



Ref.: A.G. FOMENTO 2/18 (R – 403/2018)

Examinado, al amparo de lo dispuesto en la regla primera, apartado 1.h) de la Instrucción 3/2010, de 17 de mayo, sobre identificación y tratamiento de asuntos relevantes en el ámbito de la Abogacía del Estado y actuación procesal y consultiva de los Abogados del Estado, su borrador de informe sobre la interpretación de determinados aspectos de los artículos 32 y 33 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, este Centro Directivo emite informe en los siguientes términos:

ANTECEDENTES

1º) La Abogacía del Estado en el Ministerio de Fomento eleva consulta a este Centro Directivo ante las dudas interpretativas que suscitan diversos aspectos de los artículos 32 y 33 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se trasponen 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. Los citados preceptos regulan los encargos a medios propios personificados conferidos por los poderes adjudicadores (artículo 32) y por las entidades del sector público que no tengan la condición de poderes adjudicadores (artículo 33).

En concreto, se plantean a la Abogacía del Estado consultante las siguientes dudas con respecto a los artículos 32 y 33 de la LCSP:

1. Determinación del poder adjudicador que ha de prestar su conformidad previa a la calificación de una entidad como medio propio, y alcance de la misma.
2. Procedencia de identificación genérica o nominativa de los poderes adjudicadores que pueden conferir encargos al medio propio en sus estatutos.

3. Competencia y manera de acreditar que el medio propio cuenta con medios materiales humanos y necesarios para ejecutar el encargo en los términos definidos en sus estatutos.

4. Régimen jurídico de los encargos que debe figurar en los estatutos del medio propio.

5. Régimen jurídico de los encargos conferidos con arreglo al artículo 33 de la LCSP.

2º) En su propuesta de informe, la Abogacía del Estado en el Ministerio de Fomento formula, previos los razonamientos jurídicos pertinentes, las siguientes conclusiones:

“1. El poder adjudicador que ha de prestar su conformidad a la declaración de una entidad como medio propio en el sector público estatal es la AGE. El órgano competente dentro de la AGE para ello será el Consejo de Ministros mediante la aprobación o autorización de los estatutos de los medios propios.

2. Es posible que un medio propio pueda recibir encargos de todos los poderes adjudicadores del sector público estatal al existir entre el medio propio y la AGE, así como entre esos poderes adjudicadores y aquélla, idéntica relación de dependencia o vinculación, siempre que se cumplan los requisitos del artículo 32.2 de la LCSP, y a los efectos de este informe, singularmente que esa circunstancia esté prevista en los estatutos del medio propio.

Corresponde al Consejo de Ministros al aprobar o autorizar los estatutos de los medios propios determinar los poderes adjudicadores que pueden conferir encargos a un medio propio. Esta obligación se podrá hacer nominalmente, de forma genérica, o combinando ambas.

(...)

3.

Corresponde al órgano al que esté adscrito el medio propio o que ostente su tutela el verificar la memoria que confeccione éste, así como los documentos que la acompañan acreditativos de que cuenta con los medios

humanos y materiales necesarios para ejecutar los encargos previstos en sus estatutos.

(...)

4. La regulación legal de los encargos a medios propios del artículo 32 de la LCSP constituye un régimen mínimo y completo de esta figura. No obstante, el Consejo de Ministros puede establecer requisitos más estrictos que los previstos en la Ley, o incorporar limitaciones o exigencias adicionales a estos, al aprobar o autorizar los estatutos de un concreto medio propio.

5. A los encargos de entidades del sector público que no tienen la condición de poder adjudicador a medios propios regulados en el artículo 33 de la LCSP les son de aplicación las normas contenidas en el artículo 32.2.b) sobre cómputo de la actividad del medio propio, límites a la subcontratación recogidos tanto en el artículo 32.2.a) como 32.6, así como la prohibición de concurrir a licitaciones de la entidad que pueda conferir encargos, prevista en el artículo 32.2.d) de la LCSP, por una interpretación sistemática, teleológica, armónica del artículo 32 y 33 de dicho cuerpo legal.

Sin embargo, dada la redacción del número 8º del artículo 7 de la LIVA, los encargos formalizados al amparo del artículo 33 de la LCSP están sujetos al IVA, al proceder una interpretación restrictiva de las normas tributarias tal y como ordena el artículo 14 de la LGT”.

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

- I -

El artículo 32 de la LCSP contiene una extensa regulación de los encargos a medios propios personificados (antes, encomiendas de gestión) conferidas por los poderes adjudicadores, sin perjuicio (como así se dice expresamente en el apartado 1, *in fine*, de dicho precepto legal) de los requisitos establecidos para los medios propios del ámbito estatal en el artículo 86 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público (LRJSP).

La LCSP mantiene y desarrolla los requisitos que, con base en la jurisprudencia comunitaria (Sentencia Teckal, de 18 de noviembre de 1999, C-107/98; sentencia Stadt Halle y RPL Lochau, de 11 de enero de 2005, C-26/03; sentencia Parking Brixen, de 13 de octubre de 2005, C-458/03; sentencia Molding Elimi, de 10 de noviembre de 2005, C-29/04; sentencia ANAV, de 6 de abril de 2006, C-410/04; sentencia Carbotermo y Consorzio Alisei, de 11 de mayo de 2006, C-340/04; sentencia ASEMFO, de 19 de abril de 2007, C-295/05; sentencia Augusta, de 8 de abril de 2008, C-337/05; sentencia Pressetext Nachrichtenagentur, de 19 de junio de 2008, C-454/06; sentencia Coditel Bravant, de 13 de noviembre de 2008, C-324/07; sentencia Hamburgo, de 9 de junio de 2009, C-480/06; sentencia SEA Srl, de 10 de septiembre de 2009, C-523/07; sentencia Acoset, de 17 de octubre de 2009, C-196/08; sentencia Econord, de 29 de noviembre de 2012, C-182/11 y 183/11; sentencia Piepenbrock, de 13 de junio de 2013, C-386/11, entre otras), ya recogía el artículo 24.6 del derogado Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre (TRLCSPP) al regular las encomiendas de gestión, hoy “encargos a medios propios”. Concretamente, los encargos conferidos a medios propios personificados por parte de poderes adjudicadores exigen, en la LCSP, la concurrencia cumulativa de los siguientes requisitos:

1º. El requisito del control (artículo 32.2.a), o exigencia de que el poder adjudicador ejerza sobre el medio propio un control análogo al que ostenta sobre sus propios servicios. El referido control se concreta en la LCSP en la posibilidad de que el poder adjudicador ejerza una influencia decisiva sobre los objetivos estratégicos y decisiones significativas del medio propio.

2º. El requisito de la actividad (artículo 32.2.b), que implica que la parte esencial de la actividad del medio propio, que la LCSP concreta en un porcentaje superior al 80%, se lleve a cabo en ejercicio de cometidos conferidos por el poder adjudicador, o por otras personas jurídicas controladas del mismo modo por la entidad que hace el encargo. El artículo 32.2.b) de la LCSP regula la forma de computar el referido porcentaje de actividad del 80%: “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”, añadiendo que “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”.

3º. Exclusión de capital privado en el medio propio que sea una personificación jurídico- privada (artículo 32.2.c): cuando el ente destinatario del encargo sea una persona jurídico- privada, la totalidad de su capital o patrimonio tendrá que ser de titularidad o aportación pública.

