

COMENTARIO A LA SENTENCIA DEL TSJAS 795/2024. N.º RECURSO 57/2023. ENCARGOS A MEDIOS PROPIOS.

NECESARIA JUSTIFICACION DE CADA ENCARGO Y NO INCLUSION EN EL OBJETO SOCIAL DEL MEDIO PROPIO DE LA ACTUACION OBJETO DEL ENCARGO

SUMARIO. -I Antecedentes de hecho - II.- Motivos del Recurso III. posición de las partes IV Resolución del Recurso V. Jurisprudencia y Doctrina relacionada

I Antecedentes de hecho

1º/ Por Resolución de la Consejería de Cultura, Política Lingüística y Turismo, de fecha 27 de octubre de 2021 la UTE ...X.. resultó adjudicataria del contrato para la ejecución de las obras de construcción del edificio de ensayos de la banda de música y coral de Candás (Carreño). Dicho contrato se publicó por Anuncio en la plataforma de contratación del Estado (PLACE) en fecha 28 de junio de 2021, con un valor estimado del contrato de 625.581,27 € y al proceso de licitación habían concurrido un total de cinco empresas, resultando adjudicataria la citada UTE por un importe de adjudicación de 567.589,89 € (IVA no incluido).

2º/ Con fecha 18 de noviembre de 2021 UTE presentó escrito haciendo constar que "el contexto económico actual ha conllevado un incremento del precio de los materiales de construcción...afectando dicho incremento a las obras reflejadas en el contrato". No obstante lo anterior, la formalización del citado contrato se produjo al día siguiente, 19 de noviembre 2021.

3º/ En fecha 16 de diciembre de 2021 UTE presenta nuevo escrito ante la Consejería solicitando la resolución de mutuo acuerdo del contrato "y adicional y complementariamente tenga por instada la resolución por la necesidad de modificación del contrato que conllevaría un incremento del precio de la obra y del contrato de cerca del 30%".

4º/ Tras la tramitación por Resolución de la Consejería de fecha 9 de agosto de 2022, se acordó la resolución del contrato administrativo de mutuo acuerdo.

5º/ Por Resolución de fecha 22 de noviembre de 2022, la Consejería de Cultura, Política Lingüística y Turismo procedió a realizar encargo a la empresa pública TRAGSA para la construcción del edificio de ensayos de banda de música y coral de Candás, por un precio de 1.446.030,17 € suscribiéndose el acta de replanteo e inicio de las obras el 16 de diciembre de 2022.

Además, es necesario poner de manifiesto, que la obra en cuestión deriva de la sentencia de este Tribunal y Sala núm. 989/2014, a la que se añadió la posterior del mismo Tribunal núm. 976/2016, de 5 de diciembre de 2016, cuyo fallo estableció: *"la Comunidad del Principado de Asturias ha incumplido el convenio suscrito con el Ayuntamiento de Carreño y lo acordado por la Comisión de Seguimiento en reunión de fecha 12 de febrero de 2010, condenándola a su pleno cumplimiento, y en concreto que proceda a la ejecución del Proyecto "Centro de Música" y que proceda a la liquidación definitiva del convenio de forma conjunta con el Ayuntamiento, una vez finalizadas todas las obras y recepción de las mismas, adelantando el ingreso a favor de este Ayuntamiento, en virtud del acuerdo alcanzado en la Comisión de Seguimiento del Convenio, de 132.383,02 euros"*.

Declarada la firmeza de la sentencia, por Auto de la Sala de 7 de julio de 2020 se acuerda la ejecución de la obra en los siguientes términos: *"El plazo de comienzo de ejecución de las obras será el 1 de octubre de dos mil veinte y el de finalización el 1 de abril de dos mil veintiuno"*

II.- Motivos del Recurso

LA PRETENSIÓN DE LA ENTIDAD DEMANDANTE, dirigida a que se establezca una doctrina general de aplicación a todos los supuestos, desborda lo que ha de ser su objeto. Conforme a los arts. 67 y siguientes de la LRJCA lo que la sentencia resuelve es la conformidad o disconformidad a derecho de una determinada actuación administrativa en atención a las cuestiones controvertidas en el concreto proceso en que se ventila. Sus consideraciones, por tanto, son aplicables al supuesto concreto que se enjuicia, por lo que su eventual proyección a otros supuestos estará necesariamente supeditada a la identidad de circunstancias.

Se plantea en el presente caso una problemática particular, **vinculada al modo de gestión directa elegido, que es el de contratación "in house" o encargo a medios propios** mediante la técnica de la denominada **"cooperación vertical" o "cooperación institucionalizada"** donde la entidad adjudicadora no contrata, desde una perspectiva funcional, con otra entidad distinta, sino que lo hace, en realidad, consigo misma, dada la vinculación que mantiene con la entidad formalmente diferente. En casos como el presente no puede hablarse de adjudicación de un contrato, sino de un mero encargo o encomienda, no rechazable por la otra "parte", sea cual sea la fórmula en la que uno u otra se traduzca. Toda esta regulación parte de la doctrina desarrollada por el TJUE sobre la "contratación doméstica" o "in house providing", que se configura como una excepción a la aplicación de la normativa de contratación pública.

