

Informe 26/2008, de 3 de noviembre, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón.

Asunto: Necesidad de reconocimiento expreso como medio propio, a tenor del artículo 24.6 LCSP, de la Corporación Aragonesa de Radio y Televisión para llevar a cabo la actividad de gestión del servicio público que le es propia. Compatibilidad de la regulación de los encargos a medios propios de la LCSP con la normativa autonómica relativa a los encargos de ejecución a empresas públicas.

I. ANTECEDENTES

El Director General de la Corporación Aragonesa de Radio y Televisión, se dirige a la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón, mediante oficio de fecha 9 de septiembre de 2008, solicitando de esta Junta informe en los siguientes términos:

“El Director General de la Corporación Aragonesa de Radio y Televisión, ante las dificultades planteadas por la definición del ámbito objetivo de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público, plantea a la Junta Consultiva la siguiente consulta para ser evacuada por informe de acuerdo con lo señalado en el artículo 8 del Decreto 81/2006, de 4 de abril, por el que se crea la Junta Consultiva de Contratación y se regula su composición y funcionamiento.

ANTECEDENTES

Primero.- La Corporación Aragonesa de Radio y Televisión (CARTV) como Ente de Derecho Público creado por la Ley 8/1987, de 15 de abril, es un organismo público constituido de acuerdo con la Ley 46/1983, de 26 diciembre, del tercer canal de televisión.

La creación de la CARTV responde entonces a la necesidad de gestión por parte de la Administración de la Comunidad Autónoma de un servicio público, o tal como se señala en el artículo 1 de la Ley 8/1987, “por la presente Ley se crea la Corporación Aragonesa de Radio y Televisión y se regulan los servicios de radiodifusión y televisión de la Comunidad Autónoma de Aragón”. Se podría decir que supone la CARTV la personificación de un servicio público para su mejor gestión, adoptándose este modelo por exigencia de la Ley 46/1983, de 26 de diciembre, que impone la creación de un ente de derecho público y la gestión del servicio por una sociedad bajo fórmulas mercantiles, Para tal gestión se constituyeron las sociedades “Televisión Autonómica

de, Aragón, S.A.” y “Radio Autonómica de Aragón, S.A.” por Decreto 13/2005 y 14/2005, de 11 de enero.

La CARTV, después de las sucesivas reformas de la Ley 4/1986, de 4 de junio, de la Hacienda de la Comunidad Autónoma, se considera como Ente de Derecho Público de los previstos en el artículo 6.1.b) del texto refundido de la Ley de la Hacienda de la Comunidad Autónoma (Decreto Legislativo 1/2000, de 29 de junio) y en el artículo 79 y siguientes del texto refundido de la Ley de la Administración de la Comunidad Autónoma de Aragón (Decreto Legislativo 2/2001, de 3 de julio); entendernos a la CARTV como poder adjudicador, sujeta en sus decisiones a la revisión de sus actos por el Consejero del que depende, y obligada al cumplimiento de las encomiendas de gestión previstas en el artículo 38 de la misma Ley (si bien con las necesarias consultas al Consejo de Administración previstas en el artículo 19 de la Ley 8/1987 de Creación de la CARTV).

Por su parte las dos sociedades “Radio Autonómica de Aragón, S.A.” y “Televisión Autonómica de Aragón, S.A.”, ostentan la condición de empresas públicas íntegramente participadas, realizando para la CARTV (y por tanto para la Administración de la Comunidad Autónoma) la gestión mercantil del servicio público, con la consideración de poderes adjudicadores a los efectos de la aplicación de la normativa de contratos, rigiéndose, tal como se señala en sus Decretos de constitución y sus Estatutos, “por el texto refundido de la Ley de la Administración de la Comunidad Autónoma de Aragón”,

Segundo.- Sobre las encomiendas de gestión a ejecutar por las entidades o sociedades, existe una normativa administrativa que ha ido evolucionando desde un punto en el que sólo se admitía tal fórmula entre entes administrativos de matiz público, hasta la modificación del Real Decreto Legislativo 2/2000 por Real Decreto Ley 5/2005, de 11 de marzo, que permitió la encomienda de gestión sobre las sociedades mercantiles íntegramente participadas al añadir el párrafo 1) dentro del artículo 3.1 del anterior Decreto Legislativo. Esta evolución se hace al compás de los conceptos y matices que se van produciendo en la doctrina europea de contratación.