4º. Requisito formal: el artículo 32.2.d) de la LCSP mantiene y desarrolla el requisito adicional ya establecido por el legislador español en el artículo 24.6 del TRLCSP, de que la condición de medio propio se reconozca expresamente en sus estatutos o normas de creación. Los estatutos o actos de creación deberán concretar los poderes adjudicadores de los que es medio propio, el régimen jurídico y administrativo de los encargos, y la imposibilidad de participar en las licitaciones convocadas por los poderes adjudicadores de los que la entidad sea medio propio personificado. A la aplicación práctica de este requisito formal del artículo 32.2.d) de la LCSP se refieren algunas de las dudas interpretativas objeto de consulta.

El artículo 32.2.d) de la LCSP establece, en concreto, lo siguiente:

“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:

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

2º. 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 2º de la presente letra cuando haya obtenido la correspondiente clasificación respecto a los Grupos, Subgrupos y Categorías que ostente.”

La primera cuestión objeto de consulta se refiere a la determinación del órgano al que corresponde efectuar la declaración de conformidad o autorización expresa de la condición de medio propio que se exige con carácter previo al reconocimiento de dicha condición de medio propio en los estatutos o actos de creación de la entidad.

En la propuesta de informe se razona que, dado que la LCSP admite expresamente las denominadas “*encomiendas horizontales*” (posibilidad de efectuar encargos por quien es medio propio de un determinado poder adjudicador a otra persona jurídica controlada, directa o indirectamente, por el mismo poder adjudicador que controla a la que efectúa el encargo), lo lógico es concluir que, dentro del sector público estatal, la conformidad o autorización expresa previa a la declaración del medio propio en los estatutos o normas de creación corresponda a la Administración General del Estado, como ente matriz



que controla, directa o indirectamente, a los demás organismos o entidades del sector público estatal. Y que, dentro de la Administración General del Estado, sea el Consejo de Ministros el órgano competente para prestar su conformidad a la declaración de una entidad como medio propio, al corresponder al Consejo de Ministros, conforme a la LRJSP, la aprobación o autorización de los estatutos de los medios propios. Se concluye, por todo ello, que *“el órgano competente dentro de la AGE para ello será el Consejo de Ministros mediante la aprobación o autorización de los estatutos de los medios propios”*.

A tenor de lo dispuesto en la LRJSP, cabe concluir que, efectivamente, corresponde al Consejo autorizar o aprobar los estatutos de las distintas entidades del sector público estatal que puedan ser declarados medios propios. Así, el artículo 91 de la LRJSP establece que los organismos públicos (organismos autónomos y entidades públicas empresariales) se crean por ley, si bien el anteproyecto de ley de creación del organismo público que se eleve al Consejo de Ministros deberá ir acompañado, entre otros documentos, de una propuesta de estatutos (que, consecuentemente, tendrá que aprobar el Consejo de Ministros). Por su parte, el artículo 114 de la LRJSP dispone que la creación de las sociedades mercantiles estatales se autorizará por acuerdo del Consejo de Ministros, debiendo acompañarse una propuesta de estatutos. La creación de los consorcios en los que participe el sector público estatal requiere, además de ley, un convenio de creación (del que formarán parte los estatutos) previamente autorizado por el Consejo de Ministros (artículo 123 de la LRJSP). Por último, el artículo 133.3 de la LRJSP establece que los estatutos de las fundaciones del sector público estatal se aprobarán por Real Decreto del Consejo de Ministros. Cabe, por todo ello, concluir, que los estatutos de los entes del sector público estatal que puedan ser declarados medios propios han de ser aprobados o autorizados por el Consejo de Ministros.

Ahora bien, el hecho de que, conforme a la LRJSP, corresponda al Consejo de Ministros autorizar o aprobar los estatutos de las entidades del sector público estatal no permite concluir, a juicio de este Centro Directivo, que necesaria y exclusivamente corresponda a dicho órgano prestar la previa conformidad o

autorización expresa para que un ente sea declarado medio propio en sus estatutos. Como se ha indicado, conforme al artículo 32.2.d) 1º de la LCSP, la condición de medio propio debe reconocerse expresamente en los estatutos o actos de creación del medio propio, previo cumplimiento del requisito de “conformidad o autorización expresa del poder adjudicador respecto del que vaya a ser medio propio”. Por tanto, el artículo 32.2.d)1º de la LCSP regula esta conformidad o autorización expresa como un trámite previo (y, por tanto, distinto), al de reconocimiento de tal condición de medio propio en los estatutos o actos de creación de la entidad, y refiere expresamente dicho trámite al “poder adjudicador respecto del que vaya a ser declarado medio propio”.

En este punto debe recordarse que, con base en la Directiva 2014/24/UE, la LCSP regula de forma novedosa, además de las encomiendas inversas del artículo 32.3 –supuestos en los que “la persona jurídica controlada, siendo un poder adjudicador, realice un encargo al poder adjudicador que la controla”–, las encomiendas horizontales –encargos entre el medio propio y otra persona jurídica controlada, directa o indirectamente, por el mismo poder adjudicador, siempre que no exista participación directa del capital privado en la persona jurídica que realiza el encargo (artículo 32.3 de la LCSP)–, y las encomiendas conjuntas –encargos a medios propios personificados que tengan tal consideración respecto de dos o más poderes adjudicadores que sean independientes entre sí, con sujeción a los requisitos del artículo 32.4 de la LCSP–. En consecuencia, cabe pensar que una misma entidad del sector público pueda ser declarada medio propio de varios poderes adjudicadores, pertenecientes a un mismo o a distintos sectores públicos (estatal, autonómico o local). Así lo prevé expresamente la LCSP respecto de las sociedades estatales TRAGSA y TRAGSATEC, que en la disposición adicional vigésima cuarta del referido texto legal se declaran medios propios personificados y servicios técnicos de la Administración General del Estado, de las Comunidades Autónomas, de las Ciudades de Ceuta y Melilla, de los Cabildos y Consejos Insulares, de las Diputaciones Forales del País Vasco, de las Diputaciones Provinciales y de las entidades del sector público dependientes de cualquiera de ellas.

En la medida en que, conforme a la LCSP, una misma entidad puede ser medio propio de varios poderes adjudicadores pertenecientes, incluso, a sectores públicos distintos, cobra sentido que el artículo 32.1.d)^{1º} exija que, con carácter previo al reconocimiento de la condición de medio propio en sus estatutos o normas de creación, el poder o los poderes adjudicadores de los que esa entidad vaya a ser medio propio presten su conformidad o autorización expresa. No tendría sentido que el Consejo de Ministros apruebe o autorice los estatutos de una entidad, declarando que es medio propio de poderes adjudicadores del sector público autonómico o local, sin que previamente los órganos competentes de las respectivas Administraciones territoriales (Comunidades Autónomas, Corporaciones Locales) hayan prestado su conformidad o autorización expresa.

