

**INFORME 7/2007, DE 21 DE ABRIL DE 2008. APLICACIÓN DEL SISTEMA DE TARIFAS PARA LA RETRIBUCIÓN DE LA EJECUCIÓN DE LAS PRESTACIONES ENCOMENDADAS A LAS EMPRESAS PÚBLICAS EN CUANTO MEDIO PROPIO Y SERVICIO TÉCNICO DE LA GENERALITAT.**

Con fecha 20 de noviembre de 2007 ha tenido entrada en la Secretaría de la Junta Superior de Contratación Administrativa solicitud de informe formulada por la Dirección General de Economía del siguiente tenor literal:

*“ A la vista de lo establecido en la disposición adicional trigésima de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público, que entrará en vigor a los seis meses de su publicación en el BOE, en su apartado 7:*

*El importe de las obras, trabajos, proyectos, estudios y suministros realizados por medio del grupo TRAGSA se determinará aplicando a las unidades ejecutadas las tarifas correspondientes. Dichas tarifas se calcularán de manera que representen los costes reales de realización y su aplicación a las unidades producidas servirá de justificante de la inversión o de los servicios realizados.*

*En la Generalitat, las Consellerías de Medio Ambiente, Agua, Urbanismo y Vivienda y de Agricultura, Pesca y Alimentación ejecutan proyectos a través de la empresa pública VAERSA en el marco del Convenio de Colaboración de la Generalitat Valenciana en materia de actuaciones de su competencia con el medio propio instrumental VAERSA, suscrito el 22 de febrero de 2000 y publicado en el DOGV nº 3.747 de 11 de mayo de 2000.*

*El precio de estos proyectos encomendados a VAERSA se fija de acuerdo a lo establecido en el Convenio de Colaboración. En el punto 7 del mismo se establece: “Por la realización de las obras, trabajos y asistencias técnicas, consultorías y suministros y prestación de servicios obligatorios, que se encomienden a VAERSA por orden de la Generalitat Valenciana, como medio propio y servicio técnico de la misma, percibirán el importe de los costes en que hubiesen incurrido, mediante la aplicación del sistema de tarifas regulado en la presente cláusula”.*

*Con relación a la financiación comunitaria, las Consellerías referidas anteriormente certifican, a través de los Certificados de Elegibilidad, proyectos a la DG de Economía, cuyos pagos proceden de la Consellería a VAERSA en aplicación del sistema de tarifas estipulado en el Convenio. En la mayoría de los casos, VAERSA contrata la ejecución de las obras o prestación de servicios con un tercero, lo que significa que los pagos de la Consellería a VAERSA no coinciden ni en el tiempo ni en las cuantías con los pagos de VAERSA al tercero (subcontratista).*

*En cumplimiento del art. 4 del Reglamento 438/2001, la verificación a tal efecto realizada, conlleva que se detecten incidencias en cuanto a la elegibilidad de los gastos*

*que se presentan, concretamente en lo que se refiere a lo dispuesto en el artículo 32 del Reglamento (CE) nº 1260/1999 del Consejo y en la Norma 1.2.1 del Reglamento 448/2004 de la Comisión que establece la obligación del Beneficiario Final de garantizar que los gastos certificados han sido efectivamente realizados y pagados. En este sentido, los Certificados de Elegibilidad que emite la Conselleria no estarían soportados por el gasto realmente ejecutado, ya que en muchos casos las obras o servicios las está llevando a cabo un tercero contratado por VAERSA.*

*Considerando lo anteriormente expuesto se nos plantean las siguientes cuestiones:*

*1ª) Tal como se indica para TRAGSA en la Ley 30/2007, ¿sirve la aplicación del sistema de tarifas implementado por VAERSA como justificante de la inversión o de los servicios realizados?*

*2ª) En caso afirmativo, de acuerdo con la normativa comunitaria en materia de contratación, ¿sería de aplicación dicho criterio?*

*3ª) En caso afirmativo, ¿cabría la posibilidad de hacer extensible en la actualidad lo dispuesto en la disposición adicional trigésima, apartado 7, de la Ley 30/2007, al caso de VAERSA?"*

## CONSIDERACIONES JURÍDICAS

La disposición adicional trigésima de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público, establece el régimen jurídico subjetivo específicamente aplicable al grupo de sociedades mercantiles formado por TRAGSA y las sociedades cuyo capital sea íntegramente de su titularidad. Todos los apartados de dicha disposición, incluido el apartado 7 que motiva la consulta, vienen referidos al grupo empresarial citado y, por tanto, no son aplicables o no obligan directamente a otras entidades distintas de las indicadas, aunque tuvieran finalidades semejantes. Igualmente, dicha disposición tampoco constituye legislación básica aplicable a todas las Administraciones Públicas y a las entidades dependientes de ellas, al estar expresamente excluida de tal consideración por la disposición final séptima de la misma Ley.

