



Acord de la Comissió Permanent de la Junta Consultiva de Contractació Administrativa de 30 de setembre de 2011

Informe 4/2011, de 30 de setembre. Els encàrrecs de gestió. El reconeixement de la condició de mitjà propi i la impossibilitat de participar en les licitacions públiques que es deriva d'aquesta condició

Antecedents

1. La secretària general de la Conselleria de Medi Ambient i Mobilitat ha formulat la consulta següent a aquesta Junta Consultiva:

Per la present, i vist l'informe jurídic de 17 de maig de 2011, us sol·licit l'emissió d'informe en relació a les següents qüestions:

1. Si la previsió estatutària de que la Fundació Natura Parc tingui el caràcter de mitjà propi instrumental del Consorci per a la Recuperació de la Fauna de les Illes Balears (article 18 dels Estatuts del Consorci) s'ajusta a l'article 24.6 de la LCSP.
 2. Si la Fundació Natura Parc, entitat privada sense ànim de lucre, pot dur a terme, mitjançant conveni signat a l'efecte, la gestió humana, econòmica, tècnica i administrativa necessària per al desenvolupament de les activitats del Consorci i el compliment dels seus fins, atès que el Consorci és una administració pública als efectes prevists a la vigent legislació de contractes (Art. 3.2 LCSP).
 3. Si la Fundació Natura Parc, membre constituent del Consorci per a la Recuperació de la Fauna de les Illes Balears, i que a l'actualitat gestiona una part de les seves activitats mitjançant conveni, pot participar en procediments per a l'adjudicació de contractes convocats per la pròpia Conselleria de Medi Ambient i Mobilitat, als efectes prevists a l'article 9.3 del Decret 147/2000 en relació amb l'article 18.1 dels Estatuts del Consorci i amb els articles 24.6 i 4.1 de la LCSP.
2. La secretària general de la Conselleria de Medi Ambient i Mobilitat està legitimada per sol·licitar informes a la Junta Consultiva de Contractació, de conformitat amb l'article 12.1 del Decret 20/1997, de 7 de febrer, de creació d'aquesta Junta Consultiva, i l'article 15.1 del seu Reglament d'organització i funcionament, aprovat per l'Acord del Consell de Govern de 10 d'octubre de



1997. A l'escrit s'adjunta un informe jurídic, d'acord amb l'article 16.3 del Reglament. Per tant, es compleixen els requisits previs d'admissió per poder emetre l'informe sol·licitat.

Consideracions jurídiques

1. L'escrit de consulta planteja tres qüestions referents a les relacions entre la Conselleria de Medi Ambient i Mobilitat, el Consorci per a la Recuperació de la Fauna de les Illes Balears (en endavant, Consorci o COFIB) i la Fundació Natura Parc.

La primera qüestió plantejada fa referència a l'adequació dels Estatuts del COFIB, que atribueixen a la Fundació Natura Parc la condició de mitjà propi instrumental del Consorci, a l'article 24.6 de la Llei 30/2007, de 30 d'octubre, de contractes del sector públic (en endavant, LCSP).

La segona qüestió objecte de consulta és si la Fundació Natura Parc pot dur a terme, mitjançant un conveni signat a l'efecte, la gestió humana, econòmica, tècnica i administrativa necessària per al desenvolupament de les activitats del Consorci i el compliment dels seus fins.

Finalment, es demana si la Fundació Natura Parc pot participar en els procediments per a l'adjudicació de contractes convocats per la Conselleria de Medi Ambient i Mobilitat.

2. El denominat *contracte intern* o *in house providing* és una relació jurídica en què un poder adjudicador encarrega l'execució d'una obra o la prestació d'un servei a un ens instrumental amb personalitat jurídica pròpia sense aplicar la legislació contractual. Es tracta d'una manifestació de la potestat autoorganitzativa de les administracions públiques per la qual l'interès públic se satisfà mitjançant una activitat interna, i que s'inspira en la doctrina i la pràctica denominada en el món anglosaxó *in house providing* (literalment, 'subministrament domèstic o intern'). Si bé es tracta d'una modalitat de gestió admesa pel dret comunitari, és una excepció.