La previa autorización o conformidad expresa del poder adjudicador respecto del que una entidad vaya a ser declarada medio propio responde, en definitiva, al doble objetivo de evitar que el ámbito subjetivo de los poderes adjudicadores de los que una entidad es medio propio se determine por una declaración unilateral del mismo medio propio, y de implicar activamente a los poderes adjudicadores en la determinación de los sujetos de los que un concreto medio propio podrá recibir encargos. No se trata de un requisito baladí, que pueda entenderse implícito en todo caso en el acto de aprobación o autorización de los estatutos o actos de creación del medio propio, sino una exigencia expresamente prevista por el legislador para reforzar el control sobre los encargos a medios propios, tal y como se declara en el Preámbulo de la LCSP: *“En la Ley, siguiendo las directrices de la nueva Directiva de contratación, han aumentado las exigencias que deben cumplir estas entidades (los medios propios), con lo que se evitan adjudicaciones directas que pueden menoscabar el principio de libre competencia. Se encuentran aquí requisitos tales como que la entidad que tenga el carácter de ‘medio propio’ disponga de medios personales y materiales adecuados para cumplir el encargo que se le haga, que haya recabado autorización del poder adjudicador del que dependa, que no tenga participación de una empresa privada y que no pueda realizar libremente en el mercado más de un 20 por ciento de su actividad”*.

Siendo claro que, por los motivos expuestos, la autorización o conformidad del poder adjudicador del que la entidad vaya a ser medio propio se configura en la LCSP como un trámite distinto y previo al de la aprobación o autorización de los estatutos o normas de creación que así lo recojan, y que dicha conformidad o autorización expresa se atribuye en el artículo 32.2.d)1º de la LCSP al “*poder adjudicador*” respecto del que el ente en cuestión vaya a ser medio propio, este Centro Directivo es consciente de que la aplicación literal de la regla competencial del citado precepto de la LCSP (que conllevaría que todos y cada uno de los poderes adjudicadores de los que una entidad vaya a declararse medio propio tengan que prestar su previa autorización o conformidad) puede ocasionar considerables problemas prácticos, que, en aras de la seguridad jurídica, deberían abordarse a través del correspondiente desarrollo reglamentario.

Entre tanto dicho desarrollo reglamentario no se produzca, este Centro Directivo, a quien no corresponde asumir competencias normativas, sólo puede ofrecer, a título meramente orientativo, unas pautas generales que, lógicamente, no pueden abarcar toda la casuística de las posibles situaciones que, en materia de encargos a medios propios, resultan amparadas por la LCSP. A este respecto, cabe distinguir, se insiste, sin ánimo de exhaustividad, y como pauta orientativa general, las siguientes hipótesis:

a) Supuestos en los que la entidad en cuestión vaya a ser declarada medio propio únicamente respecto de la Administración General del Estado. En estos casos, lo lógico es que exista una propuesta que parta del Ministerio al que está adscrita o que ejerza la tutela sobre la entidad que vaya a ser declarada medio propio. Dada la personalidad jurídica única de la Administración General del Estado, no parece admisible que la autorización o conformidad expresa haya de emitirse formalmente por todos los Departamentos ministeriales, sin perjuicio de que los mismos tengan ocasión de manifestar su parecer en la tramitación del Real Decreto por el que se aprueben o autoricen los estatutos del medio propio (artículo 26.8 de la Ley 50/1997, de 27 de noviembre, del Gobierno, en la redacción dada por la disposición final tercera. Doce de la LRJSP).

b) Cuando la entidad vaya a ser declarada medio propio de la Administración General del Estado y de todas o de alguna o algunas de las entidades del sector público estatal sería preciso, dado que cada una de esas Administraciones o entidades tiene personalidad jurídica propia, la conformidad o autorización de cada una de ellas (artículo 32.2.d.1º de la LCSP). Debiendo exigirse el cumplimiento de este requisito sustantivo o material, razones prácticas y operativas aconsejan, ya en el aspecto estrictamente formal o procedimental, que cada Departamento ministerial recabe el parecer de las entidades a él adscritas o dependientes de él (esto es, de las entidades respecto de las cuales vaya a ser declarada medio propio la entidad de que se trate), y que centralice y traslade esa información, de forma unitaria, al Ministerio proponente.

c) Si la entidad va a ser declarada medio propio de varias Administraciones Públicas territoriales, todas ellas deberán prestar su previa conformidad o autorización expresa a que en los estatutos o normas de creación de la entidad en cuestión se declare su condición de medio propio respecto de ellas. No parece, en este caso, admisible que la Administración territorial de la que principalmente dependa el medio propio o a la que corresponda la aprobación o autorización de sus estatutos o normas de creación presuponga la voluntad de las restantes en que dicha entidad sea declarada medio propio respecto de estas últimas, sin recabar su previa conformidad o autorización expresa.

d) Si se plantea extender la declaración de medio propio a varias Administraciones Públicas Territoriales y a todas o algunas de las entidades vinculadas o dependientes de cada una de ellas, cada entidad con personalidad jurídica propia debería manifestar su conformidad o autorización expresa, sin perjuicio de que, por las aludidas razones prácticas u operativas, esas mismas Administraciones Territoriales puedan recabar y trasladar de forma unitaria el criterio de las entidades a ellas vinculadas o dependientes.

e) Si la condición de medio propio se recoge no en una norma reglamentaria (Real Decreto de aprobación de los estatutos o de la norma de creación), sino en una norma con rango de ley, es lógico entender que la autorización o conformidad

previa del artículo 32.2.d)1º de la LCSP se encuentre implícita en la propuesta formulada por el Departamento o Departamentos ministeriales a iniciativa de los cuales se tramite el correspondiente anteproyecto de ley (con aplicación de las previsiones prácticas u operativas antes aludidas, en caso de que la declaración de medio propio vaya a abarcar a entidades vinculadas o dependientes de varios poderes adjudicadores), sin que, una vez iniciada la tramitación parlamentaria, sea necesario que el Consejo de Ministros o el Departamento ministerial tengan que complementar o matizar la decisión del legislador, y ello como obligada la consecuencia de la superior posición institucional de los Cuerpos Colegisladores y de la supremacía de la norma con rango de ley.

- II -

La segunda de las dudas interpretativas que se plantean respecto del artículo 32 de la LCSP se refiere a la procedencia de recoger en los estatutos del medio propio, una identificación genérica o nominativa, de los poderes adjudicadores que pueden conferirle encargos.

El artículo 32.2.d) de la LCSP dispone, a este respecto, que *“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...”*, y que *“los estatutos o acto de creación del ente destinatario del encargo deberán determinar: el poder adjudicador respecto del cual tiene esa condición; (...)”*.

Siendo claro que los estatutos o actos de creación del medio propio han de indicar expresamente el poder o poderes adjudicadores respecto de los que la entidad en cuestión tiene la condición de medio propio, nada se indica en la LCSP respecto de la forma (nominativa, genérica o mixta) en la que debe recogerse esa indicación. A estos efectos, será nominativa la redacción que recoja la denominación exacta de cada concreto poder adjudicador; será genérica la redacción que, sin concretar el nombre de los poderes adjudicadores respecto de los cuales la entidad se declara medio propio, contenga una redacción general

que, sin embargo, permite conocer qué poderes adjudicadores resultan incluidos en ella (v.g.: *“La entidad X se declara medio propio de todas las entidades del sector público estatal que tengan la condición de poderes adjudicadores”*); y será mixta cuando combine las dos fórmulas anteriores (v.g.: *“la entidad X se declara medio propio de la Administración General del Estado, de la entidad Y, y de las entidades vinculadas o dependientes de las dos anteriores que tengan la condición de poderes adjudicadores”*).

