



Junta de Andalucía

CONSEJERÍA DE ECONOMÍA, HACIENDA Y FONDOS
EUROPEOS

Dirección General de Contratación
Comisión Consultiva de Contratación Pública

INFORME 3/2022, DE 27 DE JULIO DE 2022, SOBRE LA NECESIDAD DE JUSTIFICAR EL CUMPLIMIENTO DE EFICIENCIA EN LOS ENCARGOS QUE SE FORMALICEN CON TRAGSA Y SU FILIAL TRAGSATEC. ARTÍCULO 53.BIS APARTADO 5 LETRA A DE LA LAJA.

I - ANTECEDENTES

La Secretaria General Técnica de la Consejería de Agricultura, Ganadería, Pesca y Desarrollo Sostenible de la Junta de Andalucía, solicita informe a esta Comisión Consultiva de Contratación Pública en los siguientes términos:

“Mediante Orden de 28 de mayo de 2019, por la que se delegan y atribuyen competencias en órganos directivos de la Consejería de Agricultura, Ganadería Pesca y Desarrollo Sostenible, se delegan en la persona titular de la Secretaría General Técnica el ejercicio de todas aquellas competencias en materia de encargos de gestión a medios propios propios personificados. De acuerdo con el artículo 11 del Decreto 93/2005, de 29 de marzo, por el que se regulan la organización y funciones de la Comisión Consultiva de Contratación Pública, esta emitirá sus informes a solicitud de las Secretarías Generales Técnicas de las Consejerías.

En virtud de lo anterior, se considera conveniente y necesario, solicitar Informe en relación con con la posible interpretación del apartado 5 del artículo 53 bis de la Ley 9/2007, de 9 de octubre de la Administración de la Junta de Andalucía, puesto en relación con el apartado 2 de dicho artículo 53.bis de la LAJA, todo ello en virtud de los siguientes,

ANTECEDENTES

PRIMERO.- Sobre las consideraciones formuladas por la Secretaría General de Fondos Europeos al Desarrollo Rural Sostenible.

Se ha dado traslado a esta Secretaría General Técnica de las consideraciones formuladas por la Secretaría General de Fondos Europeos al Desarrollo Rural Sostenible que a continuación se reproducen:

“1. Por parte de la Dirección del Organismo Pagador de los Fondos Europeos Agrarios (DOP), se vienen dictando diversas Instrucciones, Circulares y Manuales, en los que se abordan/establecen los requisitos y controles a realizar, en el caso de encargos a medios propios personificados.

Tradicionalmente, en dichas Instrucciones, Circulares y Manuales se establece como requisito o acto sometido a control, que en los citados encargos (en cada uno de ellos) se compruebe que el mismo responde a una de las siguientes circunstancias:

- 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.*

Requisitos que figuran el párrafo a) del apartado 5 de la LAJA, puesto en relación con el apartado 2 de dicho artículo 53.bis de la LAJA.





II. En este estado de cosas, el Informe A.G. ENTES PÚBLICOS 52/21 (R-361/2021) de 7 de mayo de 2021, de la Abogacía General del Estado (Documento Anexo I), aborda los Reparos efectuados por la Abogacía del Estado en Madrid (informes nº AE 159/2021 y nº AE 161/2021) a propuestas de encargos a TRAGSATEC por entender que “no se justifica suficientemente los motivos por los que se opta por la figura excepcional del encargo al medio propio en lugar de contratar la asistencia técnica en el mercado, y cuáles son las razones para concluir que el encargo es económicamente más ventajoso”, concluyendo dicho Informe que “una vez atribuida a una determinada entidad la condición de medio propio y servicio técnico de un poder adjudicador, no es condición de legalidad de cada encargo la justificación de su preferencia sobre la contratación administrativa.”

A la vista de las conclusiones a la que llega el Informe A.G. ENTES PÚBLICOS 52/21 (R-361/2021) de 7 de mayo de 2021, de la Abogacía General del Estado, la DOP, entiende que *mutatis mutandis*, dicho Informe, es plenamente aplicable para realizar una adecuada interpretación de contenido del párrafo a) del apartado 5 del artículo 53.bis de la LAJA.

III.- La Resolución del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, de 7 de octubre de 2019, Recurso nº 814/2019 (Documento Anexo II) entre otras cosas, en sus Fundamentos Jurídicos, se señala lo siguiente “Ahora bien, al contrario de lo que afirma la recurrente, el artículo 86 LRJSP no se refiere a los requisitos de cada encargo singular a un medio propio, sino que contempla los requisitos necesarios para la creación de un medio propio”. Asimismo, añade que “La regulación de los requisitos de los encargos concretos e individuales que se efectúen a los medios propios se desarrolla en la LCSP (artículo 32 en nuestro supuesto), que no contempla la justificación de la idoneidad y eficiencia de cada encargo individualizado (...)”

Son innumerables las ocasiones en las que el Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de la Junta de Andalucía, se acoge a las Resoluciones del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, a la hora de resolver los Recursos Contractuales que son sometidos a su conocimiento. Sin ánimo de ser exhaustivos, sirva de ejemplo la más reciente de todas ellas, en la que se puede leer lo siguiente “A propósito de lo anterior, también este Tribunal viene sosteniendo, acogiendo el criterio del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales (...)” Resolución n.º 540/2021, de 17 de diciembre de 2021 (Recurso 440/2021).

IV.- Fundamenta la posible aplicación *mutatis mutandis*, del Informe A.G. ENTES PÚBLICOS 52/21 (R-361/2021) de 7 de mayo de 2021, de la Abogacía General del Estado y de la Resolución del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, de 7 de octubre de 2019, en las siguientes,

CONSIDERACIONES:

Primera.- Siguiendo los criterios mantenidos por el Informe A.G. ENTES PÚBLICOS 52/21 (R-361/2021) de 7 de mayo de 2021, de la Abogacía General del Estado, podemos decir que, no puede negarse que el encargo a medios propios constituye una excepción al sistema de adjudicación de los contratos públicos a través de los procedimientos encaminados a hacer efectivos los principios de publicidad, concurrencia e igualdad de trato con objeto de hacer efectiva la libre competencia. Ahora bien, la excepcionalidad de esta figura queda matizada por una doble circunstancia, referida, de una parte, al régimen que de ella ha dispuesto el Derecho de la Unión Europea y, de otra parte, al régimen establecido, con base en el anterior, por la legislación española.

Comenzando por el régimen dispuesto por el Derecho de la Unión Europea, la Directiva 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014, sobre contratación pública, amplia, y de forma considerable, el ámbito de la figura que se



analiza y que, a falta de una regulación positiva, tenía un tratamiento jurisprudencial en su casi totalidad. Así, junto a la denominada encomienda vertical conferida por el poder adjudicador al medio propio dependiente de él (y por él controlado), la Directiva 2014/24/UE expande el ámbito del actualmente denominado encargo, admitiendo así tres posibilidades nuevas: 1) “encargo vertical ascendente o inverso”, esto es, el conferido por el medio al poder adjudicador que le controla; 2) “encargo horizontal”, es decir, el que confiere el medio propio de un poder adjudicador a otra persona jurídica controlada por ese mismo poder adjudicador, siendo distintos e independientes la entidad que confiere el encargo y la entidad que lo recibe; y 3) encargos efectuados por poderes adjudicadores independientes entre sí a un medio propio constituido y controlado por ellos.

No cabe duda, pues, de que la Directiva 2014/24/UE ha ampliado, como se ha dicho, el ámbito de los encargos, ampliación que se refuerza si se considera que el control que debe ejercer el poder adjudicador sobre el medio propio puede ser tanto directo como indirecto en los encargos verticales (descendentes, así como ascendentes o inversos) y en los encargos horizontales.

Sobre la base de la ampliación del ámbito de aplicación de esta figura en la repetida Directiva, la legislación española introduce un régimen que se caracteriza frente al anterior (establecido en el TRLCSP) por su rigurosidad material y formal.

Así, y respetando la triple exigencia de la normativa comunitaria (control del poder adjudicador sobre el medio propio, que más del 80% de las actividades de éste se lleven a cabo para el poder adjudicador que le hace el encargo y le controla y que, de ser el medio propio un ente de personificación jurídico-privada, la totalidad de su capital o patrimonio sea de titularidad o aportación pública), la normativa española añade los siguientes requisitos:

En primer término, exige la LCSP: 1) expreso reconocimiento, por parte del poder adjudicador, de la condición de medio propio en los estatutos o acto de creación de éste; 2) verificación por el poder adjudicador que controla el medio propio de que éste cuenta con los medios personales y materiales apropiados para realizar los encargos; 3) inclusión de los encargos en el objeto social del medio propio; 4) determinación en los estatutos o acto de creación del medio propio del poder adjudicador respecto del que ostenta esa condición; 5) publicación en la Plataforma de Contratación que corresponda de la condición de medio propio; 6) autorización del Consejo de Ministros cuando el importe del encargo exceda de 12.000.000 de euros (autorización que igualmente se exige para las modificaciones de estos encargos que excedan del 20% del importe); 7) limitación porcentual de las prestaciones que el medio propio pueda contratar con terceros para la ejecución del encargo.

