

Sc. Comisión Consultiva
GK/.

Informe 21/2008, de 27 de noviembre, sobre la legislación aplicable a las encomiendas que la Universidad de Huelva realice a la Corporación de la Universidad de Huelva, S.A.U.

I.- ANTECEDENTES

El Rector de la Universidad de Huelva remite escrito a esta Comisión Consultiva de Contratación Administrativa en petición de informe con el siguiente texto:

“Por la presente les solicitamos Informe sobre la aplicación de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público en relación a las encomiendas de trabajo o estudio o gestión realizadas por la Universidad de Huelva a la Corporación de la Universidad de Huelva, S.A.U.

Con fecha 25 de julio del año 2007 se constituyó en Huelva la entidad “Corporación de la Universidad de Huelva, S.A.U.” con capital desembolsado al 100% por la Universidad de Huelva.

Hasta la entrada en vigor de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público, la Universidad de Huelva entendía que las encomiendas de trabajo o estudio o gestión realizadas por la misma a la Corporación de la Universidad de Huelva, S.A.U. se encontraban excluidas de ese negocio y contrato basado en el Art. 3.1 apart. I del Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, en el que se dice: *“Quedan fuera del ámbito de la presente Ley: Las encomiendas de gestión que se confieran a entidades y sociedades cuyo capital sea en su totalidad de titularidad pública y sobre las que la Administración que efectúa la encomienda ostente un control análogo al que ejerce sobre sus propios servicios, siempre que estas sociedades y entidades realicen la parte esencial de su actividad con la entidad o entidades que las controlan”*, al cumplir la Corporación de la Universidad de Huelva, S.A.U. los condicionantes impuestos.

Al entrar en vigor el 1 de mayo de 2008 la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público, dada la complejidad de esta nueva ley y la ausencia de jurisprudencia relativa a su aplicación por su reciente entrada en vigor, le solicitamos el referido informe sobre la aplicación de dicha ley en relación a las encomiendas de trabajo o estudio o gestión realizadas por la Universidad de Huelva a la Corporación de la Universidad de Huelva, S.A.U.”

II.- INFORME

La cuestión objeto de consulta se concreta en determinar cuál es la legislación actualmente aplicable a las encomiendas que la Universidad de Huelva



realice a la Corporación de la Universidad de Huelva, S.A.U., y que la derogada Ley de Contratos de las Administraciones Públicas contemplaba en el artículo 3.1.I), en la redacción dada por la Ley 42/2006, de 28 de diciembre, las cuales quedaban fuera de la aplicación de la citada ley al considerarlas dentro de los negocios y contratos excluidos.

El citado artículo 3.1 I) excluía de la aplicación de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas las encomiendas de gestión que se confirieran a los denominados “medios propios”, entendiéndose por tales a las entidades y sociedades sobre las que la Administración que efectúa la encomienda ostente un control análogo al que ejerce sobre sus propios servicios, siempre que estas sociedades y entidades realicen la parte esencial de su actividad con la entidad o entidades que las controlan, exigiendo además que su capital sea en su totalidad de titularidad pública.

Tales medios propios constituyen lo que en la jurisprudencia comunitaria se ha denominado “*in house providing*” (STJCE de 18-11-1999. Asunto C-107/98. Teckal) y que actualmente se recoge en los artículos 4.1.n) y 24.6 de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público (LCSP), cuyo antecesor, que se pronunciaba en términos similares, es el artículo 3.1.I) de la derogada Ley de Contratos de las Administraciones Públicas.

Efectivamente el artículo 4 de la LCSP al regular los negocios y contratos excluidos, incluye en su apartado 1.n) a *“Los negocios jurídicos en cuya virtud se encargue a una entidad que, conforme a lo señalado en el artículo 24.6, tenga atribuida la condición de medio propio y servicio técnico del mismo, la realización de una determinada prestación.”*

Por su parte el artículo 24.6 de la LCSP dispone que *“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 para 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 las



encomiendas que se les puedan conferir o las condiciones en que podrán adjudicárseles contratos, y determinará para ellas la imposibilidad de participar en licitaciones públicas convocadas por los poderes adjudicadores de los que sean medios propios, sin perjuicio de que, cuando no concurra ningún licitador, pueda encargárseles la ejecución de la prestación objeto de las mismas.”