Nada obsta a que los estatutos o normas de creación mencionen *nominatim* a todos y cada uno de los poderes adjudicadores respecto de los cuales la entidad tendrá la condición de medio propio, solución que, frente a las ventajas de claridad y precisión que presenta, tiene el inconveniente de que, ante eventuales cambios de denominación, transformación o incluso supresión de alguno de los poderes adjudicadores expresamente mencionados, ocasione que el contenido de los estatutos o normas de creación del medio propio devengan obsoletos, con los inconvenientes que representa su constante actualización.

Siendo admisibles cualquiera de las fórmulas propuestas (indicación nominativa, genérica o mixta de los poderes adjudicadores de los que una entidad tiene la condición de medio propio), la elección de uno u otro sistema deberá ponderarse de forma casuística, a la vista de las concretas circunstancias concurrentes, resultando preferible, siempre que sea posible, la indicación mixta.

- III -

La tercera cuestión que se plantea respecto del artículo 32 de la LCSP es la relativa a la competencia y la forma de acreditar que el medio propio cuenta con medios materiales y necesarios para ejecutar el encargo en los términos definidos en sus estatutos. En concreto, el artículo 32.2.d) de la LCSP dispone que *“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: (...) 2º. Verificación por la entidad pública de la 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.” Y se añade en el último párrafo del citado precepto que “en todo caso, se presumirá que (el medio propio) cumple el requisito establecido en el número 2º de la presente letra cuando haya obtenido la correspondiente clasificación respecto a los Grupos, Subgrupos y categorías que ostente”.

En este punto debe tenerse en cuenta que, en el ámbito de la Administración General del Estado, la regulación del artículo 32.2.d)2º de la LCSP ha de completarse con lo dispuesto en materia de medios propios y servicios técnicos por el artículo 86 LRJSP (norma a la que remite expresamente el artículo 32.1 de la LRJSP), precepto que establece lo siguiente:

“1. Las entidades integrantes del sector público institucional podrán ser consideradas medios propios y servicios técnicos de los poderes adjudicadores y del resto de entes y sociedades que no tengan la consideración de poder adjudicador cuando cumplan las condiciones y requisitos establecidos en el Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por el Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre.

2. Tendrán la consideración de medio propio y servicio técnico cuando se acredite que, además de disponer de medios suficientes e idóneos para realizar prestaciones en el sector de actividad que se corresponda con su objeto social, de acuerdo con su norma o acuerdo de creación, se dé alguna de las circunstancias siguientes:

a) Sea una opción más eficiente que la contratación pública y resulta sostenible y eficaz, aplicando criterios de rentabilidad económica.

b) Resulte necesario por razones de seguridad pública o de urgencia en la necesidad de disponer de los bienes o servicios suministrados por el medio propio o servicio técnico.

Formará parte del control de eficacia de los medios propios y servicios técnicos la comprobación de la concurrencia de los mencionados requisitos.

En la denominación de las entidades integrantes del sector público institucional que tengan la condición de medio propio deberá figurar necesariamente la indicación «Medio Propio» o su abreviatura «M.P.».

3. A la propuesta de declaración de medio propio y servicio técnico deberá acompañarse una memoria justificativa que acredite lo dispuesto en el apartado anterior y deberá ser informada por la Intervención General de la Administración del Estado que vaya a declarar el medio propio y servicio técnico.”

En cuanto a la competencia y al procedimiento para efectuar la verificación de la suficiencia de medios materiales y personales del medio propio, este Centro Directivo reitera la conveniencia de que, por razones de seguridad jurídica, dichas cuestiones se regulen de forma detallada y expresa a través del correspondiente desarrollo reglamentario, que aclare e integre de una forma armónica y sistemática la regulación de ambos textos legales (LCSP y LRJSP).

Entre tanto, de la regulación vigente cabe extraer, con carácter general, las siguientes conclusiones provisionales:

1º. La competencia para verificar la suficiencia de medios materiales y personales del ente que va a ser declarado medio propio corresponde, conforme al artículo 32.2.d)2º de la LCSP, a “*la entidad pública de la que dependa en ente que vaya a ser medio propio*”. La referencia a “*entidad pública*” excluye la competencia que, a estos efectos, pudiera corresponder a entidades jurídico-privadas pertenecientes al sector público estatal (sociedades mercantiles estatales, fundaciones del sector público estatal); de esta forma, las entidades vinculadas o dependientes de estas últimas quedarán sometidas a la verificación de suficiencia de medios por la entidad pública de la que, en primera instancia, dependan. Adviértase que la LCSP no alude, en este punto, a “*Administración pública territorial*”, ni a la “*Administración de tutela*”, por lo que, siendo admisibles sucesivos grados o niveles de control (directo e indirecto) dentro de un mismo sector público, la competencia se habrá de entender atribuida a la primera entidad pública de la que dependa el ente que va a ser declarado medio propio.

2º. En cuanto al procedimiento o forma de acreditar la suficiencia de medios materiales y personales apropiados para verificar los encargos, a falta del necesario desarrollo reglamentario deberá tenerse en cuenta, con las adaptaciones que, en su caso, requiera la posterior aprobación de la LCSP, la Resolución de la Intervención General de la Administración del Estado (IGAE) de 6 de julio de 2017, por la que se aprueba la instrucción para la elaboración del informe a emitir en virtud del artículo 86.3 de la LRPSP.

Con arreglo a la citada Instrucción de la IGAE, el procedimiento de verificación se iniciará a solicitud de las entidades integrantes del sector público institucional que pretendan ser consideradas medios propios, que acompañarán una memoria justificativa, a la que se atribuya la naturaleza de declaración responsable, y en la que se acreditará el cumplimiento de los requisitos del artículo 86, entre los que se incluye la disposición de medios suficientes e idóneos para realizar las prestaciones en el sector de actividad que se corresponde con su objeto social (exigencia también prevista en el artículo 32 de las LCSP); todo ello acompañado de la documentación justificativa correspondiente (que, conforme al artículo 32.2.d) de la LCSP, podrá consistir en la clasificación que se haya reconocido al medio propio).

Tras la LCSP hay que entender que esa solicitud (declaración responsable) redactada por la entidad que vaya a ser declarada medio propio tiene que verificarse por la entidad pública de la que el medio propio vaya a depender o dependa.

Todo ello sin perjuicio del informe que, conforme al artículo 86.3 de la LRJSP, corresponda emitir a la IGAE.

La verificación de la suficiencia e idoneidad de medios materiales y personales del medio propio es, en todo caso, requisito previo para el reconocimiento de la condición de medio propio en sus estatutos o actos de creación.

- IV -

Procede examinar, en cuarto lugar, el régimen jurídico de los encargos que, conforme al artículo 32.2.d) de la LCSP, debe figurar en los estatutos del medio propio. La duda que se suscita a este respecto se refiere al alcance de la exigencia de que *“los estatutos o acto de creación del ente destinatario del encargo deberá (...) precisar el régimen jurídico y administrativo de los encargos que se les puede conferir”*.