Con anterioridad al Real Decreto Ley 5/2005, la Ley 11/2000, de 27 de diciembre, de medidas en materia de Gobierno y Administración de la Comunidad Autónoma de Aragón, artículo 2, punto 59, introdujo la disposición adicional decimotercera en la Ley de la Administración de la Comunidad Autónoma de Aragón, regulando los denominados encargos de ejecución a empresas públicas íntegramente participadas, superando la prohibición de encomiendas a entes de derecho privado que se contenía en el artículo 15,5 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

Es de destacar que cuando en la Administración de la Comunidad Autónoma se crea una empresa pública, no se puede entender que tal empresa nazca de forma separada-o excluida de la aplicación de las normas del propio ordenamiento de la Comunidad Autónoma, o en este caso de la aplicación del Decreto Legislativo 2/2001 de 3 de julio, y por tanto del contenido de su disposición adicional decimotercera. Es

más, en el caso de la creación de las empresas públicas, su constitución, requisitos y forma jurídica se regulan en el propio texto refundido de la Ley de la Administración de la Comunidad Autónoma, por lo que se daría la paradoja de que el Decreto de constitución de la empresa llamara a la aplicación de ciertos preceptos de la Ley de la Administración, y rechazara la aplicación de su disposición adicional decimotercera estando ambos preceptos vigentes al tiempo de la creación de la empresa pública. De otra parte, y sobre las empresas ya creadas al tiempo de la aprobación de la Ley 11/2000, de 27 de diciembre, se puede entender que el superior rango de la Ley y su aprobación posterior suponen la modificación del régimen aplicable y por tanto la inserción en las normas constitutivas y reguladoras de cada sociedad de la regulación de los encargos de ejecución prevista en la Ley 11/2000.

Tercero.- La Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público (LCSP) marca un nuevo ámbito de aplicación objetivo de sus normas, entendiéndose incluidos los convenios entre organismos de la misma administración siempre que su objeto sea propio de los contratos de obra servicios o suministro, pero excluyendo del ámbito de la norma los casos del denominado “in house providing”, siempre que, además de los dos requisitos reiterados en la doctrina de los tribunales europeos (control análogo y prestación de servicios para el poder adjudicador), se reúna un tercer requisito: que en los estatutos o norma de creación del poder adjudicador se mencione la condición de “medio propio o servicio técnico”, Se requiere además que se mencione en esta norma de creación ó estatutos el régimen de encomiendas que pueden conferirse, aun cuando el propio artículo 24.6, de la LCSP en párrafo anterior mencionaba que en todo caso se entendería que existe ese “control análogo” si las encomiendas son de ejecución obligada, con lo que carecería de sentido mencionar en la norma de creación la posibilidad de encomiendas si éstas son de obligado cumplimiento.

Cuarto.- La exigencia rigorista de este tercer requisito puede dar lugar a absurdos como entender que los organismos autónomos (los servicios de salud de cualquier Comunidad Autónoma), que tienen personalidad jurídica separada de la Administración matriz y, por tanto, se deben entender como poder adjudicador y Administración Pública a efectos de contratación, no podrían ser considerados como “medio propio” si no tuvieran tal condición prevista expresamente en sus Leyes de creación o se mencionara precisamente el régimen de las encomiendas.

De la misma forma la aplicación literal de la LCSP de la norma, supondrá la inaplicación de una norma, de rango de Ley que quedaría desplazada por el carácter y eficacia propio de la LCSP como norma básica, consecuencia que requeriría el necesario aplomo para lograr el principio de la seguridad jurídica (suma de certeza, legalidad, jerarquía y publicidad) como clave del ordenamiento.