Para decidir si se está en presencia de un contrato doméstico o "in house", o, dicho de otro modo, para determinar si la empresa que ha de realizar la actividad o prestación merece la condición de medio propio de la Administración y, por tanto, puede acordarse la adjudicación directamente a esa empresa dependiente sin acudir a los procedimientos competitivos y sin vulnerar el sistema de libre concurrencia, la jurisprudencia europea ha venido exigiendo la concurrencia de dos condiciones esenciales, que se conocen como "criterios Teckal", con referencia a la conocida STJUE de 18 de noviembre de 1999 (C-107/1998, Teckal), como son:

a) Que la Administración pública ejerza sobre el ente de que se trate un control análogo al que ejerce sobre los propios servicios;

y b) Que la entidad realice la parte esencial de su actividad con el ente o los entes que la controlan.

Este mecanismo jurídico de adjudicación plantea una problemática adicional ya que, al implicar una excepción a la licitación pública, **los requisitos para su utilización deben ser objeto de una interpretación estricta**. En efecto, no se comparte por la Sala la configuración del encargo a medio propio como sistema ordinario sino como excepción al general de contratación pública regido por los principios de igualdad de trato, no discriminación, publicidad y transparencia. En igual sentido se pronuncia la sentencia del TSJ de Castilla León de 2 de marzo de 2021 (ROJ: STSJ CL 826/2021) cuando señala "... La excepcionalidad que supone el sistema de encargo a medio propio frente a los sistemas generales de contratación pública y sus principios de libertad de acceso a las licitaciones, publicidad y transparencia, 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."

También apunta en esta dirección la reciente sentencia del TS del 12 de febrero de 2024 (ROJ: STS 870/2024):

"Finalmente, el artículo 32 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, permite también que los poderes adjudicadores (entre los que se encuentran las Administraciones públicas) ejecuten de manera directa prestaciones propias 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 de conformidad con lo dispuesto en dicho precepto y en la Ley 40/2015. Figura que, implica la gestión de los asuntos que le competen a una Administración pública utilizando los medios técnicos y materiales de otro ente sobre el que ejercen un control análogo al ejercido sobre los servicios propios.

En definitiva, no cabe excluir la posibilidad de que, en determinadas circunstancias extraordinarias, una Administración que no posea los medios materiales o técnicos idóneos para el desempeño de las competencias que le han sido encomendadas pueda acudir por razones de eficacia a la colaboración con otras entidades, bien utilizando la figura de la encomienda de gestión o bien valiéndose de los servicios de una persona jurídica distinta que tenga la consideración de "medio propio de la administración (...)"

Ciertamente, el hecho de que los encargos constituyan una excepción a la aplicación de las normas de contratación pública no significa que solo se puedan realizar encargos excepcionalmente, pero **sí que solo puede hacerse cuando se cumplan de manera estricta los requisitos establecidos en el artículo 32 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 (LCSP) cuyo apartado primero dispone:** "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, 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.

El encargo que cumpla dichos requisitos no tendrá la consideración de contrato."

III. posición de las partes

CONSEJERIA se opone a la demanda y pone de relieve, como antecedente necesario, que el contrato de obras objeto del recurso obedeció a la necesidad de dar cumplimiento a dos sentencias de esta misma Sala y al Auto dictado en ejecución, de fecha 7 de julio de 2020, en el que se ordena la ejecución de la obra con un plazo determinado, en concreto señalando: "El plazo de comienzo de ejecución de las obras será el 1 de octubre de dos mil veinte y el de finalización el 1 de abril de dos mil veintiuno".

Niega la dilación achacada de contrario y señala que entre la resolución del contrato inicial (9 de agosto de 2022) y el encargo a TRAGSA (22 de noviembre de 2022) solo transcurren 3 meses y 13 días, que es lo que tarda la administración en tramitar el expediente de encargo a TRAGSA, frente a más de un año que tarda en adjudicarse un nuevo contrato de obras por licitación pública.

Destaca la imposibilidad legal de licitar el contrato por el procedimiento de emergencia o negociado sin publicidad, tal y como sugiere el demandante, así como que no tenía sentido sacar una nueva licitación por el precio originario de 756.953,34 euros (que es el precio de licitación del contrato originario) porque ese precio estaba claramente fuera de la realidad a finales de 2021, ya transcurrido más de un año de iniciarse el procedimiento de contratación.

