



INFORME 1/2021 DE LA COMISIÓN PERMANENTE DE LA JUNTA DE CONTRATACIÓN PÚBLICA DE NAVARRA SOBRE ENTES INSTRUMENTALES y CONTROL CONJUNTO.

Con fecha 29 de octubre de 2020 se recibe en el correo electrónico de la Junta de Contratación Pública escrito firmado por don Juan Carlos Castillo Ezpeleta, Presidente de la Federación Navarra de Municipios y Concejos, solicitando informe a la Junta de Contratación Pública en relación con la interpretación que debe darse al artículo 8 de la Ley Foral 2/2018, de 13 de abril, de Contratos Públicos en relación con el artículo 12 de la Directiva 24/2014 de Contratación Pública, en particular sobre la posibilidad de que una sociedad mercantil, cuyo capital sea en su totalidad de titularidad pública, de manera indirecta a través de la Federación Navarra de Municipios y Concejos junto con varios Ayuntamientos, pueda prestar, sin necesidad de seguir un procedimiento de adjudicación, el servicio de recaudación ejecutiva a aquellas entidades locales socias que lo demanden, considerando que a esta sociedad puede atribuirse carácter instrumental de la propia FNMC y/o de las entidades locales a través de aquella.

CONSIDERACIONES JURÍDICAS

PRIMERA.- De acuerdo con el artículo 8.a) del Decreto Foral 74/2019, de 26 de junio, por el que se regula la Junta de Contratación Pública (DFJCP), están facultados para pedir informes los titulares de los Departamentos de la Administración de la Comunidad Foral de Navarra, en representación de los mismos y de los organismos públicos, sociedades públicas y fundaciones del sector público que tengan adscritos o bajo su tutela.

SEGUNDA.- Debe tenerse en cuenta que, de acuerdo con el artículo 119.4.c) de la Ley Foral 2/2018 de 13 de abril, de Contratos Públicos (en adelante LFCP), la Junta de Contratación Pública es competente para informar sobre cuestiones que atañen a la contratación pública. De su propio tenor literal

se desprende que la solicitud de informe debe trascender el caso concreto y buscar la adopción de un criterio general aplicable a otros casos. Por tanto, esta Junta carece de competencia para informar sobre supuestos particulares y en ningún caso se puede pronunciar sobre cuál deba ser la organización del Sector Público de la Comunidad Foral.

Esta apreciación competencial es relevante puesto que delimita un ámbito concreto, y al mismo tiempo de forma implícita, excluye del mismo cualesquiera otras cuestiones de tipo jurídico que no afecten al sistema de contratación pública establecido por la Ley Foral 2/2018, de 16 de abril, de Contratos Públicos (LFCP).

TERCERA.- No obstante todo lo anterior, debido a la repercusión que tienen sobre el interés general las cuestiones referentes a los medios propios de la Administración, para garantizar el cumplimiento de los principios generales de la contratación pública, se procede a su contestación.

CUARTA.- Con carácter preliminar, conviene referirse a la naturaleza de la FNMC para resaltar su condición de poder adjudicador, tal como se analizó ya en las [notas jurídicas](#) sobre el régimen jurídico aplicable a las Asociaciones de entidades locales, publicadas por la Cámara de Comptos en el año 2016.

En este mismo sentido puede citarse la reciente sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Sala Cuarta) de 3 de febrero de 2021, (asuntos C-155/19 y C-156/19) que declara que *“una entidad a la que se han conferido funciones de carácter público definidas de manera exhaustiva por el derecho nacional puede considerarse creada específicamente para satisfacer necesidades de interés general que no tengan carácter industrial o mercantil en el sentido de dicha disposición aun cuando no haya sido constituida bajo la forma de administración pública, sino de asociación de Derecho privado y algunas de sus actividades, para las que tiene capacidad de autofinanciación, no sean de carácter público.”*

QUINTA.- Entrando a analizar la cuestión de fondo, es preciso fijar nuestra atención en el artículo 8 LFCP, que traspone el contenido que las Directivas de Contratación Pública del año 2014 incluyeron “ex novo” en relación con los contratos internos, reflejando la doctrina *“in house providing”*

que se ha ido construyendo por la jurisprudencia comunitaria en los últimos años. En lo que afecta al presente supuesto, aborda este asunto el artículo 12 de la Directiva 24/2014 sobre Contratación Pública.

