



INFORME JURÍDICO RELATIVO A LA POSIBILIDAD DE QUE PUEDA TRAMITARSE MEDIANTE EL PROCEDIMIENTO DE EMERGENCIA PREVISTO EN EL ART 120 DE LA LEY DE CONTRATOS DEL SECTOR PÚBLICO, UN ENCARGO DE GESTIÓN A UN MEDIO PROPIO PERSONIFICADO

Expte:333/23

C/I/11105/2023

MMG

Por parte de Subsecretaría se solicita informe jurídico sobre la posibilidad de llevar a cabo un encargo de gestión por el procedimiento de emergencia previsto en el art 120 de la LCSP. De conformidad con lo dispuesto en el art 5.3 de la Ley 10/2005, de 9 de diciembre, de la Generalitat, de Asistencia Jurídica a la Generalitat, y en el Decreto 84/2006, de 16 de junio, por el que se aprueba el Reglamento de la Abogacía General de la Generalitat, se emite el siguiente **informe facultativo** con arreglo a las siguientes

CONSIDERACIONES JURÍDICAS

PRIMERA: OBJETO

Es objeto del presente informe pronunciarnos sobre la posibilidad de tramitar por el procedimiento de emergencia un encargo de gestión.

No se adjunta a la petición de informe, documento alguno ni se expresa el parecer del órgano consultante tal como exige el artículo 18.1. del Reglamento a la Ley de Asistencia Jurídica a la Generalitat, por lo que se podría devolver la petición para su subsanación. No obstante, procedemos a emitir el informe solicitado.

De acuerdo con el artículo 5.3. de la Ley 1/2015 de Asistencia Jurídica a la Generalitat, nos hallamos ante un informe facultativo, solicitado en base a la



dificultad técnico-jurídica del asunto y que no tiene carácter vinculante. No obstante, y tal como dispone el artículo 6 de la citada Ley, los actos y resoluciones administrativas que se aparten del informe habrán de ser motivados.

SEGUNDA: SOBRE LA POSIBILIDAD DE LLEVAR A CABO UN ENCARGO DE GESTIÓN POR EL TRÁMITE DE EMERGENCIA PREVISTO EN EL ART 120 DE LA LCSP.

Se plantea si puede tramitarse un encargo de gestión de los previstos en el art 32 de la LCSP a través del procedimiento de emergencia previsto en el art 120 de la LCSP.

Este art 120 de la LCSP, bajo el título de “tramitación de emergencia” establece: “1. Cuando la Administración tenga que **actuar de manera inmediata a causa de acontecimientos catastróficos, de situaciones que supongan grave peligro o de necesidades que afecten a la defensa nacional**, se estará al siguiente **régimen excepcional**:

a) El órgano de contratación, sin obligación de tramitar expediente de contratación, **podrá ordenar la ejecución de lo necesario para remediar el acontecimiento producido o satisfacer la necesidad sobrevenida**, o contratar libremente su objeto, en todo o en parte, **sin sujetarse a los requisitos formales establecidos en la presente Ley, incluso el de la existencia de crédito suficiente. En caso de que no exista crédito adecuado y suficiente, una vez adoptado el acuerdo, se procederá a su dotación de conformidad con lo establecido en la Ley General Presupuestaria.**

b) Si el contrato ha sido celebrado por la Administración General del Estado, sus Organismos Autónomos, Entidades Gestoras y Servicios Comunes de la Seguridad Social o demás entidades públicas estatales, se dará cuenta de dichos acuerdos al Consejo de Ministros en el plazo máximo de treinta días.

c) El **plazo de inicio de la ejecución de las prestaciones no podrá ser superior a un mes, contado desde la adopción del acuerdo previsto en la letra a).** Si se excediese este plazo, la contratación de dichas prestaciones requerirá la tramitación de un procedimiento ordinario.

d) Ejecutadas las actuaciones objeto de este régimen excepcional, se observará lo dispuesto en esta Ley sobre cumplimiento de los contratos, recepción y liquidación de la prestación.



