



INFORME JURÍDIC RELATIU A LA POSSIBILITAT QUE PUGA TRAMITAR-SE, MITJANÇANT EL PROCEDIMENT D'EMERGÈNCIA PREVIST EN L'ART. 120 DE LA LLEI DE CONTRACTES DEL SECTOR PÚBLIC, UN ENCÀRREC DE GESTIÓ A UN MITJÀ PROPI PERSONIFICAT

Exp.: 333/23

C/I/11105/2023

MMG

Per part de Sotssecretaria se sol·licita informe jurídic sobre la possibilitat de dur a terme un encàrrec de gestió pel procediment d'emergència previst en l'art. 120 de l'LCSP. De conformitat amb el que es disposa en l'art. 5.3 de la Llei 10/2005, de 9 de desembre, de la Generalitat, d'assistència jurídica a la Generalitat i en el Decret 84/2006, de 16 de juny, pel qual s'aprova el Reglament de l'Advocacia General de la Generalitat, s'emet el següent **informe facultatiu** conformement a les següents

CONSIDERACIONS

JURÍDIQUES

PRIMERA: OBJECTE

És objecte del present informe pronunciar-nos sobre la possibilitat de tramitar pel procediment d'emergència un encàrrec de gestió.

No s'adjunta a la petició d'informe cap document ni s'expressa el parer de l'òrgan consultant tal com exigeix l'article 18.1. del Reglament de la Llei d'assistència jurídica a la Generalitat, per la qual cosa es podria retornar la petició per a la seua esmena. No obstant això, procedim a emetre l'informe sol·licitat.

D'acord amb l'article 5.3. de la Llei 1/2015 d'assistència jurídica a la Generalitat, ens trobem davant un informe facultatiu, sol·licitat sobre la base de la dificultat tecnicojurídica de l'assumpte i que no té caràcter vinculant. No obstant això, i tal com disposa l'article 6 de la llei esmentada, els actes i



resolucions administratives que s'aparten de l'informe hauran de ser motivats.

SEGONA: SOBRE LA POSSIBILITAT DE DUR A TERME UN ENCÀRREC DE GESTIÓ PEL TRÀMIT D'EMERGÈNCIA PREVIST EN L'ART. 120 DE L'LCSP.

Es planteja si pot tramitar-se un encàrrec de gestió dels previstos en l'art. 32 de l'LCSP a través del procediment d'emergència previst en l'art. 120 de l'LCSP.

Aquest art. 120 de l'LCSP, amb el títol de "tramitació d'emergència" estableix: *"1. Quan l'Administració haja d'actuar de manera immediata a causa d'esdeveniments catastròfics, de situacions que suposen greu perill o de necessitats que afecten la defensa nacional, s'atindrà al següent règim excepcional:*

*a) L'òrgan de contractació, sense obligació de tramitar expedient de contractació, **podrà ordenar l'execució del que siga necessari per a remeiar l'esdeveniment produït o satisfer la necessitat sobrevinguda**, o contractar lliurement el seu objecte, en tot o en part, sense sotmetre's als requisits formals establits en la present llei, fins i tot el de l'existència de crèdit suficient. En cas que no existisca crèdit adequat i suficient, una vegada adoptat l'acord, es procedirà a la seua dotació de conformitat amb el que s'estableix en la llei general pressupostària.*

b) Si el contracte ha sigut celebrat per l'Administració General de l'Estat, els seus organismes autònoms, entitats gestores i serveis comuns de la Seguretat Social o altres entitats públiques estatals, es donarà compte d'aquests acords al Consell de Ministres en el termini màxim de trenta dies.

c) El termini d'inici de l'execució de les prestacions no podrà ser superior a un mes, comptat des de l'adopció de l'acord previst en la lletra a). Si s'excedeix aquest termini, la contractació d'aquestes prestacions requerirà la tramitació d'un procediment ordinari.

d) Executades les actuacions objecte d'aquest règim excepcional, s'observarà el que es disposa en aquesta llei sobre compliment dels contractes, recepció i liquidació de la prestació.



En el cas que el lliurament dels fons necessaris s'haguera realitzat a justificar, transcorregut el termini establert en la lletra c) anterior, es rendirà el compte justificatiu d'aquest, amb reintegrament dels fons no invertits.

2. Les restants prestacions que siguen necessàries per a completar l'actuació escomesa per l'Administració i que no tinguen caràcter d'emergència es contractaran conformement a la tramitació ordinària regulada en aquesta llei."

