcontratar hasta un porcentaje que no exceda del 60 por ciento del importe de adjudicación.

3”) O bien, EMS BAEZA SL no esta sujeto a limitación alguna a la hora de contratar externamente e incluso puede contratar el 100% de la obra externamente”.

CONSIDERACIONES JURIDICAS.

1. El Ayuntamiento consultante plantea la cuestión de cuál es el régimen de limitaciones para la contratación con terceros que puede aplicar a las encomiendas de gestión que realice a la empresa municipal EMS BAEZA, S. L., que funciona, según sus estatutos, como medio propio de aquél.

2. El régimen de los medios propios se contiene dentro del artículo 24 de la Ley de Contratos del Sector Público, siendo aplicable al caso lo dispuesto dentro de su apartado 4, en el que se prevé que en los supuestos de obras que realice la Administración por sus medios propios a través de colaborador incluidas en las letras a) y b) del apartado 1, la contratación con colaboradores no podrá sobrepasar el 50 por ciento del importe total del proyecto. No le resulta de aplicación las limitaciones contenidas dentro del artículo 210.2. e) de la misma Ley, puesto que este precepto se aplica a la subcontratación, es decir, a aquellos contratos que el contratista, adjudicatario de un contrato de la Administración, puede a su vez, concertar con terceros, supuesto distinto del medio propio, como es la empresa EMS BAEZA.

La técnica del encargo a un ente propio, o medio propio, también denominada “*in house providing*”, exige para su correcta utilización que concurren dos requisitos exigidos por la Jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, que tienen su reflejo en la normativa española, como son, en primer lugar, es necesario que el encargo se haga entre una entidad adjudicadora y otra entidad distinta formalmente de ella, pero sobre la que ejerza un control análogo al que ejerce sobre sus propios servicios, de manera que no se puede afirmar que exista como tal, otra parte contratante, distinta de la adjudicadora. El segundo requisito es que la entidad

proveedora o instrumental debe realizar necesariamente la parte esencial de su actividad con el ente que la controla. A la vista de estos dos requisitos y, puesto que la empresa EMS BAEZA tiene el carácter de medio propio del Ayuntamiento de Baeza, no puede por tanto, admitirse que nos encontremos ante un supuesto en el que la primera pueda subcontratar con terceros las prestaciones o servicios que el Ayuntamiento le haya conferido, precisamente por ese carácter instrumental que presenta respecto de los mismos, puesto que la causa última de su creación ha sido la de atender las prestaciones o servicios que el Ayuntamiento le atribuya, en función de su capacidad de autoorganización. Esta técnica permite así que se pueda eximir de la aplicación de la legislación contractual administrativa la relación entre ambas entidades, teniendo en cuenta que el motivo de tal exención se encuentra en la capacidad de autoorganización de la entidad encomendada, por lo que, la relación entre ambas es de tipo instrumental y no contractual, interno, dependiente y subordinado. Por tanto, de acuerdo con lo expuesto, no pueden aplicarse aquí las limitaciones del artículo 210.2 e) de la Ley de Contratos, al no ser un caso de subcontratación. Por el mismo motivo, tampoco se puede afirmar que cuando el Ayuntamiento de Baeza encomienda la realización de una obra a EMS BAEZA, esta empresa no esté sujeta a limitación alguna, sin que, como lógica consecuencia del carácter instrumental respecto del Ayuntamiento que presenta, pueda contratar el 100% de la obra externamente. Por tanto, las únicas limitaciones que le resultan de aplicación son las contenidas en el artículo 24.4 de la LCSP, puesto que es este artículo el que contiene las normas que se van a aplicar a los medios propios, como es el caso que plantea la consulta.

CONCLUSION

Por lo expuesto, la Junta Consultiva de Contratación Administrativa considera que a una entidad que sea medio propio de otra, como es el caso de la empresa contenida dentro de la consulta, según señalan sus propios estatutos, no les resultan de aplicación las limitaciones del artículo 210.2 e) de la LCSP, debido a su propia naturaleza, así como, por el mismo motivo, no puede contratar el 100 % de la obra externamente, siendo de aplicación a la misma las limitaciones contenidas dentro del artículo 24.4 de la LCSP.