



*Audiencia de Cuentas de Canarias*

**DICTAMEN ELABORADO EN RELACIÓN CON LA CONSULTA FORMULADA POR EL ALCALDE-PRESIDENTE DEL AYUNTAMIENTO DE INGENIO RELATIVO A DIVERSAS CUESTIONES PLANTEADAS ENTRE LA SOCIEDAD PRIVADA MUNICIPAL “INGENIO SOCIEDAD DE GESTIÓN S.L.” Y EL CABILDO INSULAR DE GRAN CANARIA.**

En la Sesión del Pleno de la Audiencia de Cuentas de Canarias, celebrada los días 29 y 30 de julio de 2009, se aprobó el Dictamen, que a continuación se transcribe en relación con la consulta formulada por el Alcalde-Presidente del Ayuntamiento de Ingenio relativo a diversas cuestiones planteadas entre la Sociedad Privada Municipal “Ingenio Sociedad de Gestión S.L.” y el Cabildo Insular de Gran Canaria:

“El Pleno de la Audiencia de Cuentas Canarias, en su Sesión celebrada el día 17 de junio de 2009, en relación al escrito de fecha 26 de mayo de 2009 del Sr. Alcalde-Presidente de la Villa de Ingenio por el que interesa la emisión de un Dictamen sobre justificación de la ejecución de las prestaciones encomendadas a una empresa pública en cuanto medio propio y servicio técnico del Ayuntamiento, y previos los trámites establecidos en el artículo 36 del Reglamento de Organización y Funcionamiento de la Audiencia de Cuentas.

Una vez finalizados todos los trámites establecidos en el precitado artículo, a continuación se expone el criterio de esta Institución respecto a la consulta planteada:

Para analizar la cuestión planteada habrá de tenerse en cuenta las disposiciones que conforman el marco jurídico de las denominadas encomiendas de gestión, y que se contienen en la Ley 30/2007, de 30 de octubre de Contratos del Sector Público (en adelante LCSP), que en su artículo 4.1.n) excluye los negocios jurídicos en cuya virtud se encargue la realización de una determinada prestación a una entidad que conforme a lo señalado en el artículo 24.6 tenga atribuida la condición de medio propio y servicio técnico del mismo; así como el artículo 24 que regula la ejecución de obras y fabricación de bienes muebles por la Administración, y ejecución de servicios con la colaboración de empresarios particulares.

La LCSP regula dos figuras jurídicas perfectamente diferenciadas, una, regulada en el artículo 4.1.n) que se configura como negocio jurídico excluido de la LCSP, y otra, la ejecución de obras y servicios y fabricación de bienes muebles regulada en el artículo 24, figura esta segunda que, a diferencia de la anterior, sí que se encuentra dentro del ámbito de aplicación de dicha Ley.

La ejecución empleando exclusivamente medios propios constituye un negocio jurídico excluido del ámbito de aplicación de la LCSP de acuerdo con lo establecido en su artículo 4.1.n) siempre que se encargue a una entidad que conforme a lo establecido en el artículo 24.6 de la LCSP tenga atribuida la condición de medio propio.



## *Audiencia de Cuentas de Canarias*

El citado artículo 24.6 dispone que, para que los entes, organismos y entidades del sector público sean considerados medios propios y servicios técnicos de los poderes adjudicadores, han de concurrir los siguientes requisitos: realizar la parte esencial de su actividad con tales poderes adjudicadores, que éstos tengan sobre los medios propios un control análogo al que puedan ejercer sobre sus propios servicios y que el capital de las entidades societarias sea en su totalidad de titularidad pública y que éstos tengan sobre los medios propios un control análogo al que puedan ejercer sobre sus propios servicios.

En todo caso, se entenderá que los poderes adjudicadores ostentan sobre un ente, organismo o entidad un control análogo al que tienen sobre sus propios servicios si pueden conferirles encomiendas de gestión que sean de ejecución obligatoria para ellos de acuerdo con instrucciones fijadas unilateralmente por el encomendante y cuya retribución se fije por referencia a tarifas aprobadas por la entidad pública de la que dependen. Son estas dos características, la ejecución obligatoria y la fijación de la retribución mediante tarifas, que tipifican el citado control, y la realización de la parte esencial de su actividad con el poder adjudicador, las que configuran a la relación de naturaleza instrumental y no contractual, por lo que, a todos los efectos, son de carácter interno, dependiente y subordinado.