En segundo término, y con ser importantes las exigencias introducidas por la LCSP, adquieren mucha mayor relevancia a los efectos que aquí interesan, las previsiones de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público (LRJSP).

Así, de esta manera, para adaptarse a lo dispuesto en la LCSP, se procedió a la modificación del artículo 86 de la LRJSP dedicado al “Medio propio y servicio técnico”, por la disposición final 34.2 de la Ley 11/2020, de 30 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2021. pasando a tener dicho artículo la siguiente redacción:

“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 la Ley



9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014.

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. En el supuesto de creación de un nuevo medio propio y servicio técnico deberá acompañarse la propuesta de declaración de una memoria justificativa que acredite lo dispuesto en el apartado anterior y que, en este supuesto de nueva creación, deberá ser informada por la Intervención General de la Administración del Estado.”

En suma, y a modo de recapitulación de todo lo dicho, la ampliación del ámbito de aplicación de la figura del encargo (dispuesta por la Directiva 2014/24/UE), lo que supone ya una importante matización o modulación de la inicial excepcionalidad de esta figura; los rigurosos requisitos introducidos por el artículo 32 de la LCSP (adicionales a los establecidos en dicha norma comunitaria); y, muy primordialmente, el régimen de declaración de medio propio que establece el artículo 86 de la LRJSP y que, insistiendo en lo dicho, no es un juicio de preferencia del sistema del encargo sobre el sistema del contrato para cada concreto y específico encargo, sino un juicio de preferencia del sistema del encargo sobre el sistema del contrato para todos los encargos que se confieran a un determinado medio propio.

En consecuencia, con todo lo dicho, el Informe A.G. ENTES PÚBLICOS 52/21 (R-361/2021) de 7 de mayo de 2021, de la Abogacía General del Estado, concluye lo siguiente:

“Segunda.- Cumpliéndose los requisitos exigidos por la Directiva 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014, sobre contratación pública, por la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público y por la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público y dentro del ámbito que estas normas prevén, el encargo a medios propios constituye un recurso ordinario o normal en la adquisición, por parte del poder adjudicador, de obras, suministros y servicios.

Tercera.- Por las consideraciones expuestas en el fundamento jurídico III del presente informe, una vez atribuida a una determinada entidad la condición de medio propio y servicio técnico de un poder adjudicador, no es condición de legalidad de cada encargo la justificación de su preferencia sobre la contratación administrativa.”



Segunda.- A su vez, la Comunidad Autónoma de Andalucía, en virtud de lo dispuesto en la disposición final 2.2 de la Ley 3/2020, de 28 de diciembre, del Presupuesto de la Comunidad Autónoma de Andalucía para el año 2021, introdujo en la Ley 9/2007, de 22 de octubre, de la Administración de la Junta de Andalucía (LAJA) el artículo 53.bis, dedicado a los “Encargos de los poderes adjudicadores y no adjudicadores a medios propios personificados” con la siguiente redacción:

“1. Las entidades instrumentales de la Administración de la Junta de Andalucía, así como los consorcios adscritos a la misma, podrán ser considerados medios propios 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 de carácter básico establecidos, respectivamente, en los artículos 32 y 33 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014.

2. Tendrán la consideración de medio propio, para las prestaciones propias de los contratos de obras, suministros, servicios, concesión de obras y concesión de servicios, cuando se acredite que, además de disponer de medios suficientes e idóneos para realizar dichas prestaciones en el sector de actividad que se corresponda con su objeto social, de acuerdo con sus estatutos o acuerdo de creación, se dé alguna de las circunstancias siguientes:

a) Sea una opción más eficiente que la contratación pública y resulte 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 las prestaciones propias de los contratos citados en este apartado, suministradas por el medio propio.

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 instrumentales de la Administración de la Junta de Andalucía y de sus consorcios 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 deberá acompañarse una memoria justificativa que acredite lo dispuesto en el apartado anterior y deberá ser informada por la Intervención General de la Junta de Andalucía con carácter previo a la declaración de medio propio.”

En la Exposición de Motivos de la Ley 3/2020, de 28 de diciembre, del Presupuesto de la Comunidad Autónoma de Andalucía para el año 2021, se puede leer lo siguiente:

“Se añade un nuevo artículo 53 bis, se modifican los apartados 1 y 6 del artículo 105 y se suprime el artículo 106. Todas estas modificaciones, junto a las anteriormente referidas de los artículos 26.3 y 40.2.a) y 10 del texto refundido de la Ley General de la Hacienda Pública de la Junta de Andalucía, tienen por finalidad la actualización y adecuación de la normativa de la Comunidad Autónoma de Andalucía a la regulación de los «encargos a medios propios personificados» que se establece en la normativa estatal básica de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, y en la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público.”

Tercera.- Como se desprende de la Exposición de Motivos de la Ley 3/2020, de 28 de diciembre, del Presupuesto de la Comunidad Autónoma de Andalucía para el año 2021, la introducción del nuevo artículo 53.bis en la Ley



9/2007, de 22 de octubre (LAJA), responde de la necesidad de adaptar la legislación autónoma andaluza a lo dispuesto en la Ley 9/2017, de 8 de noviembre (LCSP), y en la Ley 40/2015, de 1 de octubre (LRJSP).

Si comparamos la redacción del artículo 86 de la LRJSP, dedicado al “Medio propio y servicio técnico” con el artículo 53.bis de la LAJA, dedicado a los “Encargos de los poderes adjudicadores y no adjudicadores a medios propios personificados”, podemos apreciar que la redacción de dichos artículos es prácticamente idéntica:

Artículo 86 de la LRJSP

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 la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014.

Artículo 53.bis de la LAJA

1. Las entidades instrumentales de la Administración de la Junta de Andalucía, así como los consorcios adscritos a la misma, podrán ser considerados medios propios 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 de carácter básico establecidos, respectivamente, en los artículos 32 y 33 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014

Como se puede apreciar las únicas diferencias residen en que el artículo 86.1 de la LRJSP incluye la expresión “y servicio técnico” que no se incluye en el artículo 53.bis.1 de la LAJA, y que el artículo 53.bis.uno de la LAJA, hace referencia a la “Administración de la Junta de Andalucía, así como los consorcios adscritos a la misma” así como incluye la expresión “de carácter básico” y cita los artículos 32 y 33 de la LCSP.

Artículo 86 de la LRJSP

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.

Artículo 53.bis de la LAJA

2. Tendrán la consideración de medio propio, para las prestaciones propias de los contratos de obras, suministros, servicios, concesión de obras y concesión de servicios, cuando se acredite que, además de disponer de medios suficientes e idóneos para realizar dichas prestaciones en el sector de actividad que se corresponda con su objeto social, de acuerdo con sus estatutos o acuerdo de creación, se dé alguna de las circunstancias siguientes:



a) Sea una opción más eficiente que la contratación pública y resulte 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 las prestaciones propias de los contratos citados en este apartado, suministradas por el medio propio.

Como se puede apreciar las únicas diferencias residen en que el artículo 86.2 de la LRJSP incluye la expresión “o servicio técnico” que no se incluye en el artículo 53.bis.2 de la LAJA, y que el artículo 53.bis.2 de la LAJA, incluye “para las prestaciones propias de los contratos de obras, suministros, servicios, concesión de obras y concesión de servicios,” así como incluye la expresión “de acuerdo con sus estatutos” y añade “de las prestaciones propias de los contratos”:

Cuarta.- La letra a) del apartado 5 del artículo 53.bis.2 de la LAJA, dispone lo siguiente:

“5. El encargo al medio propio personificado, en el que la entidad del sector público actuará por cuenta y bajo la supervisión y control de la Consejería o agencia u otra entidad ordenante, se regirá en su otorgamiento y ejecución por lo dispuesto en la resolución que la establezca, sometiéndose en todo caso a las siguientes condiciones y trámites:

a) Se formalizará mediante resolución dictada por la persona competente de la entidad ordenante, que deberá incluir, además de los antecedentes que procedan, la determinación de las actuaciones a realizar, la forma y condiciones de realización de los trabajos, su plazo de ejecución, su importe, la partida presupuestaria a la que, en su caso, se imputa el gasto, así como sus anualidades y los importes de cada una de ellas, la persona designada para dirigir la actuación a realizar y, finalmente, los compromisos y obligaciones que deberá asumir la entidad que reciba el encargo, justificándose, en todo caso, la necesidad o conveniencia de realización de los trabajos a través de esta figura, mediante la acreditación de alguna de las circunstancias indicadas en los párrafos a) y b) del apartado 2 de este artículo.”

En primer lugar, tal y como señala el Informe A.G. ENTES PÚBLICOS 52/21 (R-361/2021) de 7 de mayo de 2021, de la Abogacía General del Estado, la ampliación del ámbito de aplicación de la figura del encargo (dispuesta por la Directiva 2014/24/UE), lo que supone ya una importante matización o modulación de la inicial excepcionalidad de esta figura; los rigurosos requisitos introducidos por el artículo 32 de la LCSP (adicionales a los establecidos en dicha norma comunitaria); y, muy primordialmente, el régimen de declaración de medio propio que establece el artículo 86 de la LRJSP y que, insistiendo en lo dicho, no es un juicio de preferencia del sistema del encargo sobre el sistema del contrato para cada concreto y específico encargo, sino un juicio de preferencia del sistema del encargo sobre el sistema del contrato para todos los encargos que se confieran a un determinado medio propio, conducen a las siguientes conclusiones:

“1) Cumpliéndose los requisitos exigidos por la Directiva 2014/24/UE, por la LCSP y por la LRJSP y dentro del ámbito que estas normas prevén, el encargo a medios propios constituye un recurso ordinario o normal en la adquisición, por parte del poder adjudicador, de obras, suministros y servicios.