Quinto.- Dada la falta de sentido teleológico (finalista) que el rigor en la interpretación de la norma puede producir y las dudas que sobre la aplicabilidad o desplazamiento de la normativa de la propia Comunidad, se plantea a la Junta Consultiva de Contratación de la Comunidad Autónoma de Aragón esta consulta.

CONSULTA

1º.- ¿Se puede considerar que en los casos de entes, organismos, entidades, que se crean con el exclusivo fin de prestar un servicio público por cuenta y en nombre de la Administración de la Comunidad Autónoma de Aragón, por el hecho de imprimirse esta finalidad o servicio en origen se puede dar por cumplido el requisito del “reconocimiento expreso” de la condición de “medio propio” para lo atinente a este servicio público, aun cuando no se mencione esta condición utilizándose estas concretas palabras?.

2º.- En el caso de la CARTV, como Organismo Público y Ente de Derecho Público, personificación del servicio pública de radiodifusión que está sujeto al cumplimiento de las encomiendas de gestión de acuerdo al texto refundido de la Ley de la Administración de la Comunidad Autónoma y el artículo 19 de la Ley 8/1987, ¿es necesario modificar o desarrollar la norma de creación insertando la mención “medio propio” para entender que este ente es efectivamente, medio propio de la Administración de la Comunidad Autónoma y los poderes adjudicadores que de ésta dependen en el ámbito del servicio público de radiodifusión?.

3º.- ¿Puede entenderse que mediante la regulación contenida en la disposición adicional decimotercera del texto refundido de la Ley de la Administración de la Comunidad Autónoma, Decreto Legislativo 2/2001, de 3 de julio, se cumple por las empresas públicas con la expresión de ser medio propio de la Administración de la Comunidad Autónoma y sus organismos públicos cuando esta norma se menciona expresamente en los Decretos de constitución de las empresas o en sus Estatutos?”

El Pleno de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa, en sesión celebrada el 3 de noviembre de 2008, acuerda informar lo siguiente:

II. CONSIDERACIONES JURÍDICAS

I. Competencia de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón.

De conformidad con el artículo 3.2 del Decreto 81/2006, de 4 de abril, del Gobierno de Aragón, por el que se crea la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón y se aprueba el Reglamento que regula su organización y funcionamiento, a esta Junta Consultiva de Contratación le corresponde informar, con carácter facultativo, sobre las consultas elevadas a la misma en materia de contratación.

Por otro lado, la petición de informe ha sido formulada por un órgano legitimado para hacerlo, tal y como exige el artículo 6.d) del citado Decreto, para el supuesto de informes solicitados por organismos públicos de la Comunidad Autónoma de Aragón.

II. Sobre la necesidad de reconocimiento expreso de la condición de medio propio en las normas de creación de la entidad Corporación Aragonesa de Radio y Televisión o en sus Estatutos, de conformidad con la exigencia del artículo 24.6 LCSP, para poder actuar como tal en la gestión del servicio público de Radio y Televisión.

La consulta formulada por la CARTV incluye tres preguntas susceptibles de refundir en dos cuestiones diferentes:

a) La primera de ellas plantea si es necesario, para que una entidad de Derecho Público como la CARTV y sus dos sociedades a través de las cuales se gestiona el servicio público de radio y televisión, puedan ser considerados medio propio a los efectos de quedar fuera de la LCSP los encargos que se le efectúen de conformidad con el artículo 4.1.n) LCSP, tener reconocida expresamente tal condición, ya sea en su ley de creación ya sea en sus Estatutos, como cabe deducir del artículo 24.6 LCSP.

b) la segunda plantea la compatibilidad de la regulación citada con la previsión de la Disposición Adicional Decimotercera del texto refundido de la Ley de la Administración de la Comunidad Autónoma (aprobado por Decreto legislativo 2/2001, de 3 de julio) para las empresas públicas; es decir, si la calificación que se hace en esta ley de las empresas públicas de la Comunidad Autónoma como medio propio de la misma, puede considerarse sustitutiva del reconocimiento expreso de tal condición que exige el artículo 24.6 en sus normas de creación.