El Tribunal de Justícia de la Unió Europea ha elaborat una doctrina important en relació amb els contractes denominats *in house* o *in house providing*. Aquesta doctrina permet fer encàrrecs, que no tenen la consideració de contractes, a ens instrumentals amb personalitat jurídica pròpia sempre que es compleixin els requisits següents:



- Que l'encàrrec es formalitzi entre una entitat adjudicadora i una entitat formalment diferent d'aquesta però sobre la qual exerceix un control anàleg al que exerceix sobre els seus propis serveis.
- Que l'ens instrumental dugui a terme la part essencial de la seva activitat amb l'entitat o les entitats públiques que la controlen.
- Que el capital de l'ens instrumental sigui de titularitat totalment pública.

Aquesta Junta Consultiva ha analitzat en diverses ocasions la figura dels encàrrecs de gestió, com per exemple en els informes 1/2006, 2/2007, 4/2009, 6/2009, 1/2010 i en l'Informe 3/2011, que s'aprova en aquesta mateixa sessió, als quals ens remetem per a una explicació més detallada sobre la seva configuració.

3. La Llei de contractes ha incorporat la doctrina jurisprudencial del Tribunal de Justícia en relació amb els contractes *in house* en els articles 4.1 *n* i 24.6, de manera que l'LCSP conté una regulació més completa que la de les lleis de contractes precedents.

D'acord amb l'article 4.1 *n*, estan exclosos de l'àmbit subjectiu d'aplicació de l'LCSP els negocis jurídics en virtut dels quals s'encarregui a una entitat que, de conformitat amb el que assenyalava l'article 24.6, té atribuïda la condició de mitjà propi i servei tècnic del poder adjudicador que fa l'encàrrec, la realització d'una determinada prestació.

Per tant, aquest article engloba qualsevol negoci per mitjà del qual un poder adjudicador encarrega a un ens instrumental la realització d'una prestació de naturalesa contractual.

L'article 24.6 de l'LCSP disposa el següent:

Als efectes que preveuen aquest article i l'article 4.1.n), els ens, organismes i entitats del sector públic poden ser considerats mitjans propis i serveis tècnics d'aquells poders adjudicadors per als quals realitzin la part essencial de la seva activitat quan aquests tinguin sobre aquells un control anàleg al que poden exercir sobre els seus propis serveis. Si es tracta de societats, a més, la totalitat del seu capital ha de ser de titularitat pública.

En tot cas, s'entén que els poders adjudicadors tenen sobre un ens, organisme o entitat un control anàleg al que tenen sobre els seus propis serveis si poden conferir-los encàrrecs de gestió que siguin d'execució obligatòria per a aquests d'acord amb instruccions fixades unilateralment



per qui fa l'encàrrec i la retribució dels quals es fixi per referència a tarifes aprovades per l'entitat pública de la qual depenguin.

La condició de mitjà propi i servei tècnic de les entitats que compleixin els criteris esmentats en aquest apartat ha de ser reconeguda expressament per la norma que les creï o pels seus estatuts, que han de determinar les entitats respecte de les quals tenen aquesta condició i precisar el règim dels encàrrecs que se'ls poden conferir o les condicions en què se'ls poden adjudicar contractes, i ha de determinar per a aquestes la impossibilitat de participar en licitacions públiques convocades pels poders adjudicadors dels quals siguin mitjans propis, sens perjudici que, quan no hi hagi cap licitador, se'ls pugui encarregar l'execució de la prestació objecte de les licitacions.

Aquest article incorpora al dret espanyol els requisits de la jurisprudència comunitària per determinar si un ens pot ser considerat mitjà propi i servei tècnic d'un altre i, en conseqüència, pot rebre un encàrrec que està exclòs de l'LCSP, però, a més, afegeix, en el tercer paràgraf, un criteri de caràcter formal, perquè exigeix que la condició de mitjà propi i servei tècnic es reconegui expressament per la norma que creï l'entitat o pels seus estatuts, que han d'establir el règim dels encàrrecs que se'ls poden conferir.