El encargo se configura como una manifestación de la potestad de autoorganización y alternativa a la contratación pública, tal y como se desprende de nuestro ordenamiento jurídico y del art. 12 de la Directiva 2014/24/UE. En concreto, y conforme a lo dispuesto en el art. 32 LCSP, la existencia de empresas del sector privado capaces de ejecutar las obras objeto de dicho encargo, no impiden que el Principado de Asturias acuda a la figura del encargo a medio propio. En este sentido y respecto a la eficiencia del encargo y las razones de seguridad pública o de urgencia, el letrado del Principado recuerda el contenido de la Resolución del TACRC núm. 590/2022, de fecha 16 de junio de 2022,

instado por la misma Confederación aquí demandante, en la que se señala que "las consideraciones de la recurrente sobre la necesidad de apreciar y motivar en cada encargo el cumplimiento de los requisitos del artículo 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, la 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, en definitiva, que "la concurrencia de las circunstancias que se señalan en las letras a) o b) del apartado segundo del artículo 86 de la LRJSP, solo se exigen en el momento de la declaración de que una entidad es medio propio, al tiempo de su creación o con posterioridad a esta, sin necesidad de acreditar su concurrencia en cada encargo".

La parte demandante niega que en el supuesto examinado, concurren los requisitos para que la Administración pueda acudir a este mecanismo de adjudicación. En particular, y siguiendo el orden expuesto en la demanda, sostiene la incorrecta consideración de TRAGSA como medio propio del Principado de Asturias, la falta de acreditación de la eficiencia del encargo y de la existencia de razones de seguridad pública o de urgencia, así como, finalmente, la no inclusión en el objeto social de TRAGSA de la actuación objeto de encargo; esto último en cuanto que la obra se ejecuta en un núcleo urbano y concretamente en Candás.

CODEMANDADO TRAGSA: se opone al recurso y sostiene, en esencia y en cuanto a los hechos, que no es exigible la existencia de contrataciones o procedimientos de licitación previos que se hayan quedado desiertos para que TRAGSA pueda actuar en el medio rural si bien en este caso había existido una licitación en el que los distintos contratistas (y entre ellos, el adjudicatario) habían realizado bajas sobre del presupuesto base de licitación, pudiendo presumirse que precisamente ésta fue la causa por la que no pudo ejecutarse el contrato, lo que determinó que el Principado de Asturias, en ejercicio de su potestad de autoorganización, realizara un encargo a TRAGSA cumpliendo todos los requisitos establecidos para ello, tanto en los artículos 31 y siguientes de la LCSP, como en la Disposición Adicional 24ª de la misma.

Destaca que la imposibilidad del adjudicatario de cumplir el contrato y la necesidad de que se ejecutara la obra de manera inmediata, ya que así lo exigía una sentencia judicial, justifica que se optara por acudir a TRAGSA, careciendo de fundamento las afirmaciones contenidas en la demanda en las que se indica que si el presupuesto de licitación se hubiera incrementado en un 30% la UTE adjudicataria hubiera podido ejecutar el consta en el expediente administrativo, en ningún momento, la UTE adjudicataria solicitó la modificación del contrato, sino que directamente el 16 de diciembre de 2021 solicitó la resolución del contrato por mutuo acuerdo por no poder ejecutar la obra en el precio ofertado.

Respecto a las consideraciones jurídicas destaca, entre otras, que las manifestaciones sobre TRAGSA vertidas en la demanda son totalmente inexactas, **ya que su objeto social no se ha ido ampliando, sino que sus funciones están establecidas en una norma con rango de Ley, y sus servicios no se pagan por arancel, sino conforme a tarifas, como se exige en el artículo 32 de la LCSP y punto 7 de la Disposición Adicional 24ª de la LCSP en relación con el artículo 7 del Real Decreto 69/2019, de 15 de febrero, por el que se desarrolla el régimen jurídico de TRAGSA y su filial TRAGSATEC.**

Asimismo, que **la Ley no exige una justificación especial para poder realizar un encargo a un medio propio; lo que sí exige, tanto para convocar un procedimiento de licitación, como para iniciar un expediente de encargo, es que la Administración acredite la necesidad del contrato o encargo, la idoneidad de su objeto para atender esa necesidad y la eficiencia.**

Como resultado de la transposición de la Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014, **la legislación española regula de manera extensa y más exigente los requisitos para otorgar a un entelada condición de medio propio personificado**

(conforme a dispuesto en los artículos 31, 32 y siguientes de la LCSP), de forma que la verificación del cumplimiento de los requisitos necesarios para ser declarado medio propio debe realizarse en el momento de reconocimiento de tal condición y una vez reconocida y cumplidas las exigencias del artículo 86 LRJSP y del artículo 32 de la LCSP, los encargos que se realicen al medio propio no deben tener más control que el encargo se adecue a su objeto social, que se abone conforme a las tarifas aprobadas al efecto y que el importe de las prestaciones que el medio propio subcontrate con terceros no exceda del límite porcentual fijado. Es por ello que considerar el encargo como una excepción no se ajusta a la regulación actual de esta figura en la vigente legislación de contratos del sector público ya que la LCSP prevé, en su artículo 31 la posibilidad de acudir al encargo como una manifestación de la potestad de autoorganización de las entidades públicas, sin que pueda predicarse en contra, ni su carácter excepcional, ni que acudir a esta figura ponga en entredicho los principios previstos en la legislación sobre contratos, ni el principio de eficiencia en la asignación y utilización de los recursos públicos.