Coincide este Centro Directivo con el proyecto de informe en que la regulación del artículo 32 de la LCSP es suficientemente detallada y completa, siendo, en principio, suficiente, que los estatutos o actos de creación remitan al régimen jurídico y administrativo previsto en dicho precepto, sin perjuicio de que, por constituir una regulación de mínimos, sean admisibles requisitos más estrictos, y de que puedan concretarse en los estatutos contenidos adicionales (como el régimen tarifario aplicable al medio propio, los límites temporales de duración y prórroga, el régimen de modificación del encargo, etc.).

- V -

Por último, se plantean dudas sobre el régimen de los encargos conferidos por los poderes no adjudicadores conforme al artículo 33 de la LCSP, a cuyo tenor:

“1. Las entidades del sector público que no tengan la consideración de poder adjudicador podrán ejecutar de manera directa prestaciones propias de los contratos de obras, suministros, servicios, concesión de obras y concesión de servicios a cambio de una compensación valiéndose de otra persona jurídica distinta a ellos, 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 el apartado siguiente. El encargo que cumpla estos requisitos no tendrá la consideración de contrato.

2. Tendrán la consideración de medio propio personificado respecto de una entidad perteneciente al sector público que no tenga la consideración de poder adjudicador, aquellas personas jurídicas, de derecho público o de derecho privado, que cumplan todos y cada uno de los requisitos siguientes:

a) Que el ente que hace el encargo ostente control, directo o indirecto, en el sentido del artículo 42 del Código de Comercio, sobre el ente destinatario del mismo.

b) Que la totalidad del capital social o patrimonio del ente destinatario del encargo sea de titularidad pública.

c) 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 la entidad que realiza el encargo y que lo controla o por otras personas jurídicas controladas del mismo modo por la entidad que realiza el encargo.

El cumplimiento efectivo del requisito establecido en la presente letra deberá quedar reflejado en la Memoria integrante de las Cuentas Anuales del ente destinatario del encargo y, en consecuencia, ser objeto de verificación por el auditor de cuentas en la realización de la auditoría de dichas cuentas anuales de conformidad con la normativa reguladora de la actividad de auditoría de cuentas.

3. El apartado 2 del presente artículo también se aplicará en los casos en que una persona jurídica del sector público estatal realice un encargo a otra persona jurídica del sector público estatal, siempre que una de ellas, ya sea la que realiza el encargo o la que lo recibe, ejerza el control de la otra o participe directa o indirectamente en su capital social.”

En la propuesta de informe se examinan dos tipos de cuestiones. En primer lugar, la aplicación o no a los encargos efectuados por los poderes no adjudicadores (artículo 33 de la LCSP) de determinadas limitaciones establecidas en la regulación de los encargos por poderes adjudicadores en el artículo 32 (concretamente, las reglas de cálculo del porcentaje de actividad realizada por el medio propio a favor de entidades del sector público estatal, las limitaciones a la contratación de terceros para la ejecución parcial del encargo, y la prohibición de que el medio propio pueda concurrir a licitaciones de la entidad o entidades que puedan conferirle encargos). Y, en segundo lugar, si la regla de no sujeción al Impuesto sobre el Valor Añadido de los servicios prestados en virtud de encargos

del artículo 32 de la LCSP (artículo 7.8º de la Ley 37/1992, de 28 de diciembre, del IVA, en la redacción dada por la disposición final décima de la LCSP), resulta aplicable a los servicios prestados en ejecución de encargos efectuados por poderes no adjudicadores, del artículo 33 de la LCSP.

Ambas cuestiones se examinarán seguidamente:

A) Respecto al primer grupo de cuestiones, concluye la propuesta de informe que, conforme a una interpretación sistemática, teleológica y armónica de los artículos 32 y 33 de la LCSP, ha de entenderse que los encargos a medios propios por parte de poderes no adjudicadores quedan sometidos a las normas del artículo 32.2.b) sobre cómputo de la actividad del medio propio, a los límites a la subcontratación de los artículos 32.2.a) y 32.6, y a la prohibición de concurrir a licitaciones de la entidad que pueda conferir los encargos, del artículo 32.2.d) de la LCSP.

a) Aplicación a los encargos a medios propios del artículo 33 de la LCSP, de las reglas sobre cómputo del porcentaje de actividad del artículo 32.2.b) de dicho texto legal.

En cuanto al cómputo del porcentaje de actividad ejecutado por el medio propio, el artículo 33.2.c) de la LCSP exige *“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 la entidad que realiza el encargo y que lo controla o por otras personas jurídicas controladas del mismo modo por la entidad que realiza en encargo”*, y que el cumplimiento efectivo de dicho requisito deba *“quedar reflejado en la memoria integrante de las Cuentas Anuales del ente destinatario del encargo y, en consecuencia, ser objeto de verificación por el auditor de cuentas en la realización de la auditoría de dichas cuentas anuales de conformidad con la normativa reguladora de la actividad de auditoría de cuentas”*, redacción idéntica a la del artículo 32.2.b) de la LCSP. Pero, a diferencia de lo que sucede respecto de los encargos a medios propios por poderes adjudicadores (artículo 32.2.b), no establece el artículo 33.2 ninguna regla en

cuanto a la forma de computar ese porcentaje del 80 por ciento de actividad que el medio propio ha de realizar a favor de un poder no adjudicador.

Cabría entender que la falta de regulación respecto del cálculo del porcentaje del 80 por ciento en los encargos a medios propios por poderes no adjudicadores responde a una decisión consciente y deliberada del legislador, esto es, a una voluntaria indefinición destinada a suavizar o flexibilizar el régimen de los encargos a medios propios cuando se efectúen por poderes no adjudicadores, máxime cuando, en otros supuestos, como es el caso de las encomiendas conjuntas del artículo 32.4.b), el legislador ha efectuado una remisión expresa al artículo 32.2.b): *“el cálculo del 80 por ciento se hará de acuerdo con lo establecido en la letra b) del apartado 2 de este artículo”*.

Pero también podría pensarse que, siendo idéntica la configuración legal del requisito de actividad en los artículos 32 y 33 de la LCSP, está implícita la voluntad del legislador de considerar aplicables, en los supuestos del artículo 33, las reglas generales que para el cálculo del requisito del 80 por ciento de la actividad se establecen en el artículo 32, pues cuando el legislador ha querido establecer alguna diferencia, lo ha hecho expresamente, como ocurre con la regulación del requisito del control del artículo 33.2.a) de la LCSP, que se flexibiliza respecto de la regulación general del artículo 32.2.a).

En la duda, y a falta de previsión expresa en el artículo 33 de la LCSP respecto a la forma de computar el 80 por ciento de la actividad que el medio propio ha de prestar a favor del poder no adjudicador que realiza la encomienda (o de otras personas controladas del mismo modo por la entidad que realiza el encargo), lo apropiado es acudir a la regulación contenida en el artículo 32, que es el precepto que con mayor detalle regula los requisitos de los encargos a medios propios, y que contiene en este punto unas reglas que son razonablemente trasladables a los encargos a medios propios conferidos por poderes no adjudicadores. Efectivamente, el artículo 32.2.b) de la LCSP contiene unos criterios para el cálculo del porcentaje de actividad que, por su amplitud y generalidad, permiten suplir la laguna legal que ocasiona el artículo 33: para

calcular el 80 por ciento de las actividades del medio propio, el artículo 32.2.b) exige atender al promedio del volumen global de negocios, a 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, todo ello referido a los tres ejercicios anteriores al de formalización del encargo, y 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 éste, el volumen global de negocios, u otro indicador alternativo de actividad 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.