4. La primera qüestió plantejada fa referència a l'adequació dels Estatuts del COFIB, que atribueixen a la Fundació Natura Parc la condició de mitjà propi instrumental del Consorci, a l'article 24.6 de la Llei de contractes.

El 26 de febrer de 2004, el titular de la Conselleria de Medi Ambient, en nom i representació de l'Administració de la Comunitat Autònoma de les Illes Balears, i la Fundació Natura Parc varen signar un conveni de col·laboració l'objecte del qual era la recuperació d'animals silvestres de les Illes Balears i la creació d'un consorci la finalitat del qual era la recuperació d'exemplars ferits de fauna silvestre de les Illes Balears, la captura o recollida d'exemplars de fauna exòtica i la cria en captivitat d'espècies de la fauna silvestre.

Prèviament, el 20 de febrer de 2004, el Consell de Govern havia autoritzat el conveni, i havia aprovat la constitució del Consorci i els Estatuts pels quals s'havia de regir. Tal com estableixen els Estatuts, el Consorci es constitueix d'acord amb les previsions de l'article 85 de la Llei 3/2003, de 26 de març, de règim jurídic de l'Administració de la Comunitat Autònoma de les Illes Balears, es regeix pels seus Estatuts i sotmet la seva activitat a l'ordenament autonòmic. A més, s'hi indica que el Consorci té personalitat pròpia i plena capacitat d'obrar, i que els membres constituents són l'Administració de la Comunitat Autònoma de



les Illes Balears, que actua a través de la Conselleria de Medi Ambient, i la Fundació Natura Parc, tot i que s'hi poden adherir les entitats o institucions públiques i altres persones físiques o jurídiques, públiques o privades sense ànim de lucre, que aportin la seva ajuda econòmica i/o material o de qualsevol altre tipus al compliment de la finalitat institucional del Consorci. Posteriorment, l'any 2007, es varen modificar els Estatuts del Consorci, entre d'altres motius, per modificar-ne la duració.

D'acord amb l'article 4 dels Estatuts, l'objecte del COFIB és gestionar i promoure, en el marc de la seva finalitat institucional, el desenvolupament de quantes activitats siguin necessàries per a la recuperació d'animals silvestres, d'exemplars ferits de fauna silvestre de les Illes Balears, la captura o recollida d'exemplars de fauna exòtica i la cria en captivitat d'espècies de la fauna silvestre. Aquest objecte es concreta en una sèrie d'activitats, entre les quals s'hi inclouen les funcions, actuacions i activitats que li siguin encomanades per la Conselleria de Medi Ambient i qualssevol altres activitats relacionades amb la finalitat institucional i l'objecte del Consorci que contribueixin al desenvolupament i compliment d'aquests.

L'article 18.1 dels Estatuts del COFIB disposa que als efectes prevists en la legislació de contractes, ambdues entitats consorciades tenen el caràcter de mitjans propis instrumentals del Consorci.

Com s'ha indicat en la consideració jurídica anterior, el tercer paràgraf de l'article 24.6 de la Llei de contractes afegeix als requisits que havia establert la jurisprudència comunitària per considerar que un negoci jurídic està exclòs de l'àmbit d'aplicació de les directives comunitàries, un criteri de caràcter formal, que resulta d'interès per respondre la primera consulta que es planteja. Aquesta Junta Consultiva ja s'havia pronunciat anteriorment sobre aquesta qüestió en l'Informe 1/2010, en els termes següents:

Així doncs, per poder rebre encàrrecs de gestió, la norma de creació o els estatuts d'una entitat han d'esmentar necessàriament que l'entitat té la condició de mitjà propi i servei tècnic d'una o diverses entitats, que s'han d'enumerar expressament, respecte de les quals es compleixen els requisits fixats per la jurisprudència comunitària, que s'enuncien en la consideració jurídica 3 d'aquest Informe.