2) Por las consideraciones expuestas, una vez atribuida a una determinada entidad la condición de medio propio y servicio técnico de un poder adjudicador, no es condición de legalidad de cada encargo la justificación de su preferencia sobre la contratación administrativa.”

Pues bien, debiendo acreditarse para la declaración de medio propio y servicio técnico no sólo que éste dispone de los recursos precisos para la realización de los encargos que se le confieran, sino que, además, su



configuración como medio propio –y subsiguiente actuación como tal, esto es, realizando los encargos que se le confieran– es una opción más eficiente que la contratación pública y que resulta sostenible y eficaz aplicando criterios de rentabilidad económica, acreditación que, expuesta en la correspondiente memoria justificativa, ha de ser informada por la Intervención General de la Junta de Andalucía con carácter previo a la declaración de medio propio, no tendría ningún sentido, una vez que se ha atribuido la condición de medio propio a una determinada entidad por haber quedado debidamente acreditado que es la opción más eficiente, que tuviera luego que acreditarse (artículo 53.bis.5 de la LAJA), encargo por encargo, que la utilización de esta figura está justificada por ser preferible a la contratación, pues de entenderse así resultaría completamente superfluo lo dispuesto en los apartados 1 y 2 del 53.bis de la LAJA, deviniendo así esta norma un precepto completamente írrito, es decir, inválido, nulo, sin fuerza ni obligación.

La justificación, encargo por encargo que establece el (artículo 53.bis.5 de la LAJA), de que la utilización de este instrumento es preferible, por ventajosa, sobre el contrato resultaría coherente si no existiese la exigencia de que se constate, al tiempo de la declaración de medio propio de una determinada entidad y como exigencia básica para ello, que su configuración como tal y de forma global –para una pluralidad sucesiva e indefinida de encargos comprendidos en su objeto– es más eficaz que la utilización de la contratación; existiendo tal exigencia, y esto es precisamente lo que establecen los apartados 1 y 2 del 53.bis de la LAJA, carece de sentido la justificación de la conveniencia de cada encargo sobre el contrato.

Quinta.- *El artículo 53.bis.1 de la LAJA, como se ha dicho, señala que “Las entidades instrumentales de la Administración de la Junta de Andalucía, así como los consorcios adscritos a la misma, podrán ser considerados medios propios de los poderes adjudicadores y del resto de entes y sociedades que no tengan la consideración de poder adjudicador (...)” Es decir, dicho artículo recoge la posibilidad de que la Junta de Andalucía pueda considerar como medio propio personificado a las “entidades instrumentales de la Administración de la Junta de Andalucía, así como los consorcios adscritos a la misma”. Por consiguiente los requisitos establecidos en dicho artículo 53.bis de la LAJA, incluido el apartado 5, solo operan para dichos entes instrumentales y sociedades que no tengan la consideración de poder adjudicador.*

En el caso de la “Empresa de Transformación Agraria, S. A., S. M. E., M. P.” (TRAGSA), y de su filial “Tecnologías y Servicios Agrarios, S. A., S. M. E., M. P.” (TRAGSATEC), la Disposición adicional vigésima cuarta de la LCSP, en su apartado 2, dispone que:

“TRAGSA y su filial TRAGSATEC tendrán la consideración de medios propios personificados y servicios técnicos de la Administración General del Estado, de las Comunidades Autónomas, de las Ciudades Autónomas 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 cualesquiera de ellas que tengan la condición de poderes adjudicadores, siempre que se cumplan los requisitos establecidos en el punto 2º de la letra d) del apartado 2 del artículo 32, y en las letras a) y b) del apartado 4 del mismo artículo, y estarán obligadas a realizar, con carácter exclusivo, los trabajos que estos les encomienden en las materias señaladas en los apartados 4 y 5, dando una especial prioridad a aquellos que sean urgentes o que se ordenen como consecuencia de las situaciones de emergencia que se declaren. De acuerdo con esta obligación, los bienes y efectivos de TRAGSA y su filial TRAGSATEC podrán incluirse en los planes y dispositivos de protección civil y de emergencias.

Las relaciones de TRAGSA y su filial TRAGSATEC con los poderes adjudicadores de los que son medios propios instrumentales y servicios técnicos tienen naturaleza instrumental y no contractual, articulándose a través de



encargos de los previstos en el artículo 32 de esta Ley, por lo que, a todos los efectos, son de carácter interno, dependiente y subordinado (...)”

Es decir, en el caso de TRAGSA y su filial TRAGSATEC, son consideradas medios propios de la Comunidades Autónomas y de sus entidades del sector público dependientes, por mor de la LCSP, sin que sea necesario su consideración como tal en virtud de lo preceptuado en el artículo 53.bis de la LAJA y por tanto, en el caso de los encargos que se le realicen, no opera dicho artículo.

De tal suerte que, siendo TRAGSA y su filial TRAGSATEC medio propio personificado de la Junta de Andalucía y de sus entidades del sector público dependientes (entidades instrumentales de la Administración de la Junta de Andalucía, así como los consorcios adscritos a la misma) no resultaría exigible, en ningún caso, que para cada encargo que se le realice se deba justificar la necesidad o conveniencia de realización de los trabajos a través de esta figura, mediante la acreditación de alguna de las circunstancias indicadas en los párrafos a) y b) del apartado 2 del artículo 53.bis de la LAJA.

Sexta.- *No es intención de la DOP, eludir el cumplimiento estricto de lo dispuesto en la letra a) del apartado 5 del artículo 53.bis de la LAJA, por cuanto la DOP -como cualquier Administración Pública- está sometida plenamente a la ley y el derecho, tal y como señala el artículo 103.1 de la Constitución Española.*

Por el contrario, lo que se pretende es conocer si es conforme a derecho, realizar una interpretación teleológica atendiendo al espíritu y finalidad- contemplada en el último inciso del artículo 3.1 del Código Civil, de la letra a) del apartado 5 del artículo 53.bis de la LAJA, puesta en relación con los apartados 1 y 2 del artículo 53.bis de la LAJA, con fundamento en el Informe A.G. ENTES PÚBLICOS 52/21 (R-361/2021) de 7 de mayo de 2021, de la Abogacía General del Estado.

El argumento de reducción teleológica vale para justificar la no aplicación de una norma a unos hechos que, con arreglo al tenor literal o al significado evidente del enunciado normativo, claramente caen bajo el supuesto de hecho de tal norma. Es, por tanto, un argumento mediante el que se da razón de una excepción en la aplicación de la norma. Tal excepción queda justificada porque, bajo el punto de vista de la finalidad de esa norma, resultaría palmariamente absurdo el resultado de dicha aplicación en este concreto caso.

En este sentido, conviene traer a colación lo establecido por el Tribunal Supremo. Así, en su sentencia de 28 de noviembre de 1984 (Sala 3ª) dice “Las normas no han de interpretarse tan sólo por su letra o texto gramatical, sino, según el art. 3.1º CC, también por su contexto y atendiendo fundamentalmente al espíritu y finalidad de aquéllas” y en su sentencia de 3 de diciembre de 1984 (Sala 6ª) en la que pone de manifiesto lo siguiente “La tarea de interpretación de la norma legal no puede estar sujeta a reglas interpretativas de observancia inexcusable, ya que la función que comporta no es realizable dentro de unos moldes apriorísticos y rígidos, en cuanto que reconocer el verdadero sentido, el espíritu preciso y concreta finalidad de la ley es creación jurídica integradora del ordenamiento, en que han de tenerse presentes los criterios interpretativos que ofrece el art. 3.1º CC”, entre otras muchas.

1. En definitiva, si partimos del hecho de que la introducción del artículo 53.bis de la LAJA se corresponde con la necesidad de actualizar y adecuar la normativa de la Comunidad Autónoma de Andalucía a la regulación de los «encargos a medios propios personificados» que se establece en la normativa estatal básica de la LCSP y en la LRJSP; así como que la redacción de los apartados 1 y 2 del 53.bis de la LAJA es prácticamente idéntica a la redacción del artículo 86 de la LRJSP, podemos colegir, que mutatis mutandis, el Informe A.G. ENTES PÚBLICOS



52/21 (R-361/2021) de 7 de mayo de 2021, de la Abogacía General del Estado, es plenamente válido para realizar una adecuada interpretación de contenido el artículo 53.bis de la LAJA.”

SEGUNDO.- Sobre la regulación de los encargos a medios propios.

El régimen jurídico de los encargos a medios propios personificados lo encontramos entre otras en las siguientes normas:

El **artículo 53 bis de la LAJA** en su apartado segundo establece que:

“Tendrán la consideración de medio propio, para las prestaciones propias de los contratos de obras, suministros, servicios, concesión de obras y concesión de servicios, cuando se acredite que, además de disponer de medios suficientes e idóneos para realizar dichas prestaciones en el sector de actividad que se corresponda con su objeto social, de acuerdo con sus estatutos o acuerdo de creación, se dé alguna de las circunstancias siguientes:

a) Sea una opción más eficiente que la contratación pública y resulte 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 las prestaciones propias de los contratos citados en este apartado, suministradas por el medio propio.”