El asunto que ahora se plantea es si el artículo 12.1 último párrafo de la Directiva 24/2014 puede ser interpretado en el sentido de abarcar dentro del concepto de contrato interno una relación como la expuesta, en la que una sociedad pública, como ente instrumental, llevará a cabo los encargos del poder adjudicador del que no depende directamente, sino mediante una entidad interpuesta, dependiente de los poderes adjudicadores que realizarán los encargos, y en su caso, qué requisitos habrían de darse para ello.

Sobre una cuestión muy semejante tuvo ocasión de pronunciarse esta Junta de Contratación en su [informe 2/2015](#), publicado en el Portal de Contratación de Navarra, cuyas consideraciones siguen plenamente vigentes y resultan de aplicación a este caso, con las matizaciones derivadas de la diferente naturaleza y relaciones de las entidades a las que afectan y que se examinan a continuación.

Además de una remisión completa a lo expuesto en aquel informe en relación con la doctrina “in house providing”, que no es preciso reproducir, hay que resaltar que las cuestiones que se plantearon son las mismas a las que habrá de responderse ahora:

Por lo tanto, para dar respuesta al contenido de la consulta será necesario preguntarse en primer lugar, si la sociedad interpuesta debe reunir todos los requisitos establecidos para poder ser considerada medio propio (al margen de que se haya llevado a cabo la declaración formal o no) o si basta con que a los efectos de consideración de la sociedad que ha de recibir los encargos como medio propio, cumpla con el “control análogo”. En segundo lugar habrá que pronunciarse además acerca de qué requisitos debe cumplir la relación entre las tres personas para que se pueda entender que existe control análogo.

SEXTA.- La respuesta que entonces se obtuvo para la primera de las cuestiones que se plantearon, es la misma que ha de darse ahora, a saber:

En relación a la primera de las preguntas formuladas la respuesta parece clara a favor de la exigencia únicamente del control análogo. La propia redacción del artículo 12 de la Directiva nos lleva a esta conclusión cuando afirma “ Dicho control podrá ser ejercido también por otra persona jurídica, que sea a su vez controlada del mismo modo por el poder adjudicador” (apartado 1 in fine).

La argumentación que lleva a esta conclusión es exactamente la misma que la que allí se expuso, y a ella nos remitimos dado que de la consulta realizada se desprende que la FNMC (entidad interpuesta) no va a ser destinataria de encargos por parte de los Ayuntamientos.

SÉPTIMA.- Sentado lo anterior, la segunda pregunta que se formuló y se reitera ahora se refiere a los requisitos que deban darse para considerar que existe “control análogo” en los términos establecidos por la LFCP, de los Ayuntamientos sobre la FNMC, y posteriormente de la FNMC sobre Geser Local S.L., como destinataria de los encargos.

Nuevamente procede remitirse a lo expuesto en la consideración jurídica Sexta del informe 2/2015, pero en este caso además, hay que incluir un factor no contemplado en aquel, referido a la existencia de “control conjunto” por parte de varios poderes adjudicadores.

De acuerdo con lo previsto por el artículo 8.5 LFCP, se entiende que existe control conjunto cuando los órganos decisorios de la persona jurídica controlada (en este caso la FNMC) estén compuestos por representantes de todos los poderes adjudicadores participantes (todos los Ayuntamientos que deseen encargar el servicio de recaudación ejecutiva a la sociedad dependiente de la FNMC), teniendo en cuenta que cada representante puede representar a varios poderes adjudicadores, o incluso a todos ellos; cuando los poderes adjudicadores puedan ejercer una influencia decisiva sobre los objetivos estratégicos y las decisiones significativas de la persona controlada y, cuando la persona jurídica controlada no persiga intereses contrarios a los de los poderes adjudicadores que la controlan.

No es función de esta Junta de Contratación, el pronunciamiento sobre la concurrencia de estas circunstancias en el caso concreto, sin embargo, exclusivamente como ejercicio teórico, de los antecedentes expuestos en la consulta, parece desprenderse la concurrencia de los requisitos exigidos, lo

que llegado el caso, permitiría entender que, aquellos Ayuntamientos socios de la FNMC que deseen encargar a GeserLocal S.L. la gestión de deudas (o cualquier otro objeto contractual que encaje en su objeto), ejercen sobre la FNMC un control análogo al que llevan a cabo sobre sus propios servicios, mediante la modalidad de control conjunto, y por ende, este control sería susceptible de transmitirse a Geser Local S.L. al no romperse la cadena.