En el supuesto de que el libramiento de los fondos necesarios se hubiera realizado a justificar, transcurrido el plazo establecido en la letra c) anterior, se rendirá la cuenta justificativa del mismo, con reintegro de los fondos no invertidos.

2. Las restantes prestaciones que sean necesarias para completar la actuación acometida por la Administración y que no tengan carácter de emergencia se contratarán con arreglo a la tramitación ordinaria regulada en esta Ley.”

Esta duda ya ha sido resuelta por la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de Estado, donde la Intervención General del Estado planteaba la misma pregunta que ahora constituye el objeto del presente informe.

En concreto, se analizó esta posibilidad en **informe nº 14/2021** de la JCCPE, informe que admite esta posibilidad, conclusión que compartimos desde la Abogacía General de la Generalitat.

En efecto y, aunque el art 32 de la LCSP no remita de forma expresa al art 120 de la LCSP (a pesar de sí hacerlo el art 30 de la LCSP) y aunque esté ubicado sistemáticamente en el Libro II de la LCSP relativo a “los contratos de las Administraciones Públicas”, consideramos que pueden llevarse a cabo encargos de gestión por tramitación de emergencia por las siguientes razones:

a. - Consideramos que el art 120 de la LCSP sí que contempla de forma expresa los encargos de gestión, tanto a medios propios personificados como a no personificados, cuando hace referencia a “ordenar la ejecución de lo necesario para remediar el acontecimiento producido o satisfacer la necesidad sobrevenida”.

b.- Consideramos que la propia esencia de los encargos de gestión a sus medios propios personificados lleva implícita su utilización cuando se intenta que se haga de la forma más rápida.

c.- Entendemos que no merman las garantías dado que siguen exigiéndose a los medios propios personificados que reúnan los requisitos legales para tener



dicha consideración y además siguen sujetándose a la normativa de función pública que prohíbe utilizar los encargos de gestión para realizar funciones que impliquen directa o indirectamente el ejercicio de potestades públicas y que prohíbe utilizar los encargos de gestión para llevar a cabo una contratación de personal de puestos de naturaleza estructural.

d. - La propia DA 24.2 de la LCSP, al regular el medio propio personificado TRAGSA y sus filiales, establece la obligatoriedad y la prioridad que debe dar el medio propio personificado a la realización de los encargos que se le encomienden en situaciones de emergencia.

En efecto, este precepto establece: *“TRAGSA y su filial TRAGSATEC tendrán la consideración de medios propios personificados y servicios técnicos 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, siempre que se cumplan los requisitos establecidos en el punto 2º de la letra d) del apartado 2 del artículo 32, y en las letras a) y b) del apartado 4 del mismo artículo, y estarán obligadas a realizar, con carácter exclusivo, los trabajos que estos les encomienden en las materias señaladas en los apartados 4 y 5, dando una especial prioridad a aquellos que sean urgentes o que se ordenen como consecuencia de las situaciones de emergencia que se declaren. De acuerdo con esta obligación, los bienes y efectivos de TRAGSA y su filial TRAGSATEC podrán incluirse en los planes y dispositivos de protección civil y de emergencias.”*

Estos argumentos están contenidos igualmente en la resolución de la JCCPE, en cuyo **informe nº 14/2021** establece: *“Por tanto, para poder determinar si la tramitación de emergencia es aplicable al caso de los encargos a medios propios personificados habría que valorar si en dicho precepto se menciona directa o indirectamente la figura del encargo a medios propios personificados como supuesto habilitante. Pues bien, cuando el artículo 120 establece cuál puede ser la conducta de la entidad pública que ha de acometer la ejecución de la actividad en caso de concurrir*



un supuesto de emergencia de los descritos en la norma, señala expresamente que puede: “ordenar la ejecución de lo necesario para remediar el acontecimiento producido o satisfacer la necesidad sobrevenida, o contratar libremente su objeto.” No es complicado percibir que el legislador diferencia dos supuestos que claramente constituyen acciones cualitativamente diferenciadas:

. - **Contratar** libremente su objeto, esto es, sin necesidad de tramitar un expediente de contratación con el fin de actuar de manera inmediata.