LA CODEMANDADA AYUNTAMIENTO D se remite, en lo esencial a los fundamentos de la contestación a la demanda formulada por el Principado de Asturias, añadiendo que las razones de urgencia en la terminación de la obra son evidentes en el presente caso, al constituir una exigencia del derecho fundamental del Ayuntamiento de Carreño a la tutela judicial efectiva, en su vertiente de derecho a la ejecución de las sentencias sin dilaciones indebidas.

IV Resolución del Recurso

En primer lugar y respecto a la cuestionada influencia del Principado de Asturias sobre TRAGSA, cabe comenzar señalando que el art. 32 de la LCSP establece en su apartado 4 las condiciones esenciales, en transposición del art. 12.3 de la Directiva Comunitaria 2014/24/UE, y dispone:

"Tendrán la consideración de medio propio personificado respecto de dos o más poderes adjudicadores que sean independientes entre sí aquellas personas jurídicas, de derecho público o de derecho privado, que cumplan todos y cada uno de los requisitos que se establecen a continuación:
a) Que los poderes adjudicadores que puedan conferirle encargos ejerzan sobre el ente destinatario del mismo un control conjunto análogo al que ostentarían sobre sus propios servicios o unidades.

Se entenderá que existe control conjunto cuando se cumplan todas las condiciones siguientes:

1. ° Que en los órganos decisorios del ente destinatario del encargo estén representados todos los entes que puedan conferirle encargos, pudiendo cada representante representar a varios de estos últimos o a la totalidad de ellos.
2. ° Que estos últimos puedan ejercer directa y conjuntamente una influencia decisiva sobre los objetivos estratégicos y sobre las decisiones significativas del ente destinatario del encargo.
3. ° Que el ente destinatario del encargo no persiga intereses contrarios a los intereses de los entes que puedan conferirle encargos.

La compensación se establecerá, por referencia a tarifas aprobadas por la entidad pública de la que depende el medio propio personificado para las actividades objeto de encargo realizadas por el medio propio directamente y, en la forma que reglamentariamente se determine, atendiendo al coste efectivo soportado por el medio propio para las actividades objeto del encargo que se subcontraten con empresarios particulares en los casos en que este coste sea inferior al resultante de aplicar las tarifas a las actividades subcontratadas.

Dichas tarifas se calcularán de manera que representen los costes reales de realización de las unidades producidas directamente por el medio propio.

b) Que más del 80 por ciento de las actividades del ente destinatario del encargo se lleven a cabo en el ejercicio de los cometidos que le han sido confiados por los poderes adjudicadores que lo controlan o por otras personas jurídicas controladas por los mismos poderes adjudicadores. El cálculo del 80 por ciento se hará de acuerdo con lo establecido en la letra b) del apartado 2 de este artículo.

c) Que cumplan los requisitos que establece este artículo en su apartado 2 letras c) y d)." (se refiere a capital o patrimonio de titularidad o aportación pública, y reconocimiento expreso en los estatutos de la condición de medio propio).

Si se dan conjuntamente las condiciones requeridas en el art 32.4 el ente de que se trate, en este caso TRAGSA, puede ser considerado entidad "in house" con respecto al organismo adjudicador a efectos de que se le puedan confiar tareas en supuestos establecidos y sin pasar por un procedimiento de adjudicación en competencia.

A la vista de la normativa expuesta, no cabe negar a la codemandada la condición de medio propio respecto al Principado de Asturias por el mero hecho de que la participación de la Comunidad Autónoma asturiana en el capital social de TRAGSA sea de 0,0034%. Y es que TRAGSA tiene la condición de medio propio reconocida por Ley pues la Disposición adicional 24ª de la LCSP así lo establece, y ni en el artículo 12 de la Directiva 2014/24/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, ni en el artículo 32 de la LCSP, en la que se transpone la citada Directiva, se exige un determinado porcentaje de participación en el capital social para los medios propios sino únicamente la posibilidad de que se lleve a cabo un control conjunto análogo al que ostentan sobre sus propios servicios diferentes poderes adjudicadores, siempre que se cumplan los requisitos que establece el artículo 32.4 a) LCSP.