Más adelante en su apartado quinto continúa añadiendo:

“5. El encargo al medio propio personificado, en el que la entidad del sector público actuará por cuenta y bajo la supervisión y control de la Consejería o agencia u otra entidad ordenante, se regirá en su otorgamiento y ejecución por lo dispuesto en la resolución que la establezca, sometiéndose en todo caso a las siguientes condiciones y trámites:

a) Se formalizará mediante resolución dictada por la persona competente de la entidad ordenante, que deberá incluir, además de los antecedentes que procedan, la determinación de las actuaciones a realizar, la forma y condiciones de realización de los trabajos, su plazo de ejecución, su importe, la partida presupuestaria a la que, en su caso, se imputa el gasto, así como sus anualidades y los importes de cada una de ellas, la persona designada para dirigir la actuación a realizar y, finalmente, los compromisos y obligaciones que deberá asumir la entidad que reciba el encargo, justificándose, en todo caso, la necesidad o conveniencia de realización de los trabajos a través de esta figura, mediante la acreditación de alguna de las circunstancias indicadas en los párrafos a) y b) del apartado 2 de este artículo.

b) La determinación del importe del encargo se efectuará, por referencia a las tarifas aprobadas por la entidad de la que depende el medio propio, en los términos establecidos por la normativa básica en materia de contratación del sector público.

c) La resolución del encargo de cada actuación se comunicará formalmente a la entidad que reciba el encargo, a la que también le será facilitado el proyecto o presupuesto del servicio concreto u obra calculado conforme a lo indicado en el párrafo b) de este apartado, con desagregación de las partidas que podrán ser subcontratadas, así como en su caso el programa de los trabajos o actuaciones a realizar. La comunicación de la resolución por la que se efectúa el encargo de una actuación al medio propio supondrá la orden para iniciarlo.



d) Los encargos de ejecución que se formalicen deberán ser publicados en los términos y condiciones establecidos en la normativa de transparencia pública de Andalucía.”

El **artículo 7 de Ley Orgánica 2/2012** de estabilidad presupuestaria y sostenibilidad financiera, declara:

“1. Las políticas de gasto público deberán encuadrarse en un marco de planificación plurianual y de programación y presupuestación, atendiendo a la situación económica, a los objetivos de política económica y al cumplimiento de los principios de estabilidad presupuestaria y sostenibilidad financiera.

2. La gestión de los recursos públicos estará orientada por la eficacia, la eficiencia, la economía y la calidad, a cuyo fin se aplicarán políticas de racionalización del gasto y de mejora de la gestión del sector público.

3. Las disposiciones legales y reglamentarias, en su fase de elaboración y aprobación, los actos administrativos, los contratos y los convenios de colaboración, así como cualquier otra actuación de los sujetos incluidos en el ámbito de aplicación de esta Ley que afecten a los gastos o ingresos públicos presentes o futuros, deberán valorar sus repercusiones y efectos, y supeditarse de forma estricta al cumplimiento de las exigencias de los principios de estabilidad presupuestaria y sostenibilidad financiera.”

Por su parte, a tenor del precepto el **artículo 86 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público** (LRJSP en adelante):

“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.”

Asimismo, encontramos en el **artículo 32 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre**, de Contratos del Sector Público, la regulación de los encargos a medios propios personificados por los poderes adjudicadores,



diferenciándolos de los contratos y estableciendo los requisitos para la creación de los medios propios personificados.

Como podemos observar la regulación jurídica de los encargos presenta dudas sobre la necesidad de justificar la idoneidad y eficiencia de cada encargo individualizado, motivo por el cual ha sido objeto de distintas interpretaciones jurídicas por los Tribunales de Recursos Contractuales y Tribunales de justicia de las distintas comunidades autónomas.

TERCERO.- Postura adoptada en la Comunidad Autónoma andaluza.

Con fecha 26 de febrero de 2018 se emitió **Informe HPPI00006/18 del Gabinete Jurídico de la Junta de Andalucía, facultativo sobre diversas cuestiones sobre la regulación de los encargos a medios propios en la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de contratos del Sector Público.**

En este informe se pronuncia el Gabinete Jurídico en cuanto al momento de acreditar el cumplimiento de los requisitos mencionados en el antecedente primero, señalando que:

“Nada establece la regulación de la nueva LCSP en relación a si el control de adecuación del medio propio ha de hacerse “encargo a encargo” o con carácter general, para toda la actividad encargada al medio propio en razón de su objeto social. No obstante, el control previo en cada encargo por parte de la Administración mandante o de la Intervención supondría la obligación de motivarlo a través de una memoria justificativa, que contemplara la existencia de medios personales y materiales apropiados para el encargo en concreto.”

Concluyendo el informe que, *“el control previo en cada encargo por parte de la Administración mandante o de la Intervención supondría la obligación de motivarlo a través de una memoria justificativa, que contemplara la existencia de medios personales y materiales apropiados para el encargo en concreto”*.

Esta misma postura ha sido la adoptada por el **Tribunal de Recursos Contractuales de la Junta de Andalucía, que en las resoluciones dictadas hasta la fecha (entre otras las Resoluciones 41/2019, 84/2019 y 95/2019)**, requiere que en la memoria justificativa de cada encargo que se formalice figure la mayor eficiencia en términos generales requerida por la LAJA, y por el artículo 86.2 y 3 LCSP.

Así la Resolución 95/2019, de 28 de marzo, establece que:

“A modo de conclusión: si bien el artículo 86.2 y 3 de la Ley 40/2015 contempla requisitos que han de ser cumplidos con carácter previo a la declaración de una determinada entidad como medio propio, ello no obsta a que, en base a lo expuesto, en los procedimientos de formalización de los concretos encargos deba existir una memoria justificativa entre cuyos extremos figure la mayor eficiencia en términos generales, en el recurso al encargo frente a la contratación, por referencia a la concurrencia de alguna de las circunstancias de las letras a) y b) del apartado 2 del artículo 86 de la citada Ley 40/2015. “

Las anteriores resoluciones tienen como base la Instrucción 11/2018 de la Intervención General de la Junta de Andalucía por la que se aprueba la guía de fiscalización previa de los expedientes de gasto derivados de encargos a medios propios. Esta norma requiere que, en los expedientes de gasto de encargos a medios propios regulados en la Ley 9/2017 de Contratos del Sector Público, figure una memoria justificativa sobre la necesidad o conveniencia de realizar los trabajos en cuestión a través de esta figura. En este sentido se debe acreditar que se da 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.

Por tanto, y hasta la fecha, la postura seguida en nuestra Comunidad Autónoma ha sido exigir que en cada encargo que se formalice con un medio propio personificado, quede constancia de la idoneidad y eficiencia del mismo, sin que sea suficiente con la justificación de este extremo en la creación del medio propio en sí mismo.

CUARTO.- Postura seguida en la Administración General del Estado.

En contraposición a la postura adoptada por el Gabinete Jurídico de la Junta de Andalucía y al criterio seguido por el TARJCA, encontramos la **Resolución 1106/2019, de 7 de octubre de 2019, del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales:**

“Ahora bien, al contrario de lo que afirma la recurrente, el artículo 86 LRJSP no se refiere a los requisitos de cada encargo singular a un medio propio, sino que contempla los requisitos necesarios para la creación de un medio propio. La declaración de medio propio y servicio técnico es previa a la formalización de un encargo individualizado, siendo requisito sine qua non para ésta última. En este sentido el artículo 32.6 a) LCSP incluso dispone que “Los encargos que realicen las entidades del sector público a un ente que, de acuerdo con los apartados segundo, tercero o cuarto de este artículo, pueda ser calificado como medio propio personificado del primero o primeros, no tendrán la consideración jurídica de contrato, debiendo únicamente cumplir las siguientes normas: a) El medio propio personificado deberá haber publicado en la Plataforma de Contratación correspondiente su condición de tal; respecto de qué poderes adjudicadores la ostenta; y los sectores de actividad en los que, estando comprendidos en su objeto social, sería apto para ejecutar las prestaciones que vayan a ser objeto de encargo”.

La regulación de los requisitos de los encargos concretos e individuales que se efectúen a los medios propios se desarrolla en la LCSP (artículo 32 en nuestro supuesto), que no contempla la justificación de la idoneidad y eficiencia de cada encargo individualizado, sin que sus preceptos hayan sido invocados en el desarrollo de este motivo de impugnación. Fruto de ello, dicha justificación no se encuentra entre la información a suministrar preceptivamente a través de la Plataforma de Contratación del Sector Público conforme al artículo 63.6 LCSP antes analizado.

Como se ha anticipado en el fundamento de derecho quinto, tampoco puede acudir al artículo 11 de la LRJSP para fundamentar la exigencia de justificación de la idoneidad y eficiencia del encargo. Este artículo establece que “La realización de actividades de carácter material o técnico de la competencia de los órganos administrativos o de las Entidades de Derecho Público podrá ser encomendada a otros órganos o Entidades de Derecho Público de la misma o de distinta Administración, siempre que entre sus competencias estén esas actividades, por razones de eficacia o cuando no se posean los medios técnicos idóneos para su desempeño”.