A lo dicho cabe añadir otra consideración que justifica acudir a la regla de cálculo del repetido porcentaje que establece el artículo 32. 2 b) de la LCSP. En efecto, exigido ese porcentaje resulta inexcusable determinar la regla de su cálculo. Así las cosas, no tendría sentido que el cálculo de ese porcentaje se determinase por una regla establecida a otros efectos en una norma ajena *ratione materiae* a la LCSP. En la necesidad de determinar la regla de cálculo de dicho porcentaje, lo coherente es acudir al texto legal (LCSP) en el que, además de establecerse la exigencia del mismo, se contiene (artículo 32.2 b) una regla para su cálculo *ad hoc*, y no acudir a otro texto legal que no guarde relación con la contratación. Dicho en otros términos, toda norma jurídica, especialmente aquella que regule de forma completa y pormenorizada una determinada material –tal es el caso de la LCSP– tiene virtualidad autointegradora, por lo que las lagunas que pudieran advertirse deben ser solventadas acudiendo a dicha norma.

b) Aplicación a los encargos a medios propios del artículo 33 de la LCSP de la regla del artículo 32.2.d), que prohíbe acudir a las licitaciones convocadas por los poderes adjudicadores de los que sean medio propio.

Las mismas dudas antes expuestas se suscitan también respecto a la aplicación a los encargos conferidos a medios propios por poderes no adjudicadores (artículo 33) de la prohibición de concurrir a las licitaciones públicas convocadas por éstos (regla recogida respecto de los encargos a medios propios por poderes adjudicadores en el artículo 32.2.d).2º de la LCSP).

Es cierto que el artículo 33 de la LCSP, al regular los encargos de los poderes no adjudicadores, no exige el requisito formal de que la condición de medio propio sea reconocida expresamente en sus estatutos o normas de creación, de donde podría deducirse que, consecuentemente, dichos estatutos tampoco han de recoger expresamente la prohibición de concurrir a las licitaciones de los poderes no adjudicadores que pueden conferirles los encargos.

Pero, estando las entidades del sector público que no tengan la condición de poderes adjudicadores sujetas, entre otros, a los principios de publicidad, concurrencia, transparencia, igualdad y no discriminación (artículo 321.1 de la LCSP), y siendo los encargos a medios propios excepciones a dichos principios, parece lógico evitar un recurso excesivo o abusivo a los medios propios que les otorgue ventajas competitivas en el mercado, lo que sucedería si, por una parte, recibieran, en su condición de medios propios, encargos directos sin publicidad ni concurrencia, en contratos de objetos coincidentes a los de los contratos típicos regulados en la LCSP, y por otra parte, pudieran concurrir, además, a las licitaciones convocadas por las entidades de las que son medio propio (ya se trate de poderes adjudicadores, o de poderes no adjudicadores). La *ratio* o fundamento de la prohibición de concurrir a licitaciones de los entes respecto de los que una entidad se declara medio propio concurre tanto si dichas entidades son poderes adjudicadores como si, distintamente, tienen la condición de poderes no adjudicadores, y una solución diferente de la que aquí se postula puede atribuir ventajas competitivas al medio propio respecto del resto de operadores del mercado, que ven reducido este mercado al no poder optar por encargos directos, y tendrían que competir, además, con los medios propios en las licitaciones convocadas, con publicidad y concurrencia, por los entes que pueden conferir encargos directos a los medios propios.

La prohibición de que los medios propios concurren a las licitaciones convocadas por los poderes adjudicadores que los controlan es un requisito esencial de la figura del *in house providing*. Este requisito se justifica en la consideración de que dicha figura es una excepción al sistema de publicidad y concurrencia con que se organiza la contratación pública y tal excepción sólo se puede mantener si no altera o falsea la competencia. Esta última condición –que no se falsee o altere la competencia–, verdadero fundamento de la técnica del *in house providing*, se cumple si el medio propio no actúa como un agente u operador económico más, pues en tal caso se falsearía la competencia: el medio propio, además de recibir encargos sin competir para ello (obteniendo así la correspondiente ganancia), participaría en las licitaciones, como un operador económico más, que convoca el poder adjudicador del que depende.

c) Aplicación a los encargos a medios propios de las limitaciones a la “subcontratación”.

Prima facie, parece discutible la aplicación a los supuestos del artículo 33 de la LCSP (encargos a medios propios efectuados por poderes no adjudicadores) de las limitaciones a la contratación parcial con terceros del artículo 32.7 de la LCSP, con arreglo al cual “*el importe de las prestaciones parciales que el medio propio pueda contratar con terceros no excederá del 50 por ciento de la cuantía del encargo*” (ello sin perjuicio de las excepciones puntuales que se establecen en el párrafo siguiente, relativas a encargos de concesión de obra o servicios, de gestión de servicios públicos mediante la creación de entidades de derecho público destinadas a este fin, o a través de una sociedad de derecho privado con capital íntegramente público).

El hecho de que una disposición similar a la establecida en el artículo 32.7.b) de la LCSP respecto de los encargos de poderes adjudicadores no se contenga en el artículo 33, podría entenderse como expresión de la voluntad del legislador de flexibilizar la regulación de los encargos a medios propios cuando quienes los

realicen sean poderes no adjudicadores, supuesto no regulado en la Directiva 2014/24/UE y en el que el legislador interno goza, por tanto, de mayor libertad.

En este sentido, cabría argumentar que el requisito de que ahora se trata no viene exigido por la normativa comunitaria, sino que ha sido establecido adicionalmente por el legislador español, opción perfectamente admisible desde el momento en que las Directivas comunitarias son, en este punto, un Derecho *de minimis* sobre el que el legislador interno puede establecer exigencias más estrictas que, lejos de vulnerar los principios en los que se asienta la contratación pública (de los que los encargos a medios propios o supuestos de *in house providing* son excepción), los potencian o refuerzan.

Ahora bien, la concreta limitación a la contratación con terceros de prestaciones parciales del encargo, prevista en el artículo 32.7.b) de la LCSP, parte de la premisa, consustancial a la noción del medio propio, de que éste dispone de medios materiales o personales suficientes y adecuados para ejecutar el encargo. Si la normativa aplicable (comunitaria y española) permite no convocar una licitación y, en su lugar, efectuar un encargo directo a un medio propio, obviando los principios de publicidad y concurrencia, ello es porque la Administración o entidad contratante dispone de un medio propio o servicio técnico *ad hoc* con el que puede (por disponer éste de medios materiales y personales adecuados e idóneos) satisfacer directamente las necesidades de interés general que subyacen en la contratación. Sería contrario no sólo a los principios de igualdad y concurrencia, sino también al propio concepto de medio propio adjudicar directamente un encargo a una entidad que, por carecer de medios personales y materiales suficientes para dar cumplimiento a los encargos que reciba, tenga que contratar la mayor parte de las prestaciones que conforman el encargo con terceros. Como se indicó en el informe de la entonces Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado 13/12, de 27 de diciembre de 2012, *“para que el encargo o encomienda se le pueda realizar a la entidad medio propio o servicio técnico instrumental y no exista contrato, al existir en realidad una sola voluntad, es necesario que se dé el requisito material sustancial para que exista ejecución directa y se pueda emplear la figura, a saber: que ese*

medio propio o servicio técnico sea suficientemente apto para ejecutar la prestación. En nuestro caso, no cabe encomienda ni encargo alguno, so pena de incurrir en fraude de ley, si la entidad medio propio o servicio técnico no es suficientemente apta para ejecutar la prestación”, exigencia que, como ha quedado expuesto, ha positivado también el artículo 86.2 de la LRJSP.