No obstante lo anterior, la cuestión planteada por la dirección general de Economía, en relación con lo dispuesto en el apartado 7 de la disposición adicional trigésima, puede encontrar parcialmente respuesta en otros preceptos de la Ley 30/2007 que, cuando entre en vigor, sí serán plenamente aplicables al caso de la empresa pública objeto de consulta, por haber sido declarados legislación básica en la citada disposición.

Téngase en cuenta que la disposición adicional trigésima de la Ley no hace sino concretar y ampliar para TRAGSA el régimen general establecido en el artículo 24 de la Ley para la ejecución de obras y fabricación de bienes muebles por la Administración o para la realización por ésta de servicios con la colaboración de empresarios

individuales. Esto es, el llamado autoabastecimiento<sup>1</sup> por parte de la Administración, de obras, suministros o servicios con sus propios medios propios y servicios técnicos también llamados contratos u operaciones "in house providing".

Estos contratos *in house* son una excepción a la publicidad y concurrencia siempre y cuando entre el medio instrumental y servicio técnico se den unos requisitos, admitidos por la Jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas si bien con carácter excepcional y caso a caso.

La STJCE de 18 de noviembre de 1999 (asunto *Teckal*) fija por primera vez el concepto *in house providing* en los supuestos en que exista sobre el ente un control análogo al que se ejerce sobre sus propios servicios y ejecute la mayor parte de su actividad esencial con el ente que le controla. Esta técnica se recoge en el artículo 4 n) de la LCSP, al excluir de la aplicación de la misma los negocios jurídicos entre el ente instrumental y servicio técnico y el ente que lo controla.

Con posterioridad el TJCE se ha ocupado de este tipo de contratos en diversas Sentencias. Así, STJCE 7 de diciembre de 2000, en el asunto *ARGE*; STJCE de 11 de enero de 2005 asunto *Stadt Halle*, apartado 48; STJCE de 13 de octubre de 2005, asunto *Parking Brixen*, apartado 65; STJCE de 11 de mayo de 2006, asunto *Carbotermo*, apartados 37, 38 y 39, 64, 65 y 70; y STJCE de 19 de abril de 2007 (*Tragsa*), apartado 61, entre otras.

En primer requisito que se exige es que el encargo debe formalizarse entre una entidad adjudicadora y una entidad formalmente distinta de ella pero sobre la que ejerce un control análogo al que ejerce sobre sus propios servicios, de tal modo que el proveedor (ente instrumental) no tiene, frente al poder adjudicador, auténtica autonomía desde el punto de vista decisorio, por lo que no existiría una voluntad contractual. Este control debe traducirse en la práctica en absoluta dominación a la hora de la determinación de voluntades, por lo que no existiría un auténtico contrato. Esto significa que la participación debe ser íntegramente pública por lo que en modo alguno puede entenderse que empresas con participación privada puedan ser medios propios, por lo que los encargos deben ser necesariamente objeto de licitación. STJCE de 11 de enero de 2005 *Stadt Halle*, apartado 48)

El segundo requisito que se debe exigir para admitir la existencia de operaciones *in house providing* es que la entidad proveedora debe ejecutar –necesariamente– la parte esencial de su actividad con el ente o los entes que la controlan. O sea, se debe realizar por aquélla la actividad en provecho de quienes les realiza el encargo o encomienda. (Asuntos *Carbotermo* y *Tragsa*.)

En tercer lugar como ha señalado a este respecto el TJCE en la Sentencia Asunto *Parking Brixen*, citada, (apartado 42) es evidente que los poderes públicos son libres para cumplir las funciones que les incumben en su integridad *con recursos propios*, es decir, de forma interna, sin recurrir en modo alguno a prestaciones de empresas jurídicamente independientes, públicas o privadas. Por tanto, no están sujetos a las

<sup>1</sup> Vid. Informe de la Comisión de las Comunidades europeas al Anteproyecto de Ley de Contratos del Sector Público de 12 de diciembre de 2006, en relación con los art. 24 y 4.n) del mismo.

obligaciones derivadas de la normativa en materia de contratos públicos y del artículo 86 CE.

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 (tarifas).

Con mayor o menor acierto la LCSP ha recogido esta jurisprudencia y así concretamente, el apartado 1, letra n), del artículo 4 de la Ley excluye del ámbito de aplicación de la misma los negocios jurídicos mediante los cuales *se encargue 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" [sic]<sup>2</sup>, la realización de una determinada prestación*. Dicho de otra forma, la Administración puede ejecutar con sus propios medios cualquier prestación que precise y se entenderá que lo hace así cuando encomiende, encargue o contrate la ejecución de tal prestación a una entidad que, además de estar capacitada técnicamente para ello, tenga la consideración de medio propio conforme a lo previsto en la Ley. Ahora bien, si la entidad que tiene la consideración de medio propio tuviera, a su vez, que contratar a otros operadores económicos para la realización de las prestaciones objeto del encargo, el mismo precepto establece que tales contratos *quedarán sometidos a la Ley, 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, y, en todo caso, cuando se trate de contratos de obras, servicios o suministros cuyas cuantías superen los umbrales que la propia Ley establece*.