La respuesta a la primera de estas cuestiones exige una precisión de concepto: la CARTV así como sus dos sociedades, en el ejercicio del servicio

público de radio y televisión para cuya gestión se constituyen no actúan como medio propio a través de la técnica organizativa de los “in house providing”, sino que llevan a cabo una gestión directa del servicio público.

La CARTV es una entidad de Derecho público creada específicamente para la gestión de un servicio público. Según el Preámbulo de Ley 8/1987, de 15 de abril: *“la presente ley responde pues, al propósito de la Comunidad Autónoma de crear el marco jurídico necesario para la puesta en marcha de un servicio autonómico de radio y televisión, desde la consideración, hecha por el propio Estatuto de la Radio y la Televisión, de que se trata de un servicio público esencial”*. De manera que esta ley atribuye a la Corporación la gestión de estos servicios en la Comunidad Autónoma, al mismo tiempo que faculta a la Diputación General de Aragón para crear las sociedades mercantiles que deban hacerse cargo de la gestión directa de cada una de las modalidades posibles del servicio de radiodifusión y televisión. Como expresamente se señala en la consulta, la propia Ley 46/1983, de 26 de diciembre, del tercer canal de televisión imponía para la prestación de este servicio la creación de un ente de Derecho Público y la gestión del servicio por una sociedad bajo fórmulas mercantiles.

En cumplimiento de tal previsión se constituyeron las sociedades “Televisión Autónoma de Aragón, SA” y “Radio Autónoma de Aragón, SA” por sendos Decretos 13/2005 y 14/2005, de 11 de enero. En el primero de ellos figura como objeto *“la gestión del servicio público de la televisión de la Comunidad Autónoma de Aragón, mediante la producción y difusión simultánea de imágenes y sonidos, a través de ondas, cables o cualquier otro medio técnico sustitutivo de éstos, destinados al público en general con fines divulgativos, culturales, educativos, artísticos, informativos, comerciales, de mero recreo o publicitarios. Conforme al Decreto de concesión 1890/2004 de 10 de septiembre, le corresponderá la organización, ejecución y emisión del tercer canal de televisión”*.

En el segundo igualmente se delimita su objeto social como *“la gestión de los servicios de radiodifusión de la Comunidad Autónoma de Aragón mediante la producción y difusión de sonidos a través de cualquier medio técnico con destino al público en general con fines divulgativos, culturales, educativos, artísticos, informativos, comerciales, de mero recreo o publicitarios”*.

De modo que en el ejercicio de tales funciones, tanto la CARTV como las sociedades “Televisión Autonómica de Aragón, SA” y “Radio Autonómica de Aragón, SA”, representan una personificación del servicio público, supuesto distinto por lo tanto de los encargos, y previsto expresamente en el artículo 8 LCSP. Según el tenor literal de éste:

“1. El contrato de gestión de servicios públicos es aquel en cuya virtud una Administración Pública encomienda a una persona, natural o jurídica, la gestión de un servicio cuya prestación ha sido asumida como propia de su competencia por la Administración encomendada.”

2. Las disposiciones de esta Ley referidas a este contrato no serán aplicables a los supuestos en que la gestión del servicio público se efectúe mediante la creación de entidades de derecho público destinadas a este fin, ni a aquellos en que la misma se atribuya a una sociedad de derecho privado cuyo capital sea, en su totalidad, de titularidad pública”.

Por ello para desempeñar el citado servicio público no requieren, ni la Corporación ni sus sociedades, reconocimiento como medio propio porque no actúan como tales; es decir no estamos ante un encargo de los del artículo 4.1.n) de la LCSP, sino ante una gestión directa de servicio público (contrato fuera del ámbito de la Directiva 2004/18, de 31 de marzo).

III. La consideración de estas entidades como medios propios. Acerca del reconocimiento expreso como medios propios de la Administración de la Comunidad Autónoma de todas las sociedades íntegramente públicas

que se efectúa en la Disposición Adicional Decimotercera de la Ley de la Administración de Aragón.