A merced de dicho precepto la encomienda de gestión se configura como una técnica de auxilio en la gestión, que consiste en la posibilidad que tienen los órganos administrativos y los organismos públicos de encomendar a otros órganos o entidades de la misma o de distinta Administración, la realización de actividades de carácter material, técnico o de servicios, siempre que dicha encomienda obedezca a razones de eficacia, o a que no se poseen los medios técnicos idóneos para su desempeño. Este Tribunal, en Resolución



1156/2018, de 17 de diciembre, ya ha sentado que “Por lo tanto la naturaleza de los encargos del artículo 32 de la LCSP se configura como una técnica auto-organizativa de cooperación vertical, a la que no resulta de aplicación la normativa contractual y que difiere de la figura jurídica de la encomienda de gestión que regula el artículo 11 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público, que exige como requisitos que concurren razones de eficacia, o cuando no se posean los medios técnicos idóneos para su desempeño. Por lo tanto, estos dos requisitos no son objeto de examen para verificar la adecuación y cumplimiento de los requisitos legales de los encargos de la LCSP.”

En consonancia con lo expuesto, el informe sobre la eficacia y eficiencia de la “encomienda de gestión encargada a TRAGSA” de 16 de noviembre de 2018 que obra en el expediente remitido como documento número 15 ha de reputarse con una mera eficacia explicativa, dado que la figura que nos ocupa tiene naturaleza de encargo en los términos previamente aludidos. El informe ha de ser contemplado desde el prisma de los encargos a medios propios, pese al error de denominación de la figura que nos ocupa en dicho informe, y no el de las encomiendas de gestión del artículo 11 de la LRJSP, cuya formalización si requiere la justificación de la eficacia de la misma. “

En la **Resolución 1156/2018, de 17 de diciembre, el TARC** ha sentado los criterios para determinar si los encargos llevados a cabo cumplen con los requisitos legales, entre los que encontramos:

1º) La conceptualización propia del encargo de acuerdo con lo previsto en el artículo 32.1, los poderes adjudicadores podrán organizarse ejecutando de manera directa prestaciones propias de los contratos de obras, a cambio de una compensación tarifaria, valiéndose de otra persona jurídica distinta a ellos, ya sea de derecho público o de derecho privado, previo encargo a esta, con sujeción a lo dispuesto en este artículo, siempre y cuando la persona jurídica que utilicen merezca la calificación jurídica de medio propio personificado respecto de ellos de conformidad con lo dispuesto en los tres apartados siguientes, y sin perjuicio de los requisitos establecidos para los medios propios del ámbito estatal en la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público.

2º) 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.

3º) El requisito de la actividad (artículo 32.2.b y 32.4., 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 .

4º) Exclusión de capital privado en el medio propio que sea una personificación jurídico- privada (artículo 32.2.c y 32.4, 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.

5º) Requisito formal: el artículo 32.2.d) y 32.4.c) 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.



En la misma línea, el **Informe A.G. ENTES PÚBLICOS 52/21 (R-361/2021) de 7 de mayo de 2021, de la Abogacía General del Estado** aborda los Reparos efectuados por la Abogacía del Estado en Madrid (informes n.º AE 159/2021 y n.º AE 161/2021) a propuestas de encargos a TRAGSATEC, por entender que “no se justifica suficientemente los motivos por los que se opta por la figura excepcional del encargo al medio propio en lugar de contratar la asistencia técnica en el mercado, y cuáles son las razones para concluir que el encargo es económicamente más ventajoso”, concluyendo dicho Informe que “una vez atribuida a una determinada entidad la condición de medio propio y servicio técnico de un poder adjudicador, no es condición de legalidad de cada encargo la justificación de su preferencia sobre la contratación administrativa.”

QUINTO.- Posturas adoptadas en otras Comunidades Autónomas.

Los Tribunales del resto de Comunidades Autónomas han abordado esta cuestión, siguiendo algunos de ellos la doctrina sentada por el TACRC, y adoptando otros el criterio hasta ahora seguido por el TARCA.

Siguiendo la postura del TACRC, encontramos la **Resolución 323/2021, de 15 de julio del Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid**, que señala:

Asimismo, dicho artículo señala que formará parte del control de eficacia de los medios propios y servicios técnicos la comprobación de la concurrencia de los mencionados requisitos, lo que pone de manifiesto que, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 85 de la LRJSP, es a la Intervención General del Estado, cuando realice el control de eficacia y la supervisión de un medio propio, a la que le corresponde valorar si es una opción más eficiente, sostenible y eficaz que la contratación pública, o si resulta necesaria su existencia 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, de forma que la concurrencia de los dos requisitos transcritos se verifique, o bien cuando se crea el medio propio, o en el momento de realizar el control de eficacia, y no por cada una de las entidades encargantes para cada encargo que realicen. Esta conclusión también se obtiene del apartado 3 del artículo 86 de la LRJSP, en el que se indica que a la propuesta de declaración de medio propio deberá acompañarse una memoria justificativa que acredite lo dispuesto en el artículo 86.2 (opción eficiente y razones de seguridad pública o de urgencia), que será informada por la Intervención General de la Administración del Estado.

Por el contrario la **Resolución 61/2019, de 22 de mayo, del Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de Castilla y León**, en la que se expone:

Para concluir, resulta obligado insistir en la advertencia que realizada por el Consejo de Cuentas de Castilla y León, en su Informe de 8 de marzo de 2016, ya citado, cuando señalaba que “La encomienda de prestaciones de naturaleza contractual a medios propios y servicios técnicos creados al efecto, supone una modalidad organizativa y de actuación administrativa que excepciona los principios contractuales públicos contemplados en el artículo 1 del TRLCSP, con especial incidencia en la anulación del principio de concurrencia, y las correspondientes consecuencias que se producen sobre el mercado.

»La decisión de renunciar al mercado y acudir a otras fórmulas que implican el aumento de tamaño del sector público, y normalmente del gasto, debe fundamentarse por tanto en circunstancias suficientemente acreditadas que así lo justifiquen.



«Obviamente, dicha justificación no puede ser exclusivamente el cambio de régimen jurídico y de procedimiento aplicable a la prestación, que es indisponible para el órgano administrativo y que implica menores garantías para los intereses públicos.

«La justificación de la elección de la encomienda como modalidad de gestión, en lugar de la licitación pública, debe por tanto constar expresamente en el expediente; constancia que no puede referirse a un aspecto meramente formal o documental, con vagas referencias de los órganos gestores a la insuficiencia de medios personales o materiales no probadas, o a la necesidad de acelerar o flexibilizar el encargo por razones de urgencia no acreditada».

Una vez más se pone de manifiesto la disparidad de criterio entre las distintas administraciones a la hora de considerar si resulta necesario o no, justificar el cumplimiento de los requisitos legalmente establecidos encargo a encargo, o si de lo contrario resulta suficiente con justificarlo en el momento de la creación del medio propio personificado.

La anterior Resolución ha sido confirmada por la **Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León 229/2021 de 2 de marzo de 2021**, que expresamente dice:

“Por otro lado, la excepcionalidad del sistema del encargo a medio propio respecto de los sistemas generales de contratación pública y sus principios de libertad de acceso a las licitaciones, publicidad y transparencia de los procedimientos, de no discriminación e igualdad de trato entre los licitadores y de salvaguarda de la libre competencia, libre concurrencia y de la selección de la oferta económicamente más ventajosa, exige que el cumplimiento de los requisitos establecidos en la normativa para su aplicación debe ser objeto de una interpretación estricta y una motivación adecuada.

La interpretación que sostiene la parte recurrente haría innecesario el resto de los apartados cuatro y cinco de la disposición 24ª de la LCSP y del propio objeto social de Tragsa porque, llevándola al extremo, bastaría esta referencia para que Tragsa pudiera realizar todo tipo de actuaciones con independencia de sectores, medidas o tipo de actuación de que se trate ya que el concepto de "mejora de los servicios y recursos públicos" es tan amplio que comprendería cualquier actuación de la Administración”

SEXTO.- Pronunciamientos del Tribunal Supremo

El Tribunal Supremo se ha pronunciado igualmente sobre esta cuestión, concretamente en la **Sentencia de 20 de septiembre de 2018, Sala de lo Contencioso, Sección 5ª**:

“En consecuencia, los requisitos para la utilización de medios propios deben ser objeto de una interpretación estricta, y la carga de la prueba de que existen realmente las especiales circunstancias que justifican la excepción incumbe a quien pretenda beneficiarse de ella, como se ha puesto de relieve en las sentencias del TJUE de 11 de enero de 2005, Stadt Halle, (apartado 46) y de 13 octubre de 2005, Parking Brixen (apartados 63 y 65). Y, debe tenerse en cuenta el límite de no afectar al principio de libre competencia (así se advierte en el Informe de la Comisión Nacional de la Competencia «Los medios propios y las encomiendas de gestión: implicaciones de su uso desde la óptica de la promoción de la competencia», de julio de 2013 y el Informe núm. 1003 del Tribunal de Cuentas sobre encomiendas de gestión).”