Aquest dubte ja ha sigut resolt per la Junta Consultiva de Contractació Administrativa d'Estat, on la Intervenció General de l'Estat plantejava la mateixa pregunta que ara constitueix l'objecte del present informe.

En concret, es va analitzar aquesta possibilitat en **informe núm. 14/2021** de la JCCPE, informe que admet aquesta possibilitat, conclusió que compartim des de l'Advocacia General de la Generalitat .

En efecte i, encara que l'art. 32 de l' LCSP no remeta de manera expressa a l'art. 120 de l' LCSP (malgrat que sí ho fa l'art. 30 de l'LCSP) i encara que estiga situat sistemàticament en el Llibre II de l'LCSP relatiu als "contractes de les administracions públiques", considerem que poden dur-se a terme encàrrecs de gestió per tramitació d'emergència per les següents raons:

a. - Considerem que l'art. 120 de l'LCSP sí que contempla de manera expressa els encàrrecs de gestió, tant a mitjans propis personificats com a no personificats, quan fa referència a "*ordenar l'execució del que siga necessari per a remeiar l'esdeveniment produït o satisfer la necessitat sobrevinguda*".

b.- Considerem que la mateixa essència dels encàrrecs de gestió als seus mitjans propis personificats porta implícita la seua utilització quan s'intenta que es faça de la forma més ràpida.

c.- Entenem que no minven les garanties atés que continuen exigint-se als mitjans propis personificats que reunisquen els requisits legals per a tindre



aquesta consideració i a més continuen subjectant-se a la normativa de funció pública que prohibeix utilitzar els encàrrecs de gestió per a realitzar funcions que impliquen directament o indirectament l'exercici de potestats públiques i que prohibeix utilitzar els encàrrecs de gestió per a dur a terme una contractació de personal de llocs de naturalesa estructural.

d. - La mateixa **DA 24.2** de l'LCSP, en regular el mitjà propi personificat TRAGSA i les seues filials, estableix l'obligatorietat i la prioritat que ha de donar el mitjà propi personificat a la realització dels encàrrecs que se li encomanen en situacions d'emergència.

En efecte, aquest precepte estableix: *“TRAGSA i la seua filial TRAGSATEC tindran la consideració de mitjans propis personificats i serveis tècnics de l'Administració General de l'Estat, de les comunitats autònomes, de les ciutats autònomes de Ceuta i Melilla, dels capítols i consells insulars, de les diputacions forals del País Basc, de les diputacions provincials i de les entitats del sector públic dependents de qualssevol d'elles que tinguen la condició de poders adjudicadors, sempre que es complisquen els requisits establits en el punt 2n de la lletra d) de l'apartat 2 de l'article 32, i en les lletres a) i b) de l'apartat 4 del mateix article, i estaran obligades a realitzar, amb caràcter exclusiu, els treballs que aquests els encomanen en les matèries assenyalades en els apartats 4 i 5, **donant una especial prioritat a aquells que siguen urgents o que s'ordenen com a conseqüència de les situacions d'emergència que es declaren.** D'acord amb aquesta obligació, els béns i efectius de TRAGSA i la seua filial TRAGSATEC podran incloure's en els plans i dispositius de protecció civil i d'emergències.”*

Aquests arguments estan continguts igualment en la resolució de la JCCPE, en l'informe **núm. 14/2021 de la qual** estableix: *“Per tant, per a poder determinar si la tramitació d'emergència és aplicable al cas dels encàrrecs a mitjans propis personificats caldria valorar si en aquest precepte s'esmenta directament o indirectament la figura de l'encàrrec a mitjans propis personificats com a supòsit habilitant. Doncs bé, quan l'article 120 estableix quina pot ser la conducta de l'entitat pública que ha d'escometre l'execució de l'activitat en cas de concórrer*



un supòsit d'emergència dels descrits en la norma, assenyala expressament que pot: "ordenar l'execució del que siga necessari per a remeiar l'esdeveniment produït o satisfer la necessitat sobrevinguda, o contractar lliurement el seu objecte." No és complicat percebre que el legislador diferencia dos supòsits que clarament constitueixen accions qualitativament diferenciades:

. - **Contractar** lliurement el seu objecte, això és, sense necessitat de tramitar un expedient de contractació amb la finalitat d'actuar de manera immediata.