Es decir, el control y la influencia que exige la normativa comunitaria pueden ejercerse conjuntamente por varios poderes adjudicadores y no necesariamente de forma individual por cada uno de ellos. Así se expone con claridad en la **Sentencia del TJUE de 19 de abril de 2007 (C295/05), que resuelve una cuestión prejudicial planteada por el Tribunal Supremo en un procedimiento que se sustanciaba entre la Asociación Nacional de Empresas Forestales (ASEMFO) y TRAGSA.** Dicha sentencia recuerda que "según jurisprudencia reiterada del Tribunal de Justicia, de conformidad con las Directivas relativas a la adjudicación de contratos públicos, la licitación no es obligatoria, aunque el contratante sea una persona jurídicamente distinta del poder adjudicador, cuando se cumplan dos requisitos. Por una parte, la autoridad pública que es poder adjudicador debe ejercer sobre la persona distinta de que se trate un control análogo al que ejerce sobre sus propios servicios y, por otra parte, dicha persona debe realizar la parte esencial de su actividad con el ente o entes públicos que la controlan (véanse las sentencias de 18 de noviembre de 1999, Teckal, C107/98, Rec. p. I8121, apartado 50; de 11 de enero de 2005, Stadt Halle y RPL Lochau, C26/03, Rec. p. I1, apartado 49; de 13 de enero de 2005, Comisión/España, C84/03, Rec. p. I139, apartado 38; de 10 de noviembre de 2005, Comisión/Austria, C29/04, Rec. p. I9705, apartado 34, y de 11 de mayo de 2006, Carbotermo y Consorzio Alisei, C340/04, Rec. p. I4137, apartado 33)". Partiendo de ello procede a examinar si concurre control conjunto en el caso de TRAGSA y, concretamente, si se incumplen los requisitos exigidos por la jurisprudencia europea cuando las Comunidades Autónomas son sólo titulares de una acción del capital social de TRAGSA, cuestión que resuelve en los siguientes términos:

"56. Por consiguiente, procede examinar si en el caso de Tragsa se cumplen los dos requisitos exigidos por la jurisprudencia citada en el apartado anterior.

57. En lo que se refiere al primer requisito, relativo al control de la autoridad pública, de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia resulta que el hecho de que el poder adjudicador posea, por sí solo o junto con otros poderes públicos, la totalidad del capital de una sociedad adjudicataria tiende a indicar, en principio, que este poder adjudicador ejerce sobre dicha sociedad un control análogo al que ejerce sobre sus propios servicios (sentencia Carbotermo y Consorzio Alisei, antes citada, apartado 37).

58. En el asunto principal resulta de los autos, y a reserva de comprobación por el órgano jurisdiccional remitente, que el 99 % del capital social de Tragsa pertenece al Estado español, directamente y a través de una sociedad holding y de un fondo de garantía, y que cuatro Comunidades Autónomas, titulares cada una de una acción, poseen el 1 % de dicho capital.

59. A este respecto, no cabe acoger la tesis de que sólo se cumple este requisito para los trabajos realizados por encargo del Estado español, quedando excluidos los que hayan sido encargados por las Comunidades Autónomas, con respecto a las cuales Tragsa debe ser considerada un tercero.

60. En efecto, del artículo 88, apartado 4, de la Ley 66/1997 y de los artículos 3, apartados 2 a 6, y 4, apartados 1 y 7, del Real Decreto 371/1999 parece derivarse que Tragsa está obligada a realizar los trabajos que le encomienden los poderes públicos, incluidas las Comunidades Autónomas. De esta normativa nacional también parece deducirse que, en el marco de sus actividades con las Comunidades Autónomas como medio propio instrumental y servicio técnico de éstas, y al igual que ocurre en sus relaciones con el Estado español, Tragsa no tiene la posibilidad de fijar libremente la tarifa de sus intervenciones y sus relaciones con dichas Comunidades no tienen naturaleza contractual.

Por consiguiente, parece que Tragsa no puede tener la consideración de tercero con respecto a las Comunidades Autónomas que poseen una parte de su capital.

62. En cuanto al segundo requisito, conforme al cual Tragsa debe realizar lo esencial de su actividad con el ente o entes públicos a los que pertenece, de la jurisprudencia resulta que, cuando son varios los entes territoriales que controlan una empresa, este requisito puede considerarse satisfecho si dicha empresa realiza lo esencial de su actividad, no necesariamente con uno u otro de estos entes territoriales, sino con dichos entes territoriales considerados en conjunto (sentencia Carbotermo y Consorzio Alisei, antes citada, apartado 70).

63. En el asunto principal, como resulta de los autos, Tragsa realiza por término medio más del 55 % de su actividad con las Comunidades Autónomas y alrededor de un 35 % con el Estado. De lo anterior resulta que esta sociedad realiza lo esencial de su actividad con los entes territoriales y los organismos públicos que la controlan.

64. En estas circunstancias, procede considerar, a reserva de comprobación por el órgano jurisdiccional remitente, que en el caso de autos se cumplen los dos requisitos exigidos por la jurisprudencia citada en el apartado 55 de la presente sentencia.

65. Del conjunto de consideraciones expuestas resulta que procede responder a la segunda cuestión que las Directivas 92/50, 93/36 y 93/37 no se oponen a un régimen jurídico como el atribuido a Tragsa, que le permite realizar operaciones sin estar sujeta al régimen establecido por tales Directivas, en cuanto empresa pública que actúa como medio propio instrumental y servicio técnico de varias autoridades públicas, desde el momento en que, por una parte, las autoridades públicas de que se trata ejercen sobre esta empresa un control análogo al que ejercen sobre sus propios servicios y, por otra parte, dicha empresa realiza lo esencial de su actividad con estas mismas autoridades."