En este sentido, y sin perjuicio del deber de cumplir los requisitos del artículo 86 de la Ley 40/2015, a los efectos de poder declarar a una determinada entidad como medio propio respecto de determinados poderes



adjudicadores, los concretos encargos han de partir de la justificación de que el recurso al encargo es más eficiente que la licitación del contrato, entendiéndose el término eficiente en sentido amplio, comprensivo tanto si concurren las circunstancias contempladas en la letra a) como si concurren las previstas en la letra b) del apartado 2 del citado artículo 86.

Ello es así porque si bien la existencia de dichas circunstancias se contemplan en el precepto como un requisito previo a la declaración de medio propio, a la hora de efectuar los concretos encargos debe realizarse una apreciación de la concurrencia de las mismas, actualizada a dicho momento en función de las condiciones concretas del encargo, por exigencias del principio de eficiencia entendido en sentido amplio.

En definitiva, al objeto de controlar el cumplimiento en la actuación de la Administración del principio de eficiencia es preciso que en la memoria justificativa del encargo se expliciten las razones por las que el recurso al encargo resulta más eficiente en sentido amplio que el recurso a la contratación pública. Así lo puso de manifiesto el Tribunal de Cuentas en la Moción a las Cortes Generales sobre la necesidad de desarrollar un adecuado Marco Legal para el empleo de las encomiendas de gestión por las Administraciones Públicas (BOE n.º 87, de 12 de abril de 2017)...»

SÉPTIMO.- Sobre los encargos a TRAGSA y TRAGSATEC.

La Disposición adicional vigésima cuarta de la LCSP, en su apartado 2, dispone que:

“TRAGSA y su filial TRAGSATEC tendrán la consideración de medios propios personificados y servicios técnicos de la Administración General del Estado, de las Comunidades Autónomas, de las Ciudades Autónomas 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 cualesquiera de ellas que tengan la condición de poderes adjudicadores, siempre que se cumplan los requisitos establecidos en el punto 2º de la letra d) del apartado 2 del artículo 32, y en las letras a) y b) del apartado 4 del mismo artículo, y estarán obligadas a realizar, con carácter exclusivo, los trabajos que estos les encomienden en las materias señaladas en los apartados 4 y 5, dando una especial prioridad a aquellos que sean urgentes o que se ordenen como consecuencia de las situaciones de emergencia que se declaren. De acuerdo con esta obligación, los bienes y efectivos de TRAGSA y su filial TRAGSATEC podrán incluirse en los planes y dispositivos de protección civil y de emergencias.

Las relaciones de TRAGSA y su filial TRAGSATEC con los poderes adjudicadores de los que son medios propios instrumentales y servicios técnicos tienen naturaleza instrumental y no contractual, articulándose a través de encargos de los previstos en el artículo 32 de esta Ley, por lo que, a todos los efectos, son de carácter interno, dependiente y subordinado (...)”

Es decir, en el caso de TRAGSA y su filial TRAGSATEC, son consideradas medios propios de la Comunidades Autónomas y de sus entidades del sector público dependientes, por mor de la LCSP. Esta regulación ha provocado que numerosas empresas y asociaciones empresariales hayan impugnado los encargos, siendo recurridos muchos encargos a TRAGSA.

OCTAVO.- Encargos financiados con fondos europeos.

La Consejería de Agricultura, Ganadería, Pesca y Desarrollo Sostenible cuenta con el apoyo financiero de los fondos FEDER, FEADER y FEMP, además de los fondos Next Generation procedentes del Plan de



Recuperación para Europa. El volumen de fondos europeos gestionados por la Consejería tiene por tanto especial trascendencia en el cumplimiento de hitos y objetivos marcados por la Unión Europea.

En numerosas ocasiones se recurre a estos fondos para financiar los encargos a TRAGSA y TRAGSATEC, y es por ello que consideramos fundamental que la tramitación de los mismos se lleve a cabo con la máxima seguridad jurídica, y a su vez agilizándose en la medida de lo posible de manera que se alcancen los compromisos adquiridos.

Se pone de manifiesto por tanto la especial trascendencia de la presente consulta, que tiene como fin garantizar que se preserve en todo momento la seguridad jurídica y el principio de libre concurrencia contemplado en la Ley de Contratos del Sector Público, siguiendo de esta manera la normativa aplicable, y evitar asimismo que se detecten incumplimientos en los controles llevados a cabo por los verificadores europeos.

Vista la disparidad de criterios entre administraciones, y con el objeto de evitar futuras reclamaciones, se viene a formular la presente consulta, siempre en el cumplimiento estricto de lo dispuesto en la LAJA.

En virtud de cuanto antecede se procede se formular la siguiente,

CONSULTA

¿Cabe entender que el requisito establecido en la letra a) del apartado 5 del artículo 53.bis de la LAJA, relativo a “justificándose, en todo caso, la necesidad o conveniencia de realización de los trabajos a través de esta figura, mediante la acreditación de alguna de las circunstancias indicadas en los párrafos a) y b) del apartado 2 de este artículo”, no resultaría exigible cuando los encargos a medios propios personificados se realicen a TRAGSA y su filial TRAGSATEC? O por el contrario, ¿Resulta necesario justificar el cumplimiento de eficiencia en cada uno de los encargos que se formalicen con TRAGSA y su filial TRAGSATEC?

II - INFORME

1.- Previamente al examen de fondo de las cuestiones suscitadas conviene tener presente que, en relación con el contenido de los informes, de acuerdo con el criterio reiteradamente sentado (Informes 5/2007, 6/2007 y 6/2009), a la Comisión Consultiva de Contratación Pública no le corresponde informar expedientes en concreto, salvo los supuestos específicos a que se refiere el artículo 2 del Decreto 93/2005, de 29 de marzo, por el que se regulan la organización y funciones de este órgano consultivo.

Por tanto, los informes que se soliciten habrán de recaer sobre cuestiones que se susciten en relación con la interpretación general de las normas en materia de contratación pública, si bien en el presente caso realizaremos algunas consideraciones de carácter general sobre las cuestiones planteadas, y con la necesaria cautela, en base a la documentación e información que aporta la entidad consultante, por lo que puede haber elementos jurídicos y fácticos que puedan desconocerse por este órgano consultivo.

2.- El art.32.1 LCSP dispone que “los poderes adjudicadores podrán organizarse ejecutando de manera directa prestaciones propias de los contratos de obras, suministros, servicios, concesión de obras y concesión de servicios, a cambio de una compensación tarifaria, valiéndose de otra persona jurídica distinta



a ellos, ya sea de derecho público o de derecho privado, previo encargo a esta”, siempre y cuando “la persona jurídica que utilicen merezca la calificación jurídica de medio propio personificado respecto de ellos”, de acuerdo con los requisitos previstos en los apartados 2, 3 y 4 del mismo precepto, y sin perjuicio de los establecidos para los medios propios del ámbito estatal en la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de régimen jurídico del sector público. De cumplirse los mencionados requisitos el encargo no tendrá la consideración de contrato.

El art. 86 de la ley 40/2015 determina que 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 la LCSP y en la propia ley de Régimen Jurídico del Sector Público. La declaración de medio propio y servicio técnico requiere la previa acreditación de que la entidad dispone 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” y que 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.”

La comprobación de la suficiencia de medios y de la concurrencia de alguna de las circunstancias anteriormente mencionadas se somete a un doble control. Por un lado, un control previo, con ocasión de la declaración del medio propio, en virtud del cual a la propuesta de declaración deberá acompañarse una memoria justificativa acreditativa que deberá ser informada por la Intervención General de la Administración del Estado; por otro, forma parte del control de eficacia que deberá realizar el Departamento al que se adscriba el medio propio.

3.- Se plantea la cuestión de si el control de adecuación del medio propio ha de hacerse “encargo a encargo” o con carácter general, para toda la actividad encargada al medio propio en razón de su objeto social. Las dudas que suscita la LCSP en este aspecto han motivado distintos pronunciamientos de los Tribunales de Recursos Contractuales.

La Resolución 696/2022 del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, tras referirse a anteriores pronunciamientos en este sentido (Resoluciones nº 1156/2018 y nº 1106/2019) así como al criterio defendido por la Abogacía General del Estado-Dirección del Servicio Jurídico del Estado en sus dictámenes más recientes y al criterio defendido por la IGAE en la Nota Técnica 1/2021, concluye que “las consideraciones de la recurrente sobre la necesidad de apreciar y motivar en cada encargo el cumplimiento de los requisitos del art. 86.2 de la LRJSP, han de ser rechazadas, pues no se puede exigir el cumplimiento de estos requisitos en cada uno de los encargos, es decir que se acredite la eficacia, eficiencia o la urgencia, sino que los mismos han de cumplirse por el medio propio personificado de manera general para obtener dicha condición, sin perjuicio de que se le someta a un control periódico para verificar que sigue cumpliendo con ellos.” y reitera que “ este Tribunal considera que el encargo no es un régimen excepcional, sino una alternativa a la contratación pública y que, conforme a la legislación vigente, acreditada la condición de medio propio de la entidad a quien se realiza el encargo en el momento de su creación o con posterioridad, que, además, exige la comprobación, en ese momento, que se trata de una opción más eficiente que la contratación pública y resulta sostenible y eficaz (artículo 86.2a) LRJSP), dicha declaración evita que se exija una motivación ad hoc para cada encargo de los extremos que establece el artículo 86 LRJSP.”