. - **Ordenar l'execució del que siga necessari per a donar complida resposta a la situació d'emergència creada.**

En el primer dels casos la referència a la contractació del seu objecte necessàriament inspira en l'entèrpret jurídic la idea d'un acord de voluntats bilateral entre parts alienes entre si. En el segon, de manera ben diferent, l'expressió "ordenar l'execució" al·ludeix a una sort de mandat imperatiu i obligatori per a qui ha de executar la prestació.

Assentat l'anterior, en el nostre informe 27/2020 assenyalem que "que, per imperatiu precepte de les directives comunitàries, de la llei interna i de la jurisprudència del TJUE, només pot qualificar-se per encàrrec a mitjà propi i quedar exempta de la concurrència pública aquella prestació que resulta obligatòria per al mitjà propi per la mera decisió de l'entitat que el realitza." Tal decisió de contingut obligatori per al mitjà propi pot ser, sense cap gènere de dubte, equivalent a l'ordre a què al·ludeix l'article 120 de l'LCSP, de manera que la interpretació del precepte és clara en el sentit d'incloure també aquells supòsits en què l'entitat pública acudeix a la figura de l'encàrrec a mitjans propis personificats per a pal·liar una situació d'emergència.

Aquesta resposta és, d'altra banda, **congruent amb les diferents formes d'actuació de les entitats públiques que admet l'LCSP**. En efecte, l'article 30 de l'LCSP admet en uns certs casos l'execució directa de prestacions per l'Administració pública amb la col·laboració d'empresaris particulars o a través de mitjans propis no personificats, això és, a través dels seus propis serveis interns. Aquesta solució no implica cap alteritat de parts perquè es tracta d'una actuació purament interna regida pel principi de jerarquia, de manera que l'òrgan receptor de l'ordre del superior haurà de complir amb allò que se li ordene, bé en exclusiva o bé amb la col·laboració de tercers. Si tal cosa és possible conforme a l'LCSP, també ho és que la solució que l'entitat pública aconseguisca per a l'execució d'una activitat que resulta necessària siga el recurs a un mitjà propi personificat quan es complisquen tots els requisits establits per la llei. Per tant, des d'aquest punt de vista no existeix inconvenient perquè es pugui acudir a l'encàrrec a mitjans propis personificats sempre que es complisquen tals condicions.

Partint de l'anterior, com bé suggereix l'entitat consultant, en el cas de la tramitació d'emergència **no existeix un minvament major dels principis de la contractació pública si, en lloc de contractar**



Presidencia

Abogacía General de la Generalitat

directament i lliurement la prestació, s'encarrega aquesta a un mitjà propi amb plenes garanties del compliment de les condicions legals. En tots dos supòsits es produirà un sacrifici del principi de concurrència que està plenament justificat per la concurrència legal i plena d'alguna de les causes que, conforme a l'LCSP, admeten aquesta tramitació especial.

Tampoc sembla que existisca obstacle legal per a l'aplicació de la tramitació d'emergència si atenem la forma ordinària de tramitació dels encàrrecs a mitjans propis personificats. Per contra, aquesta tramitació és més flexible i senzilla que la que resulta característica de la selecció del contractista i de l'execució dels contractes públics. D'aquesta manera no sembla que l'extrema relaxació de les formalitats legals de la tramitació que implica l'aplicació de l'article 120 case malament amb la figura de l'encàrrec a un mitjà propi personificat.

*També assisteix la raó a l'entitat consultant quan esmenta el cas descrit en la **disposició addicional vint-i-quatrena de l'LCSP**. Aquesta norma admet expressament que "TRAGSA i la seua filial TRAGSATEC tindran la consideració de mitjans propis personificats i serveis tècnics de l'Administració General de l'Estat, de les comunitats autònomes, de les ciutats autònomes de Ceuta i Melilla, dels capítols i consells insulars, de les diputacions forals del País Basc, de les diputacions provincials i de les entitats del sector públic dependents de qualssevol d'elles que tinguen la condició de poders adjudicadors..." i que entre les funcions que obligatòriament han de realitzar per encàrrec de les entitats del sector públic de les quals són mitjans propis personificats es troben les següents:*

. - La realització de tasques per a les quals se li requerisca per la via de la urgència o d'emergència, o activitats complementàries o accessòries a les esmentades anteriorment.

. - Participar i actuar en tasques d'emergència i protecció civil de tot tipus, especialment, la intervenció en catàstrofes mediambientals o en crisis o necessitats de caràcter agrari, pecuari o ambiental.