A mayor abundamiento, la sentencia TJUE, de 18 de junio de 2020, (Porin Kaupunki, C-328/19 ECLI:EU:C:2020:483) claramente señala la posibilidad de ejercer control análogo sobre un medio propio, incluso aunque las Administraciones no posean participación alguna, siempre que se acredite un control efectivo, estructural y funcional.

De la documental acompañada por la representación legal de TRAGSA, ha **de estimarse plenamente acreditada la aplicación del principio de control conjunto, reconocido estatutariamente (art. 2 bis control conjunto), y reforzado por la creación de un órgano específico como es la Comisión de Control Conjunto de los Poderes Adjudicadores, a través de los cuales, en este caso, el Principado de Asturias ejerce un control directo sobre TRAGSA.**

Asimismo, desde el punto de vista económico, (doc. 3 y 4 de la contestación) el Principado de Asturias participa en la Comisión para la Determinación de Tarifas TRAGSA, que fija las tarifas

que deben aplicarse a las unidades ejecutadas directamente por el medio propio para determinar el importe de las obras, trabajos, proyectos, estudios y suministros realizados por TRAGSA y su filial TRAGSATEC. Y, en fin, respecto al porcentaje de actividad desarrollada por TRAGSA en el ejercicio de los cometidos confiados por los poderes adjudicadores que lo controlan, el documento nº 5 no arroja ninguna duda de la superación del porcentaje exigido al constar que asciende a un 91%, 93%, 95% y a un 95%, en los ejercicios 2019, 2020, 2021, 2022 y 2023.

Por lo tanto, a la vista de la normativa y circunstancias expuestas no cabe negar la consideración de TRAGSA como medio propio del Principado de Asturias que ejerce el control exigido, tanto a través de los órganos decisorios indicados, como a través de las órdenes de encargo con el alcance señalado en el artículo 2 bis de los estatutos, y la participación en la redacción de su normativa reguladora.

En segundo lugar se alega la falta de acreditación de la eficiencia del encargo y de la existencia de razones de seguridad pública o de urgencia.

La demandante mantiene que **debe justificarse la eficiencia, la sostenibilidad y la eficiencia de un encargo, no sólo en el momento de creación de un medio propio, sino en cada uno de los encargos a modo de un doble control.** Todo ello en virtud de la interpretación que realiza de lo dispuesto en el artículo 86 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público (LRJSP).

En cambio, las demandadas consideran que no es necesario justificar, encargo a encargo, la eficiencia, una vez que se ha atribuido la condición de medio propio a una determinada entidad, pues de entenderse así resultaría completamente superfluo lo dispuesto en el artículo 86 de la LRJSP que, además, no tiene el carácter de básico, aplicándose exclusivamente a la Administración General del Estado y al sector público estatal. Consideran, en definitiva, que el cumplimiento de los requisitos del artículo 86 de la LRJSP debe concurrir en el medio propio motivaren cada encargo el cumplimiento de los requisitos del artículo 86.2 de la LRJSP, han de ser rechazadas.

Dispone el artículo 86 LRJSP lo siguiente:

"1. Las entidades integrantes del sector público institucional podrán ser consideradas medios propios y servicios técnicos de los poderes adjudicadores y del resto de entes y sociedades que no tengan la consideración de poder adjudicador cuando cumplan las condiciones y requisitos establecidos en 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."

La discrepancia entre las partes respecto a si el cumplimiento de los requisitos contemplados en las letras a) y b) del apartado 2 es necesario únicamente para la declaración de medio propio y servicio técnico o si también ha de exigirse con ocasión de la realización de los concretos encargos a una entidad ya declarada medio propio, ha de resolverse en este segundo sentido, es decir, imponiendo para cada encargo la justificación de alguno de los extremos señalados en el precepto.

En primer lugar porque la propia configuración de las circunstancias previstas en las letras a) y b) como alternativas es incoherente con una acreditación previa y de carácter general.

Pero sobre todo porque esta conclusión es la única posible en relación a la circunstancia de la letra b), es decir, las razones "de seguridad pública o de urgencia en la necesidad de disponer de los bienes o servicios" ya que las mismas solo pueden referirse a cada supuesto en particular. Incluso la más genérica circunstancia de la letra a), esto es, que la opción al encargo "sea una opción más eficiente ...aplicando criterios de rentabilidad económica" apunta a un supuesto en concreto como única forma de realizarla obligada comparativa de rentabilidad económica.

Ciertamente, la posición de las demandadas se apoya en algunas Resoluciones del TACRC, en particular la nº696/2022, de 16 de junio que señala con rotundidad (fto. derecho noveno): "*Pues bien, 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 dicha declaración evita que se exija una motivación ad hoc para cada encargo de los extremos que establece el art 86 de la LRJSP*".