La siguiente cuestión que se plantea en la solicitud de informe es la referente a la posibilidad de que tanto la CARTV como sus sociedades públicas “Televisión Autonómica de Aragón, SA” y “Radio Autonómica de Aragón, SA”, puedan recibir encargos como medio propio dentro del marco de sus Estatutos pero al margen de la gestión del servicio público de radio y televisión. Esta posibilidad -expresamente prevista en el artículo 4.1n) LCSP- exige, recogiendo así la jurisprudencia comunitaria en la materia, que tales medios propios reúnan los requisitos del artículo 24.6 LCSP. Según éste:

“A los efectos previstos en este artículo y en el artículo 4.1.n), los entes organismos y entidades del sector público podrán ser considerados medios propios y servicios técnicos de aquellos poderes adjudicadores para los que realicen la parte esencial de su actividad cuando éstos ostenten sobre los mismos un control análogo al que pueden ejercer sobre sus propios servicios. Si se trata de sociedades, además, la totalidad de su capital tendrá que ser de titularidad pública.

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 por 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.

La condición de medio propio y servicio técnico de las entidades que cumplan los criterios mencionados en este apartado deberá reconocerse expresamente por la norma que las cree o por sus estatutos, que deberán determinar las entidades respecto de las cuales tienen esta condición y precisar el régimen de encomiendas que se les puedan conferir o las condiciones en que podrán adjudicárseles los contratos, y determinará para ellas la imposibilidad de participar en licitaciones públicas

convocadas por los poderes adjudicadores de los que sean medios propios(..)”.

En este artículo se recoge el concepto de medio propio –los llamados “in house providing”- que no son sino una técnica organizativa que posibilita los encargos que una Administración efectúa a otro ente con diferente personalidad jurídica, de realización de una determinada prestación y que quedan fuera del régimen de competencia propio de la legislación contractual. Esta técnica, analizada ya por esta Junta en su Informe 1/2007, de 8 de marzo, sobre “la consideración de la sociedad estatal TRAGSA como medio propio de la Comunidad Autónoma de Aragón y la posibilidad de efectuar en su favor encargos de ejecución” se ha articulado en el ámbito comunitario justificando la misma por la concurrencia en tales negocios jurídicos de dos requisitos exigidos imprescindiblemente de manera acumulativa. A este respecto resulta de cita obligada la sentencia de 18 de noviembre de 1999 (Teckal), donde se admite el concepto de “negocios in house providing” en los supuestos en que exista sobre el ente al que se hace el encargo un control análogo al que se ejerce sobre sus propios servicios y que aquel realice su actividad esencial para quien lo controla, estando obligada a la ejecución de tal encargo.

Sin embargo, además de recoger los dos requisitos mencionados, el legislador español ha incorporado para poder ostentar tal condición de medio propio un tercer requisito adicional, de carácter formal, que consiste en que tal condición se reconozca expresamente en la norma de creación de tales entes o en sus Estatutos. Además se exige que en tales leyes se concrete el régimen de tales encomiendas así como el ámbito subjetivo y objetivo de estos encargos.

Ante esta previsión de la Ley de Contratos del Sector Público, se plantea la CARTV, si es necesario para que tanto ella como sus sociedades puedan ser consideradas medios propios a los efectos de recibir encargos que queden fuera de la LCSP, una modificación de su respectivas normas de creación, o

bien de sus estatutos, para incorporar esa calificación expresa como medio propio; o si se puede entender como cumplimentado este requisito de reconocimiento expreso por la declaración genérica de medios propios que figura en la regulación de nuestra Administración autonómica.

En efecto, la citada Disposición Adicional 13ª LAAr califica a todas las empresas públicas de la Comunidad Autónoma (capital íntegro de la Comunidad Autónoma) como medios propios de la misma, regulando además para ellas el régimen de tales encargos tanto desde el punto de vista procedimental como de delimitación objetiva, esto es, *“en el marco de sus Estatutos y objeto social”*.