Certament, l'esment en la norma de creació o els estatuts d'una entitat es podria considerar una presumpció del fet que es donen les circumstàncies exigides, en el sentit que hi ha una aparença de dependència entre elles, i que, per tant, els encàrrecs formalitzats entre l'entitat i aquelles altres



respecte de les quals s'ha atribuït la condició de mitjà propi i servei tècnic s'ajustarien a dret. No obstant això, s'ha de dir que el simple esment en la norma de creació o en els estatuts que una entitat té la condició de mitjà propi i servei tècnic d'una altra entitat sense que es compleixin els requisits exigits per la jurisprudència comunitària, no converteix aquella entitat en un mitjà propi.

Per tant, amb la finalitat d'evitar l'ús fraudulent d'aquesta tècnica organitzativa, és imprescindible verificar *ex ante* que es compleixen els requisits comunitaris, atès que s'ha de considerar contrari a dret l'esment d'entitats respecte de les quals no es compleixen els requisits comunitaris o l'ús d'expressions que pretenguin evidenciar que una entitat té la condició de mitjà propi i servei tècnic de qualsevol ens del sector públic.

D'aquesta manera, la Junta Consultiva va posar de manifest la possibilitat o, fins i tot, el risc que el contingut d'una norma de creació d'una entitat o els seus estatuts poguessin donar lloc a confusió o error respecte de la vertadera relació entre l'entitat a què es refereix la norma o els estatuts i l'entitat o entitats respecte de les quals es predica la condició de mitjà propi, en els casos en què, amb caràcter previ a la redacció d'aquests documents, no s'hagués fet una anàlisi rigorosa de la concurrència o no dels requisits exigits per la jurisprudència comunitària.

Cal tenir en compte, a més, pel que fa a la consulta plantejada, que el que exigeix l'LCSP és que siguin els estatuts o la norma de creació de l'entitat que té la condició de mitjà propi d'una altra, els que facin constar aquest extrem, i no a la inversa (és a dir, que una entitat manifesti en els seus estatuts o en la seva norma de creació que altres entitats tenen, amb relació a la primera, la condició de mitjà propi i servei tècnic).

Així, en el cas que se sotmet a consulta, els Estatuts del COFIB indiquen que la Fundació Natura Parc té la condició de mitjà propi del Consorci, però aquest fet no implica necessàriament que concorrin en la Fundació els requisits necessaris per atribuir-li aquesta condició, qüestió que s'hauria d'analitzar amb caràcter previ.

En conseqüència, es pot afirmar que la redacció dels Estatuts del COFIB, en relació amb aquesta qüestió, no s'adequa a l'article 24.6 de l'LCSP atès que aquesta previsió, per si sola, no pot determinar en cap cas la consideració de la Fundació Natura Parc com a mitjà propi del Consorci. A més, cal afirmar que els Estatuts donen lloc a confusió, atès que la seva redacció evidencia la manca d'una anàlisi prèvia de la concurrència dels requisits que permeten considerar



que una entitat té caràcter de mitjà propi d'una altra. De fet, resulta poc raonable considerar que una Administració territorial, l'Administració de la Comunitat Autònoma de les Illes Balears, pugui tenir la condició de mitjà propi d'un consorci en el qual participa, o que una fundació privada, com és el cas de la Fundació Natura Parc, pugui tenir aquesta mateixa condició.

Qüestió diferent, pel que fa al contingut dels Estatuts, seria que s'hi fes constar, de conformitat amb l'article 24.6, que el Consorci té la condició de mitjà propi i servei tècnic d'una altra entitat, sempre que, amb caràcter previ, s'hagués analitzat aquesta qüestió en profunditat.

Sembla evident, a judici d'aquesta Junta Consultiva, que, atès el temps transcorregut des de l'aprovació dels Estatuts, l'evolució de la doctrina comunitària en la matèria i els canvis normatius, és necessari adaptar els Estatuts del COFIB a l'ordenament jurídic actual, ni que sigui, tan sols, per eliminar aquells aspectes que poden donar lloc a confusió.