También se sustenta en la modificación del apartado 3 del artículo 86 LRJSP, efectuada por la Ley 11/2020, de 30 de diciembre, pues refiere la acreditación de las circunstancias del apartado 2 exclusivamente al procedimiento previo de aprobación o declaración de una entidad del sector público institucional como medio propio.

Sin embargo, no se comparte esta interpretación del referido artículo 86 LRJSP, al que expresamente se remite el art. 32.1 LCSP, de obligada aplicación a TRAGSA dada su consideración de medio propio "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" (D.A 24ª).

Una vez sentada la necesaria justificación del cada encargo, la conclusión a adoptar en el presente caso ha de ser, necesariamente, la de estimar el recurso por la falta de este requisito. En efecto, descartada la concurrencia de las razones de seguridad pública o de urgencia, sólo la eficiencia, evaluada en términos de rentabilidad económica, permitiría sostener dicha opción en el caso que nos ocupa. Pero, en coherencia con la posición sostenida en esta litis, el órgano de contratación demandado no realizó el preceptivo informe de eficiencia previo al encargo, ni tan siquiera una Memoria justificativa del mismo, por lo que la ausencia de este requisito ha de motivar la anulación de la resolución recurrida.

A mayor abundamiento, si acudimos a la prueba pericial aportada por el propio órgano de contratación para intentar acreditar la concurrencia de este requisito, una vez realizado el encargo, la solución sería la misma ya que dicha prueba pone de manifiesto que, de haber realizado ese examen de eficiencia en el momento procedimental oportuno, el resultado hubiera sido el que sostiene la Confederación demandante, esto es, que la licitación pública del contrato hubiera sido más eficiente, en términos de rentabilidad económica, que el encargo, dada la importante diferencia (100.000 euros) reconocida por el propio perito de la codemandada Sr. Fulgencio entre el precio de encargo y el "presupuesto estimado valor medio de las tres metodologías" empleadas para hallar la rentabilidad económica.

A mayor abundamiento, concurre como motivo de anulación de la actuación administrativa impugnada el tercero de los vicios advertidos por la demandante, esto es, el de la no inclusión en el objeto social de TRAGSA de la actuación objeto de encargo dado el objeto y finalidad de la obra y su concreta ubicación en el núcleo urbano de Candás.

Como se destaca en la demanda, fue precisamente la no inclusión en el objeto social de TRAGSA de la actuación objeto de encargo uno de los reparos puestos de manifiesto por parte de la Intervención General del Principado de Asturias en su Informe de fecha 10 de octubre de 2022 (consta en el Documento N° 5 de la demanda). Este reparo se intenta solventar por la Secretaría General Técnica de la Consejería en su Informe de fecha 27 de octubre de 2022 (Doc. N° 6) indicando que el objeto de ese encargo se corresponde con lo señalado en el apartado 4 de la Disposición Adicional 24 apartado a) LCSP. En concreto se expresa que la obra de construcción del edificio para ensayos de la banda de música y coral de Candás, es una obra subsumible dentro de las actuaciones de "desarrollo rural" que legalmente TRAGSA sí puede acometer, al considerar el municipio de Carreño como un entorno rural, un "municipio rural periurbano" utilizando la terminología estatal, incluido dentro de las regiones beneficiarias de los fondos LEADER. Asimismo se remite a la sentencia del TSJ de Madrid 744/2019 del 18 de diciembre de 2019.

Ahora bien, en la resolución de esta importante cuestión hemos de partir de la normativa de aplicación. En primer lugar, el artículo 32 apartado 2.d.2° de LCSP que establece como requisito la "Verificación por la entidad pública de que dependa el ente que vaya a ser medio propio, de que cuenta con medios personales y materiales apropiados para la realización de los encargos de conformidad con su objeto social".

Por su parte, el art. 86.2 de la Ley 40/2015 señala:

"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...".

Finalmente, en el apartado 4 de la Disposición adicional vigésima cuarta, que regula el régimen jurídico 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), se detallan las funciones que puede realizar TRAGSA por encargo de las entidades del sector público de los que son medios propios personificados:

a) La realización de todo tipo de actuaciones, obras, trabajos y prestación de servicios agrícolas, ganaderos, forestales, de desarrollo rural, de conservación y protección del medio natural y medioambiental, de acuicultura y de pesca, así como los necesarios para el mejor uso y gestión de los recursos naturales. Igualmente podrán llevar a cabo la realización de todo tipo de actuaciones para la mejora de los servicios y recursos públicos, siempre y cuando no impliquen el ejercicio de autoridad inherente a los poderes públicos incluida la ejecución de obras de conservación o enriquecimiento del Patrimonio Histórico Español en el medio rural, al amparo delo establecido en el artículo 68 de la Ley 16/1985, de 25 de junio, del Patrimonio Histórico Español.

(...)

j) La realización de tareas para las que se le requiera por la vía de la urgencia o de emergencia, o actividades complementarias o accesorias a las citadas anteriormente.