. - **Ordenar la ejecución de lo necesario para dar cumplida respuesta a la situación de emergencia creada.**

En el primero de los casos la referencia a la contratación de su objeto necesariamente inspira en el intérprete jurídico la idea de un acuerdo de voluntades bilateral entre partes ajenas entre sí. En el segundo, de modo bien distinto, la expresión “ordenar la ejecución” alude a una suerte de mandato imperativo y obligatorio para quien ha de ejecutar la prestación

Sentado lo anterior, en nuestro informe 27/2020 señalamos que “que, por imperativo precepto de las Directivas comunitarias, de la ley interna y de la Jurisprudencia del TJUE, sólo puede calificarse de encargo a medio propio y quedar exenta de la concurrencia pública aquella prestación que resulta obligatoria para el medio propio por la mera decisión de la entidad que lo realiza.” Tal decisión de contenido obligatorio para el medio propio puede ser, sin ningún género de duda, equivalente a la orden a que alude el artículo 120 de la LCSP, de modo que la interpretación del precepto es clara en el sentido de incluir también aquellos supuestos en que la entidad pública acude a la figura del encargo a medios propios personificados para paliar una situación de emergencia

Esta respuesta es, por lo demás, **congruente con las diferentes formas de actuación de las entidades públicas que admite la LCSP**. En efecto, el artículo 30 de la LCSP admite en ciertos casos la ejecución directa de prestaciones por la Administración Pública con la colaboración de empresarios particulares o a través de medios propios no personificados, esto es, a través de sus propios servicios internos. Esta solución no implica alteridad de partes alguna, pues se trata de una actuación puramente interna regida por el principio de jerarquía, de modo que el órgano receptor de la orden del superior deberá cumplir con aquello que se le ordene, bien en exclusiva o bien con la colaboración de terceros. Si tal cosa es posible conforme a la LCSP, también lo es que la solución que la entidad pública alcance para la ejecución de una actividad que resulta necesaria sea el recurso a un medio propio personificado cuando se cumplan



todos los requisitos establecidos por la ley. Por tanto, desde este punto de vista no existe inconveniente para que se pueda acudir al encargo a medios propios personificados siempre que se cumplan tales condiciones.

Partiendo de lo anterior, como bien sugiere la entidad consultante, en el caso de la tramitación de emergencia **no existe una merma mayor de los principios de la contratación pública si, en lugar de contratar directa y libremente la prestación, se encarga la misma a un medio propio con plenas garantías del cumplimiento de las condiciones legales.** En ambos supuestos se producirá un sacrificio del principio de concurrencia que está plenamente justificado por la concurrencia legal y plena de alguna de las causas que, conforme a la LCSP, admiten esta tramitación especial.

Tampoco parece que exista obstáculo legal para la aplicación de la tramitación de emergencia si atendemos a la forma ordinaria de tramitación de los encargos a medios propios personificados. Por el contrario, **dicha tramitación es más flexible y sencilla** que la que resulta característica de la selección del contratista y de la ejecución de los contratos públicos. De este modo no parece que la extrema relajación de las formalidades legales de la tramitación que implica la aplicación del artículo 120 case mal con la figura del encargo a un medio propio personificado.

También asiste la razón a la entidad consultante cuando menciona el caso descrito en la **Disposición adicional vigésima cuarta de la LCSP.** Esta norma admite expresamente que “TRAGSA y su filial TRAGSATEC tendrán la consideración de medios propios personificados y servicios técnicos de la Administración General del Estado, de las Comunidades Autónomas, de las Ciudades Autónomas de Ceuta y Melilla, de los Cabildosy 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...” y que entre las funciones que obligatoriamente han de realizar por encargo de las entidades del sector público de las que son medios propios personificados se encuentran las siguientes:

. - 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.

. - **Participar y actuar 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.**



La interpretación de esta norma no puede ser otra que la que admite que la intención del legislador ha sido reconocer que también en los supuestos de emergencia es posible la actuación de las entidades públicas a través de la figura del encargo a medios propios personificados. Tal conclusión no debe ser particular sólo de las entidades que expresamente menciona esta disposición, sino que, atendiendo al hecho de que el propio artículo 120 alude a las órdenes de ejecución de prestaciones, **debe ser aplicable a cualquier entidad del sector público que cumpla adecuadamente todas las condiciones necesarias para que pueda actuar en su condición de medio propio personificado a través de un encargo.**

TERCERA: SOBRE LOS REQUISITOS PROCEDIMENTALES DEL ENCARGO DE GESTIÓN POR PROCEDIMIENTO DE EMERGENCIA.