Por su parte, el apartado 6 del artículo 24 de la Ley, que a diferencia de los cinco apartados anteriores sí que tiene carácter básico, establece que podrán considerarse medios propios y servicios técnicos de la Administración, o de otros poderes adjudicadores, aquellas entidades del sector público que realicen la parte esencial de su actividad para aquellos y reúnan los siguientes requisitos:

- a) Que la Administración o los poderes adjudicadores para los que la entidad realice la actividad ostenten sobre ésta un control análogo al que pueden ejercer sobre sus propios servicios.
- b) Que cuando se trate de una sociedad, el capital sea íntegramente de titularidad pública.
- c) Que la condición de medio propio y servicio técnico de la Administración que se le atribuye a la entidad esté *reconocida expresamente por la norma que la cree o por sus estatutos*, que deberán determinar las entidades respecto de las cuales tiene esta condición y precisar el régimen de las encomiendas que se le pueden conferir o las condiciones en que podrán adjudicársele contratos.

En relación con el primero de dichos requisitos, y abundando en la Jurisprudencia referenciada, el mismo precepto establece que, *en todo caso,* "se entenderá que los poderes adjudicadores ostentan sobre un ente, organismo o entidad un control análogo

<sup>2</sup> Entendemos que se refiere al mismo poder adjudicador que hace el encargo.



*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 dependan”.*

En consecuencia, la propia Ley prevé el establecimiento de un sistema de tarifas como una de las formas 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 Ley 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.

Para que la aplicación de los preceptos anteriores sea compatible con la normativa comunitaria en materia de contratación es necesario tener en cuenta que la Directiva 2004/18/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 31 de marzo de 2004, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, de suministro y de servicios, tiene un enfoque distinto y no establece régimen jurídico alguno para la celebración de contratos o negocios jurídicos que no entran en su ámbito de aplicación, como hace la Ley 30/2007. Desde el punto de vista del derecho comunitario, lo relevante es si la entidad creada por la Administración y a la que se le encomienda la prestación la ejecuta esencialmente con sus propios recursos o, por el contrario, contrata con otros operadores económicos la efectiva ejecución de dicha prestación, como sucede en la mayoría de encargos a la empresa pública de la Generalitat, según indica el escrito de la consulta. En este último caso, la entidad actúa como un poder adjudicador de los definidos en la Directiva y cuando la prestación tenga por objeto la ejecución de obras, el suministro de bienes muebles o la realización de servicios, su contratación deberá someterse a la legislación en esta materia siempre que por su importe y características se encuentren dentro de su ámbito de aplicación, como en consonancia con ello establece también el artículo 4.1, letra n) de la Ley 30/2007.

## CONCLUSIONES.

PRIMERA. La disposición adicional trigésima de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público, establece un régimen jurídico específico del grupo de sociedades mercantiles formado por TRAGSA y las sociedades cuyo capital sea íntegramente de su titularidad, que no es directamente aplicable o no obliga a otras entidades distintas de las que forman parte de dicho grupo.

SEGUNDA. 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 Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público, 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 (*operaciones in house providing*).

TERCERA.- Cuando el ente instrumental y servicio técnico actúa como un poder adjudicador de los definidos en la Directiva y la prestación tenga por objeto la ejecución de obras, el suministro de bienes muebles o la realización de servicios, su contratación deberá someterse a la legislación en esta materia siempre que por su importe y características se encuentren dentro de su ámbito de aplicación, como en consonancia con ello establece también el artículo 4.1, letra n) de la Ley 30/2007, y por tanto 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*.

El presente informe se emite al amparo de lo dispuesto en el Decreto 79/2000, de 30 de mayo, del Gobierno Valenciano, por el que se crea la Junta Superior de Contratación Administrativa de la Generalitat Valenciana, y no tendrá carácter vinculante. Por tanto, el órgano consultante podrá adoptar su decisión ajustándose o apartándose del criterio de la Junta, con la obligación de motivar su decisión en este último caso.

LA SECRETARIA DE LA JUNTA



Margarita Vento Torres

VºBº

EL PRESIDENTE DE LA JUNTA  
(p.s. Art.1.1.a) Orden de 11 de junio de 2001  
DOGV 17/7/2001)



José Miguel Escrig Navarro  
VICEPRESIDENTE

APROBADO POR LA JUNTA SUPERIOR  
DE CONTRATACION ADMINISTRATIVA  
en fecha 21 de abril de 2008.