De lo expuesto se deduce que el poder adjudicador que realice el encargo deberá ser uno de los incluidos en el artículo 3.3 de la LCSP.

En suma, conforme a la doctrina de “in house providing” establecida por el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (en adelante TJCE), quedan sujetos a la normativa comunitaria todos los contratos cuyo objeto sea alguno de los contemplados en la Directiva 2004/18/CE sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos, cuando celebren a título oneroso y por escrito, entre una entidad adjudicadora, en el sentido que la Directiva atribuye al término, y un contratista o proveedor que sea una persona jurídicamente distinta de aquella entidad y autónoma respecto de ella desde el punto de vista de la adopción de sus decisiones.

Sin embargo, no quedarán sujetos a la normativa comunitaria sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos, aquellas relaciones de colaboración que, aún reuniendo esas características en cuanto a su objeto, carácter oneroso y forma escrita, se celebren entre una entidad adjudicadora y una persona que, aún siendo jurídicamente diferente de aquélla, se encuentre bajo el pleno control de esa entidad adjudicadora y realice respecto de ella la parte esencial de su actividad, como dice literalmente el TJCE, “a la vez, el ente territorial ejerza sobre la persona de que se trate un control análogo al que ejerce sobre sus propios servicios y esta persona realice la parte esencial de su actividad con el ente o los entes que la controlen”, circunstancias que configuran la situación económico-jurídica denominada “in house providing” en el marco de la cual el contratista, aún cuando formalmente ostente personalidad jurídica propia e independiente de la del contratante que le encarga la ejecución de las prestaciones contractuales, en realidad no es otra cosa que un medio instrumental del contratante, completamente dependiente de él y sin una verdadera capacidad decisoria autónoma, lo que



## *Audiencia de Cuentas de Canarias*

excluye la naturaleza contractual y convierte en instrumental la relación jurídica entre estas partes.

Al referirse, en el primer inciso del artículo 4.1.n) de la LCSP, a la realización de una determinada prestación, sin hacer distinción alguna entre los distintos tipos de contratos, el encargo podrá recaer sobre cualquiera de los tipos de contratos incluidos dentro del ámbito objetivo de la LCSP.

Pero si en el primer inciso del artículo 4.1.n) habla de “negocios jurídicos” entre una entidad y un medio propio, en el siguiente inciso ya se refiere a los “contratos” que este medio propio pueda celebrar para la realización del encargo, los cuales quedarán sometidos a la LCSP en los términos que sean procedentes de acuerdo con la naturaleza de la entidad que los celebre y el tipo y cuantía de los mismos.

Es decir, en la cadena de relaciones encomendante-medio propio-contratista, pueden confluir un negocio jurídico excluido de la LCSP y un contrato sometido a la LCSP.

La cita de que los contratos que celebre el medio propio están sometidos a la LCSP parece innecesaria, porque si tal medio propio reúne las condiciones para estar incluido dentro del ámbito subjetivo del artículo 3 de la LCSP le será lógicamente aplicable la LCSP en los términos que se establecen en la misma en razón de la naturaleza de la entidad y del tipo y cuantía de los contratos que celebre. Pero es que además si el medio propio es a su vez una Administración, en los términos contenidos en el artículo 3.2 de la LCSP, podría situarse en una primera posición a los efectos de realizar los encargos previstos en el artículo 24 LCSP con las consecuencias que se derivan de la utilización de la figura jurídica que en este artículo se regula.

Continúa el art. 4.1.n) de la LCSP disponiendo que, en todo caso, cuando se trate de contratos de obras, servicios o suministros cuyas cuantías superen los umbrales establecidos en la Sección 2.<sup>a</sup> del Capítulo II de este Título Preliminar, las entidades de derecho privado deberán observar para su preparación y adjudicación las reglas establecidas en los artículos 121.1 y 174.

Entrando en el análisis del artículo 24 de la LCSP hay que indicar que el órgano que efectúe la ejecución de las obras, fabricación de bienes muebles o ejecución de servicios deber ser una Administración en el sentido del artículo 3.2 de la LCSP, y ello se deduce tanto por el texto del título del artículo 24 de la LCSP como de su apartado 1 referido a la ejecución de las obras, como de su apartado 2 referente a la fabricación de bienes muebles, pues todos ellos se refieren a actuaciones de la Administración; y si bien, el apartado 3 que trata de ejecución de servicios, no contempla expresamente a la Administración, es cierto que el apartado 4 indica que todos estos contratos estarán a cargo de los servicios de la Administración.