Los encargos a medio propio personificado que se tramiten con carácter de emergencia no requerirán tramitar un expediente, siendo suficiente con la declaración de emergencia y con un informe que justifique la necesidad del encargo.

A estos efectos, recordamos **que es excepcional** la tramitación de emergencia prevista en el art 120 de la LCSP y que debe interpretarse **restrictivamente**, siendo unánime la jurisprudencia que limita la utilización de este tipo de procedimiento a situaciones que efectivamente tenga esa consideración de emergencia.

En este sentido, el TACRC, en reiteradas ocasiones, se ha pronunciado sobre los requisitos que deben concurrir para poder acudir a una tramitación de emergencia.

A título de ejemplo la resolución nº 102/2017 del TACRC establece:

*“Para que proceda la tramitación de emergencia es necesario: i) que concurra alguno de los supuestos que taxativamente establece la ley, sin que sea suficiente cualquier otra circunstancia que dé lugar a una situación de urgencia; ii) que **no sea suficiente para resolver la situación la utilización de otros procedimientos menos restrictivos de la libre competencia**; iii) que la emergencia sea*



apreciada por el órgano de contratación y iv) que la tramitación se limite a lo estrictamente indispensable en el ámbito objetivo y temporal para prevenir o remediar los daños derivados de esa situación. A los anteriores requisitos este Tribunal ha de añadir uno más: que la causa de la emergencia no sea imputable al propio órgano de contratación, es decir, que la situación de emergencia no hubiera podido ser evitada por el órgano de contratación mediante una actuación diligente.”

Sobre estos encargos hay que tener en cuenta que deben observarse una serie de limitaciones tanto si el encargo se tramita por procedimiento de emergencia como si no se utiliza esta forma excepcional. En efecto deben tener en cuenta estas limitaciones:

. - Deben observarse las limitaciones aplicables a la subcontratación de trabajos, ajustándose a la normativa de contratación pública en cuanto le fuera aplicable.

. - Su ejecución no puede implicar directa o indirectamente el desempeño de potestades públicas, y, en ningún caso, incurrir en supuestos de cesión ilegal de trabajadores.

. - La entidad que recibe el encargo deberá ajustarse en la realización de los trabajos al contenido del encargo, siendo responsabilidad del órgano administrativo competente para la supervisión, ejecución y certificación de los trabajos, garantizar que los trabajos ejecutados responden al encargo formalizado. Y, en caso de tramitación por emergencia, **deben empezar los trabajos objeto del encargo en el plazo máximo de un mes** desde que se dicte resolución acordando el encargo por preverlo así el art 120 de la LCSP.

Y, por otro lado, recordamos que, para que el medio propio personificado, pueda llevar a cabo el encargo y acordarse el mismo, debe reunir los requisitos previstos en el art 32 de la LCSP.



Analizando dicho precepto, entendemos puede llevarse a cabo un encargo de gestión siempre que:

1º.- El objeto de encargo **pueda ser externalizado**.

2º.- El objeto del encargo **pueda ser realizado** por la entidad instrumental, atendiendo a su **objeto social**.

3º.- El ente sobre el que se realice el encargo tenga la condición de medio propio personificado **respecto la entidad que realiza el encargo**.

4.- Para tener la condición de **medio propio personificado** se debe cumplir lo dispuesto en el art 32 de la LCSP.

Estos **requisitos** son:

4.a. - Control directo o indirecto del poder adjudicador que puede conferir encargos sobre el medio propio, análogo al que ostentaría sobre sus propios servicios o unidades, y plasmado en la existencia de una influencia decisiva sobre sus objetivos estratégicos y decisiones significativas

4.b.- Realización de más del 80 por ciento de la actividad del medio propio en ejercicio de los encargos conferidos por el poder adjudicador, o por personas jurídicas controladas del mismo modo por la entidad que hace el encargo, estableciendo el artículo 32.2.b) reglas aplicables para el cálculo de dicho porcentaje.