Por el contrario, el Tribunal de Recursos Contractuales de Andalucía en Resolución 95/2019, sobre la base de lo ya dicho en Resoluciones 41/2019 y 84/2019, sostiene que “sin perjuicio del deber de cumplir los requisitos del artículo 86 de la Ley 40/2015, a los efectos de poder declarar a una determinada entidad como medio propio respecto de determinados poderes adjudicadores, los concretos encargos han de partir de la justificación de que el recurso al encargo es más eficiente que la licitación del contrato, entendiéndose el término eficiente en sentido amplio, comprensivo tanto de si concurren las circunstancias contempladas en la letra a) como de si concurren las previstas en la letra b) del apartado 2 del citado artículo 86.” “En definitiva, si bien la existencia de las circunstancias previstas las letras a) y b) del artículo 86 de la Ley 40/2015 se contemplan en el precepto como un requisito previo a la declaración de medio propio, a la hora de efectuar los concretos encargos, debe realizarse una apreciación de la concurrencia de las mismas, actualizada a dicho momento en función de las condiciones concretas del encargo, por exigencias del principio de eficiencia entendido en sentido amplio.” Criterio, por otra parte, también sostenido por la Intervención General de la Junta de Andalucía y al que el propio tribunal hace referencia en su Resolución 41/2019 “En este sentido, la Instrucción 11/2018 de la Intervención General de la Junta de Andalucía, por la que se aprueba la guía de fiscalización previa de los expedientes de gasto derivados de encargos a medios propios regulados en la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, en su Instrucción tercera, 1.1.4 exige una memoria justificativa de la necesidad o conveniencia de realizar los trabajos a través de esta figura, en los siguientes términos: “En este sentido se debe acreditar que se da 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”.

4.- La Ley 3/2020, de 28 de diciembre, del Presupuesto de la Comunidad Autónoma de Andalucía para el año 2021 modificó en su disposición final segunda la Ley 9/2007, de 22 de octubre, de la Administración de la Junta de Andalucía (en adelante LAJA) añadiendo un nuevo artículo 53 bis, modificando los apartados 1 y 6 del artículo 105 y suprimiendo el artículo 106. Modificaciones que, de acuerdo con la exposición de motivos de la norma, “ tienen por finalidad la actualización y adecuación de la normativa de la Comunidad Autónoma de Andalucía a la regulación de los “encargos a medios propios personificados” que se establece en la normativa estatal básica de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, y el en la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público”.

Artículo 53 bis. Encargos de los poderes adjudicadores y no adjudicadores a medios propios personificados.

1. Las entidades instrumentales de la Administración de la Junta de Andalucía, así como los consorcios adscritos a la misma, podrán ser considerados medios propios 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 de carácter básico establecidos, respectivamente, en los artículos 32 y 33 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014.

2. Tendrán la consideración de medio propio, para las prestaciones propias de los contratos de obras, suministros, servicios, concesión de obras y concesión de servicios, cuando se acredite que, además de disponer de medios suficientes e idóneos para realizar dichas prestaciones en el sector de actividad que se corresponda con su objeto social, de acuerdo con sus estatutos o acuerdo de creación, se dé alguna de las circunstancias siguientes:

a) Sea una opción más eficiente que la contratación pública y resulte 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 las prestaciones propias de los contratos citados en este apartado, suministradas por el medio propio.

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 instrumentales de la Administración de la Junta de Andalucía y de sus consorcios 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 deberá acompañarse una memoria justificativa que acredite lo dispuesto en el apartado anterior y deberá ser informada por la Intervención General de la Junta de Andalucía con carácter previo a la declaración de medio propio.

4. Las Consejerías, sus agencias y el resto de entidades que deban ser consideradas poderes adjudicadores, así como el resto de entes y sociedades que no tengan la consideración de poder adjudicador, en el ámbito de sus competencias o de su objeto, podrán ordenar al resto de entidades instrumentales del sector público andaluz que, conforme a los requisitos y condiciones establecidas en los apartados anteriores de este artículo tengan la calificación jurídica de medio propio personificado, la realización de los trabajos y actuaciones que precisen, en el marco de sus estatutos y en las materias que constituyan sus competencias o su objeto social o fundacional.

5. El encargo al medio propio personificado, en el que la entidad del sector público actuará por cuenta y bajo la supervisión y control de la Consejería o agencia u otra entidad ordenante, se registrará en su otorgamiento y ejecución por lo dispuesto en la resolución que la establezca, sometándose en todo caso a las siguientes condiciones y trámites:

a) Se formalizará mediante resolución dictada por la persona competente de la entidad ordenante, que deberá incluir, además de los antecedentes que procedan, la determinación de las actuaciones a realizar, la forma y condiciones de realización de los trabajos, su plazo de ejecución, su importe, la partida presupuestaria a la que, en su caso, se imputa el gasto, así como sus anualidades y los importes de cada una de ellas, la persona designada para dirigir la actuación a realizar y, finalmente, los compromisos y obligaciones que deberá asumir la entidad que reciba el encargo, justificándose, en todo caso, la necesidad o conveniencia de realización de los trabajos a través de esta figura, mediante la acreditación de alguna de las circunstancias indicadas en los párrafos a) y b) del apartado 2 de este artículo.

b) La determinación del importe del encargo se efectuará, por referencia a las tarifas aprobadas por la entidad de la que depende el medio propio, en los términos establecidos por la normativa básica en materia de contratación del sector público.

c) La resolución del encargo de cada actuación se comunicará formalmente a la entidad que reciba el encargo, a la que también le será facilitado el proyecto o presupuesto del servicio concreto u obra calculado conforme a lo indicado en el párrafo b) de este apartado, con desagregación de las partidas que podrán ser subcontratadas, así como en su caso el programa de los trabajos o actuaciones a realizar. La comunicación de la resolución por la que se efectúa el encargo de una actuación al medio propio supondrá la orden para iniciarlo.

d) Los encargos de ejecución que se formalicen deberán ser publicados en los términos y condiciones establecidos en la normativa de transparencia pública de Andalucía.

6. Los medios propios personificados que reciban los encargos realizarán sus actuaciones conforme al documento de definición que la entidad ordenante les facilite y siguiendo las indicaciones de la persona designada para dirigir cada actuación, la cual podrá supervisar en cualquier momento la correcta realización del objeto del encargo y, especialmente, verificar la correcta ejecución de los contratos que para el cumplimiento de dicha finalidad se concierten.

7. El pago del importe de los trabajos realizados se efectuará con la periodicidad establecida en la resolución por la que se ordene el encargo y conforme a la actuación efectivamente realizada, una vez expedida certificación de conformidad por la persona designada para dirigir la actuación y aprobada la misma y/o el documento que acredite la realización total o parcial de la actuación de que se trate. También se deberá aportar certificación en la que conste la



aplicación de las tarifas aprobadas a los trabajos ejecutados, así como el coste efectivo soportado por el medio propio para las actividades que se subcontraten con empresarios particulares o entidades del sector público en los casos en que estos costes sean inferiores al resultante de aplicar las tarifas a las actividades subcontratadas, mediante la relación detallada y certificada de las facturas que deba abonar el medio propio. En el caso de actuaciones financiadas con fondos procedentes de la Unión Europea, deberá asegurarse la posibilidad de subvencionar estos gastos de acuerdo con lo establecido en la normativa comunitaria.

No obstante, en las condiciones y con los requisitos que se determinen por el órgano o entidad competente para efectuar el encargo, este podrá autorizar pagos en concepto de anticipo, cuya cuantía no podrá superar los límites establecidos en el artículo 26.3 del texto refundido de la Ley General de la Hacienda Pública de la Junta de Andalucía, debiendo quedar justificado el anticipo antes de los tres meses siguientes a la finalización del plazo de ejecución del encargo y, en todo caso, con anterioridad al último pago que proceda.

8. Los negocios jurídicos que deban celebrarse por los medios propios que reciban los encargos, para la ejecución de los mismos, quedarán sometidos a las reglas previstas en el apartado 7 del artículo 32 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre.

9. Las actuaciones que se realicen en virtud de los encargos serán de la titularidad de la Junta de Andalucía, adscribiéndose, en aquellos casos en que sea necesario, a la Consejería, agencia o entidad ordenante de su realización.

10. Cuando sea necesario introducir alguna modificación en el encargo, deberá acordarse mediante resolución, sobre la base de la propuesta técnica de la persona designada para dirigir la actuación, integrada por los documentos que justifiquen, describan y valoren dicha modificación.

11. Cuando por retraso en el comienzo de la ejecución del encargo sobre lo previsto al iniciarse el expediente, por modificaciones en el mismo o por cualesquiera otras razones de interés público debidamente justificadas, se produjese desajuste entre las anualidades establecidas en la resolución en que se formalizó el encargo y las necesidades reales en el orden económico que el normal desarrollo de los trabajos y actuaciones exija, el órgano competente que efectuó el encargo procederá a reajustar las anualidades, siempre que lo permitan los créditos presupuestarios.