5. La segona qüestió objecte de consulta fa referència a la possibilitat que la Fundació Natura Parc dugui a terme, mitjançant un conveni signat a l'efecte, la gestió humana, econòmica, tècnica i administrativa del Consorci, possibilitat que preveu l'article 18.1 dels Estatuts del COFIB, en els termes següents:

La gestió humana, tècnica, econòmica i administrativa necessària per al desenvolupament de les activitats del Consorci i el compliment dels seus fins es podran dur a terme per qualsevol de les entitats consorciades, mitjançant conveni signat a l'efecte [...].

Cal assenyalar que la Junta Consultiva de Contractació Administrativa, com a òrgan consultiu en matèria de contractació, només es pronuncia sobre les qüestions relatives a contractació pública en els aspectes que presentin un dubte o una contradicció, però no sobre el contingut de convenis o sobre altres qüestions derivades de les relacions entre les entitats que participen en un consorci, atès que l'anàlisi de l'adequació a dret d'aquestes relacions i la seva instrumentació s'ha de fer des d'una òptica més ampla que l'estricta de la contractació pública, i tot això amb independència del fet que el Consorci sigui una administració pública als efectes previstos en la legislació de contractes.

6. Finalment, es planteja la possibilitat que la Fundació Natura Parc, membre constituent del COFIB, pugui participar en els procediments per a l'adjudicació de contractes convocats per la mateixa Conselleria, atesa la previsió estatutària que atribueix a la Fundació la condició de mitjà propi del Consorci.



Com hem vist, d'acord amb l'article 24.6 de l'LCSP, la condició de mitjà propi i servei tècnic d'un ens, organisme o entitat del sector públic respecte d'una altra entitat determina la impossibilitat que aquelles entitats participin en licitacions públiques convocades pels poders adjudicadors dels quals són mitjà propi, sens perjudici que, quan no hi hagi cap licitador, se'ls pugui encarregar l'execució de la prestació objecte de les licitacions. En un sentit similar es pronuncia l'article 9.3 del Decret 147/2000, de 10 de novembre, sobre contractació de la Comunitat Autònoma de les Illes Balears.

Per tant, el primer que s'ha de fer és analitzar si concorren en la Fundació Natura Parc els requisits necessaris perquè es pugui considerar que es tracta d'una entitat que té la consideració de mitjà propi de la Conselleria. En el cas que s'arribés a una conclusió afirmativa, operaria per a la Fundació la impossibilitat de participar en licitacions públiques convocades per la Conselleria, sens perjudici que, quan no hi hagués cap licitador, la Conselleria li pogués encarregar l'execució de la prestació objecte de les licitacions.

En canvi, en el cas que s'arribi a una conclusió negativa, és a dir, que no té la condició de mitjà propi, com es dedueix clarament de la naturalesa d'aquesta entitat, la Fundació no es veuria afectada per aquesta limitació, i podria, en principi, concórrer a les licitacions de la Conselleria.

No obstant tot això, cal tenir en compte els objectius i finalitats del Consorci, com també els recursos de què disposa per dur a terme la seva activitat, per, així, instrumentar les relacions que hi ha entre el Consorci, la Conselleria i la Fundació Natura Parc per mitjà dels acords interns que calguin, al marge de l'LCSP.

Conclusions

1. Només es pot atribuir la condició de mitjà propi i servei tècnic als ens, organismes i entitats del sector públic en què concorrin els requisits que exigeix l'article 24.6 de la Llei 30/2007, de 30 d'octubre, de contractes del sector públic, interpretats de conformitat amb la jurisprudència comunitària. La norma que creï aquestes entitats o els seus estatuts han de reconèixer expressament aquesta condició. En definitiva, la redacció dels Estatuts del COFIB, en relació amb aquesta qüestió, no s'adequa a l'article 24.6 de l'LCSP.
2. La possibilitat que la Fundació Natura Parc participi en les licitacions de la conselleria competent en matèria de medi ambient depèn de si concorren o no



en aquesta entitat els requisits per considerar-la com a mitjà propi de la Conselleria. Atès que es dedueix clarament que la Fundació Natura Parc no té aquesta condició, pot, en principi, concórrer a les licitacions de la Conselleria.