Es decir, el sistema de ejecución de los contratos contemplados en el artículo 24 está previsto exclusivamente para aquellos sujetos que tengan la consideración de Administración



## *Audiencia de Cuentas de Canarias*

Pública y no para aquéllos otros que aún perteneciendo al sector público no lo sean, y ésto se confirma en el apartado 4 en el que califica a estos contratos, cuando la ejecución se haga con empresarios colaboradores, como de carácter administrativo especial, sin constituir contratos de obras, suministros o servicios, puesto que si fueran realizados por sujetos del sector público que no son Administración Pública serían contratos privados.

La ejecución de estos contratos podrá realizarse empleando exclusivamente medios propios, en estos casos podrán ser tanto mediante servicios no personificados como personificados, estos últimos son los que se regulan en el apartado 6 cuyas características ya se analizaron y que se incluyen dentro de la figura “In house providing”.

También podrá llevarse a cabo estos contratos con la colaboración de empresarios particulares, siempre que el importe de la parte a cargo de éstos sea inferior a los umbrales para que los contratos queden sujetos al Derecho comunitario.

La primera cuestión que resalta de la regulación legal es que a tales empresarios no se les denomina contratistas sino colaboradores, de lo que se deduce que como tales colaboradores no asumen el riesgo y ventura en la ejecución del contrato puesto que éste está a cargo del órgano gestor de la Administración; y que en consecuencia sólo ejecutan parte del contrato, de manera que la Administración ha de realizar otra parte con sus medios propios.

Dado que la posición que puede ocupar la Administración, los medios propios y las empresas colaboradas, puede ser diversa y que las limitaciones establecidas en el artículo 24 de la LCSP pueden operar de diferente forma según los casos, conviene examinar los distintos supuestos que se pueden plantear:

a) Que la Administración utilice materialmente sus propios servicios no personificados.

En estos casos la Administración asume directamente el papel principal en la ejecución de las obras, fabricación de bienes muebles o realización de servicios, no existiendo contrato alguno, salvo los de los posibles suministros o aprovisionamientos a que antes se ha aludido, por lo que no opera limitación alguna.

b) Que la Administración utilice sus medios propios, mediante entes, organismos, o entidades como medios instrumentales y éstos realicen la ejecución materialmente con sus propios medios.

En estos casos, supuesto que tales entes instrumentales cumplan los requisitos contemplados en el apartado 6 del artículo 24 de la LCSP, nos encontraríamos en las mismas circunstancias que el apartado anterior en cuanto a la inexistencia de contrato.

c) Que la Administración utilice sus medios propios, ya sea mediante servicios no personificados o entes instrumentales, junto con empresas colaboradoras.



## *Audiencia de Cuentas de Canarias*

A la parte realizada materialmente por la Administración por sus propios servicios o mediante entes instrumentales se le aplicarían las consideraciones expuestas en las letras a) y b) anteriores, y a la parte ejecutada por empresas colaboradas el límite de los umbrales comunitarios al conjunto de todas ellas, y en los casos de ejecución de obras de las letras a) y b) del artículo 24.1 el límite del 50 por ciento del importe del total del proyecto tal como se indica en su apartado 4.

d) Que la Administración utilice sus medios propios, mediante entes, organismos, o entidades como medios instrumentales, y éstos al no disponer de medios para realizar materialmente la ejecución tengan que contratar a terceros.

La cuestión aquí es dilucidar el papel que desempeña el ente instrumental cuando encarga a su vez la totalidad de las actuaciones a terceros, porque en realidad el ente no realiza la obra, fabrica los bienes muebles o realiza el servicio materialmente con sus medios, se limita a tramitar un procedimiento de contratación del que resultaría adjudicatario un empresario que es el que realmente lleva a cabo el encargo.

En estos casos no es posible utilizar la figura del empresario colaborador puesto que como ya se dijo éste sólo asume la ejecución de una parte, y en el presente supuesto el medio propio contrata la totalidad con un tercero.