4.c.- Cuando el medio propio sea una personificación jurídica privada, exigencia de que todo su capital o patrimonio sea de titularidad pública.

4.d.- Requisitos formales exigidos, con carácter adicional, por el legislador español: i) reconocimiento de la condición de medio propio en los estatutos o normas de creación, previa conformidad o autorización expresa del poder



adjudicador respecto del que vaya a ser medio propio, y previa verificación por la entidad de la que el medio propio dependa de que éste dispone de medios personales o materiales apropiados para la realización de los encargos de conformidad con su objeto social (esto último, en consonancia con lo dispuesto en el artículo 86.2 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público (LRJSP); ii) inclusión de determinado contenido en los estatutos sociales del medio propio (concretamente, determinación del poder adjudicador respecto del cual tiene esa condición, régimen jurídico y administrativo de los encargos, y establecimiento de la imposibilidad de participar en licitaciones públicas convocadas por el poder adjudicador del que el medio propio dependa, sin perjuicio de la posibilidad de que se le encargue la ejecución de las prestaciones correspondientes a licitaciones que hubieran quedado desiertas).

5º.- Debe el órgano o entidad que realiza el encargo actuar en **el marco de sus competencias propias.**

CUARTA: SOBRE PUBLICIDAD ACTIVA DEL PRESENTE INFORME

A la duda planteada, el subsecretario añade en su solicitud de informe una consulta sobre la obligación de publicar el presente informe, conforme al artículo 27 del Decreto 105/2017, de desarrollo de la Ley 2/2015. La nueva Ley 1/2022, de 13 de abril, de Transparencia y Buen Gobierno de la Comunitat Valenciana, cuyo Título I ya ha entrado en vigor, prevé en su artículo 16.2: *“ Además, la administración de la Generalitat y su sector público instrumental tienen que publicar la información siguiente, adaptada a sus particularidades organizativas: a) Aquellos informes jurídicos de la Abogacía General de la Generalitat que den respuesta a consultas planteadas, en la medida que suponen una interpretación del derecho, es decir, que tengan incidencia sobre la interpretación y la aplicación de las normas. Tiene que ser necesaria consulta previa a la Abogacía General de la Generalitat con carácter preceptivo.”*



La disposición final Segunda de la Ley 1/2022, en su apartado segundo, señala que:” *Permanecerán en vigor, en todo lo que no se oponga a esta ley y hasta que no se deroguen expresamente, el Decreto 105/2017, de 28 de julio, del Consell, de desarrollo de la Ley 2/2015, de 2 de abril, de la Generalitat, en materia de transparencia y de regulación del Consejo de Transparencia, Acceso a la Información Pública y Buen Gobierno, y el Decreto 56/2016, del Consell, de 6 de mayo, por el cual se aprueba el Código de buen gobierno de la Generalitat. El Consell tendrá que realizar, si procede, las modificaciones normativas necesarias para adaptar el contenido de estos decretos a lo que establece esta ley.*”

Por su parte, el artículo 27.2 del Decreto 105/2017, de desarrollo de la Ley 2/2015, ubicado en el capítulo I del Título II, dedicado a la publicidad activa, dispone que: “*Asimismo, las subsecretarías publicarán, previa consulta preceptiva a la Abogacía General de Generalitat, aquellos informes jurídicos de la misma que den respuesta a consultas planteadas en la medida que supongan una interpretación del derecho, de los derechos garantizados en la normativa vigente en materia de transparencia o que tengan efectos jurídicos, con los límites establecidos en la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, especialmente en los artículos 14.1.º, letras f) y k) y 18.1.b).*”

Por cuanto antecede, no apreciando la concurrencia de ninguno de los límites previstos en la Ley 19/2013, entendemos que el presente informe jurídico debe ser objeto de publicidad activa.

Es todo cuanto procede informar, en el día de la fecha de la firma electrónica.

Abogada de la Generalitat