Estas razones son predicables, a juicio de este Centro Directivo, tanto si el encargo a un medio propio lo efectúan poderes adjudicadores como entidades del sector público que no tengan la condición de poder adjudicador, pues en ambos casos se trata de un mismo y único concepto –medio propio–.

A modo de recapitulación, las consideraciones expuestas justifican suficientemente a juicio de este Centro Directivo que a los encargos a medios propios del artículo 33 (encargos conferidos por poderes no adjudicadores) son aplicables las reglas para el cálculo del porcentaje del 80 por ciento de la actividad del artículo 32.2.b), las limitaciones que, en materia de concurrencia del medio propio a licitaciones convocadas por los entes de quienes pueden recibir los encargos, y de contratación con terceros de prestaciones parciales del encargo que establecen, respectivamente, los artículos 32.2.d.2º) y 32.7.b) de la LCSP.

El criterio de este Centro Directivo sobre la aplicación de las reglas de los artículos 32.2.b) –regla de cálculo del porcentaje del 80 por ciento–, 32.7.b) –limitaciones a la “subcontratación”– y 32.2.d) 2º –prohibición de acudir a las licitaciones convocadas por los poderes adjudicadores de los que sean medio propio– a los encargos a medios propios a que se refiere el artículo 33 de la LCSP, fundamentado en las consideraciones precedentemente expuestas, no parece, sin embargo, seguido por la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado –“*órgano específico de regulación y consulta en materia de contratación pública del sector público estatal*”, conforme al artículo 328 de la LCSP– en su informe 29/2018, de 5 de abril de 2018, en el que se aborda, concretamente, la interpretación del artículo 33.3 de la LCSP y, en particular, si el citado precepto “*posibilita la existencia de encargos entre entidades del sector público estatal,*

siempre que exista una relación de control, en los términos fijados en el repetido apartado 3 y sin necesidad de cumplir cada uno de los requisitos previstos con anterioridad”.

En contestación a la consulta formulada por la sociedad mercantil estatal CESCE (que indicaba en su escrito de consulta que el contenido del artículo 33.3 de la LCSP responde a una propuesta formulada por el Ministerio de Economía, Industria y Competitividad durante la tramitación del anteproyecto de la Ley de Contratos del Sector Público, basada en la necesidad de que las entidades del sector público institucional pudieran seguir contratando con sus filiales, con independencia de la consideración de las mismas como medio propio) la Junta Consultiva examina el contenido y alcance del artículo 33.3 de la LCSP, como supuesto especial dentro de la regulación de los encargos a medios propios por entidades del sector público que no tengan la condición de poderes adjudicadores del artículo 33. Y admite que el supuesto del referido apartado 3 del artículo 33 tiene un contenido más flexible que el que, con carácter general, establecen los apartados 1 y 2 del artículo 33 para los encargos a medios propios por poderes no adjudicadores.

En concreto, concluye la Junta lo siguiente:

“5. Teniendo en cuenta lo anterior cabe señalar que esto es lo que ha acontecido en la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público en su artículo 33. La lectura del precepto pone de manifiesto en el apartado primero la intención del legislador de permitir los encargos realizados por entidades del sector público que no tengan la consideración de poderes adjudicadores a otras personas jurídicas que tengan la condición de medio propio personificado respecto de ellos. Para disfrutar de esta condición las personas jurídicas, sin distinción si son de derecho público o de derecho privado, deben cumplir todos los requisitos señalados en el apartado segundo con carácter general, estos es, control directo o indirecto, totalidad del capital social o del patrimonio de titularidad pública y actividad predominantemente realizada en el ejercicio de los cometidos que le han sido confiados por la entidad que realiza el encargo.

Por su parte, el apartado tercero, objeto de la presente consulta, nos dice que el apartado 2 del presente artículo también se aplicará en los casos en que una persona jurídica del sector público estatal realice un encargo a otra

persona jurídica del sector público estatal, siempre que una de ellas, ya sea la que realiza el encargo o la que lo recibe, ejerza el control de la otra o participe directa o indirectamente en su capital social.

La comparación entre ambos apartados debe hacerse desde diversos puntos de vista porque aparentemente se podría considerar que son coextensos en algún punto y que la aplicación de alguno de ellos implica la inaplicación del otro. Desde el punto de vista de los requisitos exigidos, si ya el apartado segundo recoge una cierta flexibilización en relación con el requisito del control análogo, –siendo parecidos a los del artículo 32 los restantes- en el apartado tercero la flexibilización es mucho más notable en la medida en que el control no está caracterizado jurídicamente del mismo modo y a que se alude de modo alternativo a la participación, directa o indirecta, en el capital social. Como los conceptos contenidos en ambos apartados no son exactamente idénticos podría plantearse la existencia de una antinomia legal y, sin embargo, en el apartado tercero se delimita el ámbito subjetivo de las entidades del sector público a las que es aplicable la mayor flexibilización que el mismo contiene, evitando con ello la contradicción legal, ya que en él se alude exclusivamente al sector público estatal. Por esta razón parece razonable entender que en el apartado segundo del artículo 33 se alude a las entidades del sector público en general mientras que en el apartado tercero se particulariza mediante una norma especial en las entidades del sector público estatal, respecto de las cuales se establece una notable flexibilización que permitiría entender que basta con acreditar un control o una participación en el capital de otra entidad del sector público para justificar el recurso al encargo.

6. Esta conclusión es coherente con la referencia que la consulta realiza a la propuesta del Ministerio de Economía, Industria y Competitividad. Además, perfectamente puede entenderse que la expresión legal (quizás no muy afortunada) de que ‘El apartado 2 del presente artículo también se aplicará en los casos en que una persona jurídica del sector público estatal realice un encargo a otra persona jurídica del sector público estatal’ no requiere una remisión al apartado segundo en bloque, es decir, tanto a los requisitos como a la consecuencia que anuda su cumplimiento, sino que bastaría con entender que la intención del legislador al remitirse al apartado segundo es simplemente la de considerar que cuando se cumplan los requisitos específicos establecidos para las entidades del sector público estatal la consecuencia es que se puede considerar que la entidad receptora del encargo cumple la condición de ser medio propio que exige el apartado primero y que, en lógica consecuencia, jurídicamente es viable acudir a la figura del encargo. Este criterio es congruente también con la expresión empleada por el legislador en el apartado tercero del artículo 32, en el que claramente se aplica la consecuencia pero no todos los requisitos señalados en el 32.2 para los medios propios, en la medida en que se limitan al control y a la no existencia de capital privado en la persona

controlada en el caso de las encomiendas ascendentes o de las horizontales.