En los encargos a medios propios personificados que cuenten con programa de trabajo, cualquier reajuste de anualidades exigirá su revisión, para adaptarlo a los nuevos importes anuales, debiendo ser aprobado por el órgano ordenante el nuevo programa de trabajo resultante.

12. Los encargos a sociedades mercantiles y fundaciones del sector público andaluz no podrán implicar, en ningún caso, la atribución de potestades, funciones o facultades sujetas al Derecho Administrativo.

13. Las memorias integrantes de las cuentas anuales de los medios propios personificados destinatarios de los encargos deberán incluir información del coste de realización material de la totalidad de los encargos realizados en el ejercicio, así como del cumplimiento de los requisitos establecidos, en cada caso, en los apartados 2.b) y 4.b) del artículo 32 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, en los términos que determine la Intervención General de la Junta de Andalucía.

14. Cuando los poderes adjudicadores deban actuar de manera inmediata con motivo de la declaración de cualquiera de los estados contemplados en el artículo 116 de la Constitución, o debido a catástrofes, situaciones que supongan grave peligro o calamidades de cualquier naturaleza, y concurren los requisitos para la adopción de un encargo a medio propio personificado para que realice las actividades necesarias, éstas serán ejecutadas por la correspondiente entidad instrumental o consorcio adscrito, con carácter, además de obligatorio, prioritario, de acuerdo con el siguiente régimen excepcional:

a) En estas actuaciones se podrán disponer o movilizar directamente los medios de las entidades encargadas que se requieran, ordenándoles las actuaciones necesarias para conseguir la más eficaz protección de las personas, los bienes y el mantenimiento de los servicios, sin sujeción al régimen administrativo ordinario de actuación previsto en el apartado 6 de este artículo, incluso el de la existencia de crédito suficiente. En caso de que no exista crédito adecuado



y suficiente, una vez adoptado el acuerdo de emergencia, se procederá a su dotación de conformidad con lo establecido en el texto refundido de la Ley General de la Hacienda Pública de la Junta de Andalucía.

b) De estos encargos de emergencia adoptados por el órgano competente se dará cuenta al Consejo de Gobierno por la persona titular de la Consejería correspondiente en el plazo máximo de dos meses desde que se dictó el acuerdo, acreditándose en este trámite la existencia de crédito adecuado y suficiente. A la comunicación correspondiente se acompañará la oportuna retención de crédito o documentación que justifique la iniciación del expediente de la necesaria modificación presupuestaria.

c) El libramiento de los fondos se realizará directamente al ente destinatario del encargo mediante pagos en firme por el importe de cada una de las certificaciones que se expidan, previa conformidad del servicio correspondiente.

Excepcionalmente, y previa acreditación de la necesidad de efectuar pagos con carácter inmediato, la Consejería competente en materia de Hacienda podrá autorizar expresamente el libramiento de fondos con el carácter de pagos en firme de justificación diferida, que podrán alcanzar hasta el 100 % del importe total que comprenda la actividad necesaria para remediar la situación de emergencia.

En este caso, los fondos serán librados previa presentación del programa de trabajo de realización de las actuaciones objeto del encargo, quedando obligados los perceptores a justificar la aplicación de las cantidades recibidas a la finalización del plazo de ejecución.”

Tal y como justifica la exposición de motivos, se adecúa la normativa de la Comunidad Autónoma a la legislación básica y, en el ejercicio de la potestad de auto organización¹, se “actualizan” las condiciones y trámites que la entidad ordenante debe cumplir para adoptar y ejecutar la decisión de encargo. En concreto, mientras que los apartados primero al cuarto regulan los requisitos exigidos a las entidades instrumentales de la Administración de la Junta de Andalucía, así como a los consorcios adscritos a la misma, para que puedan tener la consideración de medio propio, el apartado quinto regula el régimen jurídico del encargo a cualquier medio propio exigiendo, en todo caso, la justificación de la necesidad o conveniencia de la realización de los trabajos a través de la figura del encargo, mediante la acreditación de alguna de las siguientes circunstancias: a) Ser una opción más eficiente que la contratación pública y resulte 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 las prestaciones propias de los contratos de obras, suministros, servicios, concesión de obras y concesión de servicios, suministradas por el medio propio.

Por tanto, existe una norma jurídica clara e inequívoca que resuelve en el ordenamiento autonómico las dudas surgidas acerca de si el control de adecuación del medio propio ha de hacerse “encargo a encargo”. Al menos desde 1 de enero de 2021, fecha de entrada en vigor del artículo 53 bis de la LAJA, no estamos ya ante una regulación que permita varias interpretaciones sino ante un precepto cuya literalidad es clara no dejando margen para interpretaciones alternativas (in claris non fit interpretatio).

Se plantea expresamente si el requisito establecido en la letra a) del apartado 5 del artículo 53. bis de la LAJA es de aplicación a los encargos que se realicen a TRAGSA y su filial TRAGSATEC. El citado precepto no distingue, dice literalmente que “El encargo al medio propio personificado, en el que la entidad del sector público actuará por cuenta y bajo la supervisión y control de la Consejería o agencia u otra entidad ordenante, se regirá en su otorgamiento y ejecución por lo dispuesto en la resolución que la establezca,

¹ El Estatuto de Autonomía para Andalucía atribuye en su artículo 47.1.1ª a la Comunidad Autónoma la competencia exclusiva sobre el procedimiento administrativo derivado de las especialidades de la organización propia de la Comunidad Autónoma y la estructura y regulación de los órganos administrativos públicos de Andalucía. Por otra parte, según el artículo 47.2.3ª del mismo texto legal, la Comunidad Autónoma ostenta la competencia compartida con el Estado sobre los contratos y concesiones administrativas.



sometiéndose en todo caso a las siguientes condiciones y trámites (...), por lo tanto resulta de aplicación a todo acuerdo de encargo con independencia de cual sea el medio propio.

Finalmente, la posibilidad de someter la operación interna a un parámetro de subsidiaridad no es ajena a la doctrina del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, que en su sentencia de 3 de octubre de 2019, asunto Kauno miesto savivaldybe (C-285/18), dispone que “A la vista de las consideraciones anteriores, procede responder a la tercera cuestión, letra a), que el artículo 12, apartado 1, de la Directiva 2014/24 debe interpretarse en el sentido de que no se opone a una regla nacional por la que un Estado miembro supedita la celebración de una operación interna, en particular, a la condición de que la adjudicación de un contrato público no permita garantizar la calidad de los servicios prestados, su disponibilidad o su continuidad siempre que la opción en favor de un modo de prestación de servicios en particular, y realizado en una fase anterior al de la adjudicación del contrato público, respete los principios de igualdad de trato, no discriminación, reconocimiento mutuo, proporcionalidad y transparencia.” (considerando 50) “Además, la libertad que se da a los Estados miembros se pone de relieve más claramente en el artículo 2, apartado 1, de la Directiva 2014/23/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, relativa a la adjudicación de contratos de concesión (DO 2014, L 94, p. 1), a tenor del cual: «La presente Directiva reconoce el principio de libertad de administración de las autoridades nacionales, regionales y locales, de conformidad con el Derecho nacional y de la Unión. Dichas autoridades tienen libertad para decidir la mejor forma de gestionar la ejecución de obras o la prestación de servicios, en particular garantizando un alto nivel de calidad, seguridad y accesibilidad económica, la igualdad de trato y la promoción del acceso universal y de los derechos de los usuarios en los servicios públicos. Dichas autoridades podrán optar por realizar sus funciones de interés público con recursos propios o en colaboración con otras autoridades o confiarlas a operadores económicos.» (Considerando 47)

III - CONCLUSIONES

1.- Existe una norma jurídica clara e inequívoca que resuelve en el ordenamiento autonómico las dudas surgidas acerca de si el control de adecuación del medio propio ha de hacerse también “encargo a encargo”. El artículo 53 bis.5 de la LAJA dispone:

5. El encargo al medio propio personificado, en el que la entidad del sector público actuará por cuenta y bajo la supervisión y control de la Consejería o agencia u otra entidad ordenante, se regirá en su otorgamiento y ejecución por lo dispuesto en la resolución que la establezca, sometándose en todo caso a las siguientes condiciones y trámites:

a) Se formalizará mediante resolución dictada por la persona competente de la entidad ordenante, que deberá incluir, además de los antecedentes que procedan, la determinación de las actuaciones a realizar, la forma y condiciones de realización de los trabajos, su plazo de ejecución, su importe, la partida presupuestaria a la que, en su caso, se imputa el gasto, así como sus anualidades y los importes de cada una de ellas, la persona designada para dirigir la actuación a realizar y, finalmente, los compromisos y obligaciones que deberá asumir la entidad que reciba el encargo, justificándose, en todo caso, la necesidad o conveniencia de realización de los trabajos a través de esta figura, mediante la acreditación de alguna de las circunstancias indicadas en los párrafos a) y b) del apartado 2 de este artículo.

Ello sin perjuicio de la necesaria acreditación de las circunstancias previstas en el apartado segundo del artículo 53 bis para la consideración como medio propio de una entidad instrumental de la Administración de la Junta de Andalucía, así como de los consorcios adscritos a la misma.

2.- La justificación es exigible de todos los encargos con independencia de cual sea el medio propio.

Es todo cuanto se ha de informar.