Por lo que estos encargos habrán que reconducirse a través del artículo 4.1.n) de la LCSP en el que el medio propio podrá contratar la totalidad de la prestación con terceros, aplicándoseles, dependiendo de que el medio propio sea una Administración o no, las reglas a tal efecto establecidas en la LCSP. Llegado a este punto, parece conveniente establecer las diferencias fundamentales entre los regímenes contenidos en el artículo 4.1.n) y en el 24.

El régimen contenido en el artículo 4.1.n) presenta las siguientes características:

- El encargo puede hacerlo cualquier ente del sector público que sea poder adjudicador.
- El encargo puede tener por objeto cualquier prestación incluida dentro del ámbito de la LCSP.
- En la contratación con terceros éstos pueden asumir la ejecución de la totalidad de la prestación.
- Los contratos con terceros tendrán la calificación jurídica que se derive de la naturaleza del contrato de acuerdo con los distintos tipos previstos en la LCSP.
- El riesgo y ventura de los contratos celebrados con terceros recaerá en estos.

Las características que presenta el régimen del **artículo 24** son las siguientes:

- El encargo sólo lo puede hacer una Administración Pública en el sentido previsto en el artículo 3.2 de la LCSP.



## *Audiencia de Cuentas de Canarias*

- Las prestaciones que pueden tener por objeto el encargo son exclusivamente la ejecución de obras, la fabricación de bienes muebles o la ejecución de servicios.
- Los empresarios colaborados sólo pueden ejecutar una parte de la prestación.
- Los contratos celebrados con las empresas colaboradoras tienen el carácter de administrativos especial.
- El riesgo y ventura en la ejecución del contrato recae en la Administración, ya que la ejecución estará a cargo de sus servicios.

Aplicando las anteriores consideraciones al caso particular planteado en la consulta, resulta que la Sociedad Privada Municipal “Ingenio Sociedad de Gestión, S.L.” (en adelante ISOGES) de acuerdo con lo establecido en el artículo 3 de la LCSP es una sociedad mercantil que tiene la consideración de entidad perteneciente al sector público, es un poder adjudicador pero no es Administración Pública y sus contratos tienen el carácter de privados.

Por tanto ISOGES como medio propio de la Administración podrá recibir encargos tanto por el sistema previsto en el artículo 4.1.n) como en el artículo 24 de la LCSP, aplicándosele el régimen jurídico analizado con anterioridad según los casos.

Ahora bien, dado que ISOGES no tiene la consideración legal, según la LCSP, de Administración Pública, sus contratos no pueden revestir el carácter de administrativos, ni puede utilizar ella directamente, para la contratación con terceros mediante empresarios colaboradores, el procedimiento previsto en el artículo 24, sino que tendrá que efectuar las contrataciones siguiendo las normas previstas en los artículos 174 y 175 para los poderes adjudicadores que no son Administración Pública.

Por lo que se refiere a la aplicación directa del artículo 4.1.n) de la LCSP, podrá utilizarlo respecto de las entidades que puedan considerarse medio propio suyo, a las que podrá ordenar los correspondientes encargos.

En definitiva, las contrataciones que realice ISOGES con terceros, ya deriven de un encargo realizado a través del artículo 4.1.n) o del artículo 24, siempre se tramitarán por los procedimientos previstos en los artículos 174 y 175 de la LCSP.

En todo caso, la consideración de medio propio debe recogerse de manera expresa en las normas reguladoras y, además, éstas deberán establecer su régimen de pagos por la prestación a realizar y, en su caso, el sistema para la determinación de su cuantía.

En cuanto al sistema de justificación más apropiado, sería por tarifas representativas de los costes reales cuando el ente instrumental asuma la mayor parte del riesgo y ventura, y si al contrario, cuando el riesgo y ventura se traslade a un contratista total o mayoritariamente, se produciría la justificación con los costes reales incurridos directamente en la prestación de terceros, más la facturación del porcentaje de costes corporativos.



## *Audiencia de Cuentas de Canarias*

El ente instrumental podrá percibir tarifas por las unidades realizadas con carácter accesorio facturando dichas tarifas, conjuntamente con el referido porcentaje o tarifa de gestión.

La retribución que percibe el ente instrumental considerado medio propio se ha de fijar por referencia a tarifas aprobadas por la entidad pública de la que dependa, tal como indica el segundo párrafo del artículo 24.6 de la LCSP.