La interpretació d'aquesta norma no pot ser una altra que la que admet que la intenció del legislador ha sigut reconèixer que també en els supòsits d'emergència és possible l'actuació de les entitats públiques a través de la figura de l'encàrrec a mitjans propis personificats. Tal conclusió no ha de ser particular només de les entitats que expressament esmenta aquesta disposició, sinó que, atés que el mateix article 120 al·ludeix a les ordres d'execució de prestacions, **deu ser aplicable a qualsevol entitat del sector públic que complisca adequadament totes les condicions necessàries perquè pugua actuar en la seua condició de mitjà propi personificat a través d'un encàrrec.**"

TERCERA: SOBRE ELS REQUISITS PROCEDIMENTALS DE L'ENCÀRREC DE GESTIÓ PER PROCEDIMENT D'EMERGÈNCIA.

Els encàrrecs a mitjà propi personificat que es tramiten amb caràcter d'emergència no requeriran tramitar un expedient, i serà suficient amb la declaració d'emergència i amb un informe que justifique la necessitat de l'encàrrec.

A aquest efecte, recordem **que és excepcional** la tramitació d'emergència prevista en l'art. 120 de l' LCSP i que ha d'interpretar-se **restrictivament**; és unànime la jurisprudència que limita la utilització d'aquest tipus de procediment a situacions que efectivament tinga aqueixa consideració d'emergència.

En aquest sentit, el TACRC, en reiterades ocasions, s'ha pronunciat sobre els requisits que han de concórrer per a poder acudir a una tramitació d'emergència.

A títol d'exemple, la Resolució núm. 102/2017 del TACRC estableix:

"Perquè siga procedent la tramitació d'emergència és necessari: i) que concórrega algun dels supòsits que taxativament estableix la llei, sense que siga suficient qualsevol altra circumstància que done lloc a una situació d'urgència; ii) que no siga suficient per a resoldre la situació la utilització d'altres procediments menys restrictius de la lliure concurrència; iii) que l'emergència siga



apreciada per l'òrgan de contractació i iv) que la tramitació es limite a l'estrictament indispensable en l'àmbit objectiu i temporal per a previndre o remeiar els danys derivats d'aqueixa situació. Als anteriors requisits aquest tribunal ha d'afegir un més: que la causa de l'emergència nosiga imputable al mateix òrgan de contractació, és a dir, que la situació d'emergència no haguera pogut ser evitada per l'òrgan de contractació mitjançant una actuació diligent."

Sobre aquests encàrrecs cal tindre en compte que han d'observar-se una sèrie de limitacions tant si l'encàrrec es tramita per procediment d'emergència com si no s'utilitza aquesta forma excepcional. En efecte, han de tindre en compte aquestes limitacions:

. - Han d'observar-se les limitacions aplicables a la subcontractació de treballs, ajustant-se a la normativa de contractació pública en allò que li fora aplicable.

. - La seua execució no pot implicar directament o indirectament l'acompliment de potestats públiques, i, en cap cas, incórrer en supòsits de cessió il·legal de treballadors.

. - L'entitat que rep l'encàrrec haurà d'ajustar-se en la realització dels treballs al contingut de l'encàrrec, i serà responsable de l'òrgan administratiu competent per a la supervisió, execució i certificació dels treballs, garantir que els treballs executats responen a l'encàrrec formalitzat. I, en cas de tramitació per emergència, **han de començar els treballs objecte de l'encàrrec en el termini màxim d'un mes** des que es dicte resolució per la qual s'acorde l'encàrrec per preveure-ho així l'art. 120 de l'LCSP.

I, d'altra banda, recordem que, perquè el mitjà propi personificat pugua dur a terme l'encàrrec i acordar-se aquest, ha de reunir els requisits previstos en l'art. 32 de l'LCSP.



Analitzant aquest precepte, entenem que pot dur-se a terme un encàrrec de gestió sempre que:

1r.- L'objecte per encàrrec **puga ser externalitzat.**

2n.- L'objecte de l'encàrrec **puga ser realitzat** per l'entitat instrumental, atenent el seu **objecte social.**

3r.- L'ens sobre el qual es realitze l'encàrrec tinga la condició de mitjà propi personificat **respecte de l'entitat que realitza l'encàrrec.**

4.- Per a tindre la condició de **mitjà propi personificat** s'ha de complir el que es disposa en l'art. 32 de l'LCSP.

Aquests **requisits** són:

4.a. - Control directe o indirecte del poder adjudicador que pot conferir encàrrecs sobre el mitjà propi, anàleg al que ostentaria sobre els seus propis serveis o unitats, i plasmat en l'existència d'una influència decisiva sobre els seus objectius estratègics i decisions significatives.