7. En conclusión, esta Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado entiende que en los casos en que entidades del sector público que no son poderes adjudicadores tengan el control o participen en el capital de otras entidades de la misma naturaleza podrán acudir a la figura del encargo a medios propios prevista en el artículo 33.3 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público sin tener que sujetarse a las reglas de contratación establecidas para ellas. Esta conclusión no debe interpretarse como una restricción de la competencia en el sector concreto de que se trate puesto que la función estrictamente mercantil o industrial que cumplen estas entidades justifica sobradamente, tal como hemos visto que señalan los considerandos de la Directiva, que se pueda acudir a la figura del encargo para con empresas del mismo grupo empresarial sin que con ello se afecte a la libre competencia. Otra conclusión supondría alcanzar resultados ilógicos, pues supondría que una entidad que realiza una actividad estrictamente privada en un mercado en el que compite en estricta igualdad de condiciones no pueda emplear sus propios recursos (las empresas de su grupo empresarial) para atender a sus propias necesidades.”

La afirmación de que el apartado 3 del artículo 33 constituye una norma especial referida al sector público estatal, que establece una notable flexibilización que permite entender que basta con acreditar un control o una participación en el capital de otra entidad del sector público estatal para justificar el recurso al encargo, así como la indicación de que el citado apartado aplica la consecuencia que se establece en el apartado 2 del propio artículo 33 –admisibilidad de los encargos– y no tanto los requisitos exigidos en esta última norma permiten entender, como se ha indicado, que la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado no parecen seguir <el criterio de este Centro Directivo.

B) Resta examinar si resulta aplicable a los encargos a medios propios del artículo 33 de la LCSP la regla de la no sujeción al Impuesto sobre el Valor Añadido (IVA) prevista en el artículo 7.8º.C) de la Ley 37/1992, de 28 de diciembre, del Impuesto sobre el Valor Añadido (LIVA), en la redacción dada por la disposición final décima de la LCSP, precepto que dispone lo siguiente:

“C) No estarán sujetos al Impuesto los servicios prestados en virtud de los encargos ejecutados por los entes, organismos y entidades del sector

público que ostenten, de conformidad con lo establecido en el artículo 32 de la Ley de Contratos del Sector Público, la condición de medio propio personificado del poder adjudicador que haya ordenado el encargo, en los términos establecidos en el artículo 32.”

Este Centro Directivo comparte la conclusión de la propuesta de informe que se eleva a consulta, con arreglo a la cual no es posible entender aplicable la referida regla de no sujeción al IVA a los encargos a medios propios del artículo 33 de la LCSP. Y ello por los siguientes motivos:

a) La literalidad del precepto no deja lugar a dudas de que el ámbito de la regla de no sujeción que en él se establece se circunscribe a los encargos a medios propios efectuados por poderes adjudicadores al amparo del artículo 32 de la LCSP.

b) Desde el punto de vista lógico y teleológico o finalista, tiene sentido que la referida regla de no sujeción se declare aplicable a los encargos a medios propios conferidos por poderes adjudicadores y no a los conferidos por entidades del sector público que no tengan la condición de poderes no adjudicadores. Y ello porque la distinción entre uno y otro tipo de entidades (poderes adjudicadores y poderes no adjudicadores) radica, en última instancia, en el carácter mercantil o industrial de su objeto (artículo 3.3. de la LCSP). Estando legalmente caracterizados los poderes adjudicadores por la circunstancia de haber sido creados para satisfacer necesidades de interés general que no tengan carácter mercantil o industrial, y siendo lo propio o característico de los poderes no adjudicadores precisamente el carácter mercantil o industrial de su actividad, resulta lógico que a los primeros se declare la no sujeción al IVA respecto de los servicios prestados en virtud de encargos realizados a sus medios propios, y que no se declare esa regla de no sujeción respecto de los segundos (poderes no adjudicadores) desde el momento en que el citado tributo grava precisamente el tráfico mercantil como resulta de la definición de hecho imponible recogida en el artículo 4 de la LIVA.

En atención a lo expuesto, la Abogacía General del Estado- Dirección del Servicio Jurídico del Estado formula las siguientes

CONCLUSIONES

Primera.- La autorización o conformidad del poder adjudicador del que la entidad de que en cada caso se trate vaya a ser medio propio se configura en el artículo 32.2.d).1º de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público como un trámite distinto y previo al de la aprobación o autorización de los estatutos o normas de creación que así lo recojan.

Dada la admisión de diversas modalidades de encargos a medios propios en la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, la aplicación literal de la regla competencial del artículo 32.2.d).1º de dicho texto legal (que conllevaría que todos y cada uno de los poderes adjudicadores de los que una entidad vaya a declararse medio propio tengan que prestar su previa autorización o conformidad) puede ocasionar considerables problemas prácticos que, en aras de la seguridad jurídica, deberían abordarse a través del correspondiente desarrollo reglamentario.

Entre tanto dicho desarrollo reglamentario no se produzca, pueden tomarse como criterios orientativos los que se recogen en el fundamento jurídico I del presente informe.

Segunda.- La determinación de los poderes adjudicadores respecto de los que una entidad del sector público tiene la condición de medio propio puede recogerse en los estatutos o actos de creación del medio propio de forma nominativa, genérica o mixta, resultando preferible, siempre que sea posible, la indicación genérica.

Tercera.- En cuanto a la competencia y la forma de acreditar que el medio propio cuenta con medios materiales y personales necesarios para ejecutar el encargo, de conformidad con su objeto social, este Centro Directivo considera

conveniente que, por razones de seguridad jurídica, dichas cuestiones se regulen de forma detallada y expresa a través del correspondiente desarrollo reglamentario, que aclare e integre de una forma armónica y sistemática la regulación contenida en la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, y en la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público. Entre tanto, pueden tenerse en cuenta las consideraciones efectuadas en el fundamento jurídico III del presente informe.

Cuarta.- El régimen jurídico y administrativo de los encargos que se le puedan conferir a un medio propio puede recogerse en sus estatutos o actor de creación por remisión al artículo 32 de la LCSP, que contiene una regulación detallada y completa, sin perjuicio de que, por constituir una regulación de mínimos, sean admisibles requisitos más estrictos o contenidos adicionales (como el régimen tarifario aplicable a los encargos, la duración y prórrogas o la admisión y límites a las modificaciones).

Quinta.- En criterio de esta Abogacía General del Estado- Dirección General del Servicio Jurídico del Estado, existe fundamento jurídico suficiente para considerar aplicables a los encargos a medios propios del artículo 33 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre (encargos conferidos por poderes no adjudicadores) las reglas para el cálculo del porcentaje del 80 por ciento de la actividad del artículo 32.2.b), y las limitaciones que, en materia de concurrencia del medio propio a licitaciones convocadas por los entes de quienes pueden recibir los encargos, y de contratación con terceros de prestaciones parciales del encargo establecen, respectivamente, los artículos 32.2.d.2º) y 32.7.b) del repetido texto legal. No parece, sin embargo, que este criterio haya sido acogido por la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado en su informe nº 29/2018, de 5 de abril de 2018.

Sexta.- No resulta aplicable a los encargos a medios propios del artículo 33 de la LCSP la regla de no sujeción al Impuesto sobre el Valor Añadido prevista en el artículo 7.8º.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 Ley 9/2017, de 8 de noviembre.

Madrid, 30 de mayo de 2018
EL ABOGADO GENERAL DEL ESTADO



Eugenio López Álvarez

SR. ABOGADO DEL ESTADO-JEFE
ABOGACÍA DEL ESTADO
MINISTERIO DE FOMENTO
PASEO DE LA CASTELLANA 67
28071 - MADRID