Cuestión aparte será la forma de cálculo de esas tarifas en atención a los posibles supuestos que se puedan presentar y sobre la que la legislación de contratos no contiene disposición alguna.

En el caso de que sea el ente instrumental el que con sus propios medios realice la totalidad de las actuaciones, su retribución será, como ya se ha dicho, la fijada mediante tarifas aprobadas por la entidad pública de la que dependa.

Pero cuando el ente instrumental contrate a su vez con terceros la ejecución, en estos casos existe una actividad de gestión por parte del ente instrumental, no comprensiva de la ejecución material del encargo sino de la selección del empresario, pues bien, en este supuesto el ente instrumental actúa como un poder adjudicador y, cuando la prestación tenga por objeto la ejecución de obras, el suministro de bienes muebles o la realización de servicios, el precio del contrato únicamente será el de la prestación efectivamente ejecutada por el contratista, sin que parezca procedente repercutir ningún otro pago (basado en tarifas) al no tratarse de una operación in house providing.

En consecuencia, la propia Ley prevé el establecimiento de un sistema de tarifas como forma de determinar el precio o la retribución que la Administración encomendante pagará a la entidad que, reuniendo los requisitos para ser considerada como medio propio y servicio técnico de ésta, ejecute la prestación encomendada. Por lo demás, la aplicación de las tarifas aprobadas por la Administración a las unidades efectivamente producidas o ejecutadas por dicha entidad permitirá justificar el importe de la prestación efectuada y los documentos contables con validez jurídica que acrediten el pago de dicho importe servirán de justificante del gasto realizado por la Administración encomendante. Si, además, como indica la LCSP para el caso de TRAGSA, dichas tarifas se calculan de forma que representen los costes reales de realización, el importe pagado se corresponderá con el coste que soporta la entidad que, como medio propio de la Administración, ejecuta la prestación. El sistema de tarifas, al establecer precios o retribuciones por unidad ejecutada, actúa para la entidad como un presupuesto previo aprobado por la Administración y al que la entidad deberá atenerse para ejecutar la prestación que se le encomiende.

## **CONCLUSIÓN**



## *Audiencia de Cuentas de Canarias*

- 1.- A ISOGES se le podrán encargar encomiendas de gestión por los sistemas previstos en los artículos 4.1.n) y 24 de la LCSP.
- 2.- Las contrataciones que realice ISOGES con terceros, ya deriven de un encargo realizado a través del artículo 4.1.n) o del artículo 24, siempre se tramitarán por los procedimientos previstos en los artículos 174 y 175 de la LCSP.
- 3.- Los entes instrumentales deberán respetar, en las contrataciones que realicen con terceros, las disposiciones que prohíben el fraccionamiento de los contratos así como las establecidas para la adjudicación por lotes.
- 4.- Corresponde a las entidades públicas de las que dependan los entes instrumentales aprobar las tarifas para la retribución de las encomiendas de gestión que sean de ejecución obligatoria. No corresponde a esta Audiencia de Cuentas entrar en otros detalles sobre la composición de las referidas tarifas dado que la legislación de contratos no contiene precepto alguno al respecto.
- 5.- El establecimiento de un sistema de tarifas es compatible con el ordenamiento jurídico en materia de contratación, como forma de determinar y justificar la retribución que percibirá una entidad que, conforme a lo señalado en el artículo 24.6 de la LCSP, tenga atribuida la condición de medio propio y servicio técnico de la Administración, por la ejecución de las prestaciones que ésta le encomiende cuando ejecute todo o parte de la obra, el servicio o el suministro con sus propios medios.

Los sistemas regulados en los artículos 4.1.n) y 24 de la LCSP constituyen figuras jurídicas distintas con un régimen jurídico para cada una de ellas en los términos expuestos en este Informe.

Cuando el ente instrumental y servicio técnico actúa como un poder adjudicador y la prestación tenga por objeto la ejecución de obras, el suministro de bienes muebles o la realización de servicios, el precio del contrato únicamente será el de la prestación efectivamente ejecutada por el contratista, sin que parezca procedente repercutir ningún otro pago (basado en tarifas) al no tratarse de una operación in house providing”.

Santa Cruz de Tenerife, a tres de agosto de dos mil nueve.