Pues bien, entendemos con la parte recurrente que la expresión "La realización de todo tipo de actuaciones, obras, trabajos y prestación de servicios agrícolas, ganaderos, forestales, de desarrollo rural..." **debe entenderse circunscrita a las obras vinculados a los sectores que menciona ese**

apartado, es decir, a la agricultura, ganadería, forestales, de desarrollo rural, de conservación y protección del medio natural y medioambiental, de acuicultura y de pesca.

En ninguno de ellos es posible insertar la construcción de un centro de música y la promoción del desarrollo cultural de la zona habida cuenta que la obra objeto del encargo se localiza dentro del suelo urbano consolidado de Candás, zonificado por el propio Principado de Asturias como Núcleo Urbano.

Se trata de una localización en la que TRAGSA no puede intervenir al quedar fuera de su objeto social salvo supuestos excepcionales, como son las obras de emergencia o de protección civil, ninguna de las cuales encajan en el supuesto examinado.

Aun cuando no se haya invocado expresamente el supuesto previsto en el apartado j/ de la D.A 24ª, tampoco cabría acudir a él pues como se indica en el informe de reparos de la Intervención General este apartado se desarrolla en los Estatutos de TRAGSA en concreto en el artículo 2 j/ en los siguientes términos:

"En relación con cualquier obra o servicio se considerará la vía de urgencia, independientemente de su ámbito territorial o de la tipología de su actuación, en los siguientes supuestos:

-Procedimientos de licitación que hayan quedado desiertos, por no haberse presentado ninguna oferta o por ser irregulares las presentadas

-Contratos respecto de los que, por un incumplimiento del contratista -cuando esta situación de incumplimiento se constate fundadamente- se haya incoado un procedimiento de resolución".

Ninguna de tales situaciones concurría en este caso al haberse producido la resolución del contrato precedente de mutuo acuerdo entre las partes.

Por lo tanto, no es admisible la justificación pretendida por la Consejería al encontrarnos ante una obra a ejecutar en un núcleo urbano y, por tanto, fuera de las prestaciones que constituyen el objeto social de TRAGSA.

No consideramos que dicha conclusión sea contraria a la adoptada en la STS de 8 de junio de 2020 (ROJ:STS 1766/2020 - ECLI:ES:TS:2020:1766) en la medida en que en la misma se viene a concluir, después de hacer especial hincapié en el decisivo papel instrumental de TRAGSA en las actuaciones urgentes o de emergencia, **que la entidad TRAGSA no tiene limitado su ámbito de actuación a los encargos o encomiendas que se realicen por las Administraciones públicas en el ámbito rural, lo que se comparte en cuanto que, con arreglo a la normativa expuesta, TRAGSA y su filial TRAGSATEC están obligadas a participar y actuar, por encargo de las entidades del sector público de las que son medios propios personificados, en tareas de emergencia y protección civil de todo tipo, en especial, la intervención en catástrofes medioambientales o en crisis o necesidades de carácter agrario, pecuario o ambiental; a desarrollar tareas de prevención de riesgos y emergencias de todo tipo; y a realizar actividades de formación e información pública en supuestos de interés público y, en especial, para la prevención de riesgos, catástrofes o emergencias.**

Pero en la referida Sentencia no se viene a afirmar que TRAGSA pueda realizar todo tipo de actuaciones para la mejora de los servicios y recursos públicos, que no impliquen el ejercicio de autoridad inherente a los poderes públicos, sea cual sea el ámbito en el que se produzca y exista o no una situación de urgencia o emergencia, que es la tesis que la parte demandada sostiene para justificar la conformidad a derecho del encargo de una obra en entorno urbano sin concurrir los supuestos en que se puede invocar la urgencia para realizarlos.

Tampoco es el mismo supuesto que el examinado en la sentencia del TSJ de Madrid del 18 de diciembre de 2019 (ROJ: STSJ M 13654/2019) en tanto que la misma se refiere a la construcción de un centro educativo de inaplazable necesidad y no a un centro de música respecto al que, como se

infiere de las sentencias acompañadas por el Ayuntamiento de Carreño, una mayor agilidad de la administración autonómica en el cumplimiento de las obligaciones, primeramente asumidas y luego impuestas por sentencia, hubiera conseguido que se construyera años atrás.

Procede la estimación también de este motivo de impugnación, y la anulación del encargo realizado.

V.-Jurisprudencia y Doctrina relacionada

- ⑩ STS de 8 de junio de 2020 (STS 1766/2020)
- ⑩ STS de 12 de febrero de 2024 (STS 1613/2023)
- ⑩ STS del 12 de febrero de 2024 (STS 870/2024)
- ⑩ Resoluciones del TACRC, en particular la nº696/2022, de 16 de junio que señala con rotundidad (fto. derecho noveno): *"Pues bien, 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 dicha declaración evita que se exija una motivación ad hoc para cada encargo de los extremos que establece el art 86 de la LRJSP"*
- ⑩ Sentencia Teckal C-107/98 de 18 de noviembre de 1999
- ⑩ Sentencia Asemfo C-295/05 de 19 de mayo de 2007