4.b.- Realització de més del 80 per cent de l'activitat del mitjà propi en l'exercici dels encàrrecs conferits pel poder adjudicador, o per persones jurídiques controlades de la mateixa manera per l'entitat que fa l'encàrrec, establint l'article 32.2.b) regles aplicables per al càlcul d'aquest percentatge.

4.c.- Quan el mitjà propi siga una personificació jurídica privada, exigència que tot el seu capital o patrimoni siga de titularitat pública.

4.d.- Requisits formals exigits, amb caràcter addicional, pel legislador espanyol: i) reconeixement de la condició de mitjà propi en els estatuts o normes de creació, amb la conformitat o autorització prèvia expressa del poder



adjudicador respecte del que serà mitjà propi, i amb la verificació prèvia per l'entitat de la que el mitjà propi depenga del fet que aquest disposa de mitjans personals o materials apropiats per a la realització dels encàrrecs de conformitat amb el seu objecte social (això últim, d'acord amb el que es disposa en l'article 86.2 de la Llei 40/2015, d'1 d'octubre, de règim jurídic del sector públic (LRJSP); ii) inclusió de determinat contingut en els estatuts socials del mitjà propi (concretament, determinació del poder adjudicador respecte del que té aqueixa condició, règim jurídic i administratiu dels encàrrecs, i establiment de la impossibilitat de participar en licitacions públiques convocades pel poder adjudicador del qual depenga el mitjà propi, sense perjudici de la possibilitat que se li encarregue l'execució de les prestacions corresponents a licitacions que hagueren quedat desertes).

5é.- Deu l'òrgan o entitat que realitza l'encàrrec actuar en **el marc de les seues competències pròpies.**

QUARTA: SOBRE PUBLICITAT ACTIVA DEL PRESENT INFORME

Al dubte plantejat, el sotssecretari afegit en la seua sol·licitud d'informe una consulta sobre l'obligació de publicar el present informe, conforme a l'article 27 del Decret 105/2017, de desplegament de la Llei 2/2015. La nova Llei 1/2022, de 13 d'abril, de transparència i bon govern de la Comunitat Valenciana, el títol I de la qual ja ha entrat en vigor, preveu en el seu article 16.2: *"A més, l'Administració de la Generalitat i el seu sector públic instrumental han de publicar la informació següent, adaptada a les seues particularitats organitzatives: a) Aquells informes jurídics de l'Advocacia General de la Generalitat que donen resposta a consultes plantejades, en la mesura que suposen una interpretació del dret, és a dir, que tinguen incidència sobre la interpretació i l'aplicació de les normes. Ha de ser necessària consulta prèvia a l'Advocacia General de la Generalitat amb caràcter preceptiu."*



La disposició final segona de la Llei 1/2022, en el seu apartat segon, assenyala que: *“ Romandran en vigor, en tot el que no s’opose a aquesta llei i fins que no es deroguen expressament, el Decret 105/2017, de 28 de juliol, del Consell, de desplegament de la Llei 2/2015, de 2 d’abril, de la Generalitat, en matèria de transparència i de regulació del Consell de Transparència, Accés a la Informació Pública i Bon Govern, i el Decret 56/2016, del Consell, de 6 de maig, pel qual s’aprova el Codi de bon govern de la Generalitat. El Consell haurà de realitzar, si escau, les modificacions normatives necessàries per a adaptar el contingut d’aquests decrets al que estableix aquesta llei.”*

Per part seua, l'article 27.2 del Decret 105/2017, de desplegament de la Llei 2/2015, situat en el capítol I del títol II, dedicat a la publicitat activa, disposa que: *“ Així mateix, les sotssecretaries publicaran, amb una consulta preceptiva prèvia a l’Advocacia General de Generalitat, aquells informes jurídics d’aquesta que donen resposta a consultes plantejades en la mesura que suposen una interpretació del dret, dels drets garantits en la normativa vigent en matèria de transparència o que tinguen efectes jurídics, amb els límits establits en la Llei 19/2013, de 9 de desembre, especialment en els articles 14.1r, lletres f) i k) i 18.1.b).”*

Per tot el que antecedeix, com que no apreciem la concurrència de cap dels límits previstos en la Llei 19/2013, entenem que el present informe jurídic ha de ser objecte de publicitat activa.

És tot el que és procedent informar, en el dia de la data de la signatura electrònica.

Advocada de la Generalitat