Partiendo así de esta premisa, y siendo la DA 13ª LAAr una disposición legal vigente en el ámbito de nuestra Comunidad Autónoma: ¿como es posible compatibilizar su aplicación con la regulación básica contenida en el artículo 4.1,n) en relación con el artículo 24.6 de la LCSP? Es doctrina unánime e indiscutible que la vigente LCSP en los supuestos de oscuridad tiene que ser interpretada en todo caso de conformidad con el derecho contractual comunitario integrado no sólo por la Directivas sino por los principios uniformemente interpretados por la jurisprudencia comunitaria en esta materia. Pues bien, en virtud del principio general de las fuentes de Derecho de aplicación prioritaria del Derecho comunitario, a nuestro juicio podemos extender tal criterio interpretativo conforme al Derecho comunitario a nuestra normativa autonómica, esto es, a la DA 13ª de la Ley de Administración de la Comunidad Autónoma de Aragón puesto que regula una cuestión relativa al ámbito contractual. Sólo serán posibles los encargos de ejecución a que se refiera la citada DA13ª de nuestra ley de Administración cuando concurren además de la condición de la titularidad pública del capital social de tales medios los dos requisitos acumulativos exigidos por la jurisprudencia comunitaria.

Teniendo en cuenta lo expuesto, y encontrándose en el caso de esta Disposición las sociedades de la Televisión y de la Radio, puede entenderse que respecto de ellas ya está reconocido expresamente tal condición de medio propio susceptibles por lo tanto de recibir encargos. Además, lo cierto es que el contenido del régimen jurídico de tales encomiendas de la DA 13ª parece abarcar todo el contenido exigido por el artículo 24.6 LCSP; es decir, tanto el relativo a la delimitación del ámbito subjetivo del ente encomendante, es decir, de quienes puede recibir tales encargos, como el relativo al régimen jurídico de tales encomiendas.

Dicho lo cual, parece claro que los supuestos que no estén comprendidos en la Disposición adicional 13ª de la ley de Administración, esto es, entidades de derecho público que no lo tengan declarado o sociedades que no cumplan el requisito de capital 100% de la Comunidad Autónoma, requieren ese reconocimiento expreso en su ley de creación o Estatutos de conformidad con el artículo 24.6, párrafo tercero. Este requisito deberá ser tenido en cuenta en la creación de nuevas entidades y sociedades. Para aquellas entidades y sociedades creadas antes de la entrada en vigor de la LCSP, al tratarse de un requisito formal que no debe ser interpretado de forma excesivamente rigurosa, puede entenderse cumplido cuando así se desprenda del tenor de sus normas de creación, sin perjuicio de que por los órganos competentes deba tomarse la iniciativa de adaptar los Estatutos a la nueva ley.

III. CONCLUSIONES

I. En la prestación del servicio público de radio y televisión, tanto la Corporación Aragonesa de Radio y Televisión como sus sociedades llevan a cabo una gestión directa de un servicio público, de conformidad con la previsión del artículo 8.2 LCSP; y por lo tanto no estamos antes la técnica de encargos a medios propios.

II. Además de la prestación de tal servicio público y siempre dentro del marco de sus Estatutos y su objeto social, la Corporación y sus sociedades podrán recibir encargos como medios propios del artículo 4.1.n) LCSP quedando excluidos de la misma, siempre y cuando ostenten tal condición, es decir, concurren en ellos los requisitos del artículo 24.6 LCSP. El requisito formal exigido en el párrafo último de este artículo podrá entenderse cumplido para las sociedades de radio y televisión, de conformidad con la previsión de la DA13^a de la ley de Administración de Aragón.

III. Sin embargo fuera de los supuestos amparados por tal declaración genérica de medio propio de la DA13^a, es decir, las entidades de Derecho Público o las sociedades cuyo capital no pertenezca 100% a la Comunidad Autónoma, será necesario ese reconocimiento expreso en su ley de creación o estatutos.

Informe 26/2008, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón adoptado en su sesión de 3 de noviembre de 2008.