OCTAVA.- Finalmente, las consideraciones realizadas en el número anterior serían de aplicación con las precisiones pertinentes (dada la diferente vocación de las entidades afectadas) al control que habría de ejercer la FNMC sobre Geser Local S.L, control que igualmente habría de ser considerado “control análogo conjunto” de acuerdo con la previsión del artículo 8.5 LFCP.

En relación con el párrafo anterior, y de acuerdo con lo establecido por la jurisprudencia comunitaria, se consideran indicios de la existencia de un control análogo, entre otros, los siguientes:

- Obligación legal de ejecución de las encomiendas de acuerdo con instrucciones fijadas unilateralmente por el poder adjudicador. En este sentido se ha pronunciado el TSJUE entre otras en la Sentencia TRAGSA II (asunto C-295/2005) apartado 54 en el que afirma *“Procede observar que, si Tragsa no goza de libertad alguna ni con respecto al curso que debe dar a un encargo formulado por las autoridades competentes ni en cuanto a la tarifa aplicable a sus prestaciones, afirmación que incumbe verificar al órgano jurisdiccional remitente, no se cumple el requisito de aplicabilidad de las Directivas examinadas relativo a la existencia de un contrato.”*
- Retribución por referencia a tarifas aprobadas por la entidad pública. Entre las facultades de las que debe disponer la entidad que realiza los encargos, el TJUE ha señalado también la capacidad de fijar las tarifas de los mismos (sentencias de 10 de septiembre de 2009, Asunto C-573/07 «Sentencia Sea» y de 19 de abril de 2007, Asunto C-295/05, «Sentencia Tragsa» ya citada).

Finalmente hay que recordar que para poder dotar de carácter instrumental a Geser Local S.L. además tendría que cumplir con el requisito de

“que más del 80 % de las actividades de esa persona jurídica se lleven a cabo en el ejercicio de los cometidos que le han sido confiados por el poder adjudicador que la controla o por otras personas jurídicas controladas por dicho poder adjudicador”.

NOVENA.- Antes de finalizar, procede realizar una advertencia en relación con el contenido de la reciente Sentencia STS 2812/2020 - ECLI: ES:TS:2020:2812, que como se ha señalado en el fundamento jurídico segundo, queda fuera del ámbito de conocimiento y de competencias de esta Junta de Contratación puesto que no afecta al sistema de contratación pública, ni a la interpretación de las normas que lo rigen, pero que en última instancia, puede resultar determinante para la adecuación a Derecho de encargos como los que se plantean en la petición de este informe.

CONCLUSIONES

Debe considerarse ajustada al Derecho europeo e incluida dentro del ámbito de aplicación de los contratos internos contemplados por la Ley Foral 2/2018 de Contratos Públicos, la posibilidad de que un poder adjudicador, como entidad interpuesta, cree una sociedad mercantil y pública de manera que esta segunda ostente la condición de ente instrumental de las entidades contratantes que controlan a la entidad interpuesta, titular de las acciones de la entidad instrumental, siempre que se cumplan los siguientes requisitos:

1. La entidad interpuesta, deberá ser controlada, de forma conjunta, de forma análoga a como los Ayuntamientos controlan a sus propios servicios. Para ello deberán establecerse en sus estatutos las disposiciones pertinentes en aras a desmentir los indicios de entre los expuestos en el informe o cualesquiera otros que puedan poner en duda la existencia de tal control.
2. La Entidad interpuesta, junto con el resto de titulares de acciones de la entidad destinataria de los encargos, deberá controlar de la misma manera establecida en el apartado anterior, a la sociedad instrumental.
3. La sociedad que vaya a resultar destinataria de encargos, para ser considerada “instrumental” deberá realizar la parte esencial de su actividad para las entidades públicas respecto de las que ostente la

condición de medio propio, condición que además habrá de ser objeto de declaración expresa.

La adecuación a Derecho de todo lo expuesto desde el punto de vista de la normativa de contratación pública no obsta a la existencia de otros límites jurídicos que puedan poner en entredicho la legalidad de las operaciones sobre las que se pronuncia este informe.

Es todo cuanto se informa, que se somete a cualquier otro criterio mejor fundado en Derecho.

Pamplona, 17 de febrero de 2021.

LA PRESIDENTA

EL VOCAL

LA SECRETARIA

Marta Echavarren Zozaya

Ignacio Iriarte Aristu

Silvia Baines Zugasti