A la vista de la escritura de constitución de la Corporación de la Universidad de Huelva, S.A.U., resulta que la Universidad de Huelva constituye y funda una sociedad mercantil, de forma anónima y de carácter unipersonal, suscribiendo como socio único la totalidad del capital social.

Según establece los estatutos (artículos 10, 11 y 13) la Junta General de la Corporación está constituida por los miembros del Consejo de Gobierno de la Universidad de Huelva, a la que le compete el nombramiento del órgano de administración, del que forman parte el Rector, el Secretario General, el Gerente y dos Vicerrectores de la Universidad de Huelva, los restantes Consejeros serán elegidos por la Junta General, de entre sus miembros, salvo uno de los Consejeros que no pertenecerá a la comunidad universitaria.

Según los estatutos la Corporación tiene por objeto:

- a) Promover la constitución, como socio único o junto a terceros, de compañías mercantiles para la realización por medio de las mismas de actividades y prestación de servicios que coadyuven al cumplimiento de los fines de la Universidad de Huelva.
- b) La tenencia y administración de acciones y participaciones sociales en las compañías mercantiles constituidas para el desarrollo de actividades y prestación de servicios que coadyuven al cumplimiento de los fines que competen a la Universidad de Huelva, ejercitando los correspondientes derechos de socio.
- c) La coordinación o mediación en la prestación por cuenta de la Universidad de Huelva de servicios de carácter docente, de investigación, organizativo, económico y de gestión.
- d) La prestación a las sociedades mercantiles en que participe y a terceros de servicios de carácter contable, fiscal, administrativo y de asesoramiento en general.
- e) La prestación de actividades de carácter docente no reglada y de investigación.
- f) La promoción de las obras de infraestructura de la Universidad de Huelva.
- g) La gestión de los Parques Científico-Tecnológicos que cree o participe la Universidad de Huelva.

No se contiene en la escritura de constitución ni en los estatutos mención alguna al régimen de las encomiendas de gestión que la Universidad de Huelva pueda conferirle a la Corporación.



De acuerdo con lo expuesto procede analizar si concurren los requisitos para considerar a la Corporación de la Universidad de Huelva, S.A.U., como medio propio de la Universidad de Huelva.

La Corporación de la Universidad de Huelva, S.A.U., forma parte del sector público a los efectos de la LCSP, encuadrable en la letra d) del artículo 3.1 de la LCSP al tratarse de una sociedad mercantil en cuyo capital social participa directamente la Universidad de Huelva en cuantía superior al 50 por ciento.

En cuanto al control que pueda ejercer la Universidad sobre la Corporación hay que recordar que la Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 13-10-2005, en el Asunto C-458/03, Parking Brixen, declaraba que *“Dicha apreciación debe tener en cuenta el conjunto de disposiciones legales y circunstancias pertinentes. Del referido examen, ha de resultar que la entidad concesionaria en cuestión está sometida a un control que permita a la autoridad pública influir en sus decisiones. Debe tratarse de una posibilidad de influencia determinante, tanto sobre los objetivos estratégicos como sobre las decisiones importantes.”* (apartado 65).

Entre las circunstancias pertinentes hay que considerar que, conforme al artículo 1 de los estatutos, la Corporación se regirá por la Ley Orgánica de Universidades, que en su artículo 8, dispone que *“Para la promoción y desarrollo de sus fines, las Universidades, con la aprobación del Consejo Social, podrán crear, por sí solas o en colaboración con otras entidades públicas o privadas, empresas, fundaciones u otras personas jurídicas de acuerdo con la legislación general aplicable.”*, y que la relación de actividades que constituyen el objeto de la Corporación evidencia que la misma realiza la parte esencial de su actividad para la Universidad de Huelva en cuanto ha sido constituida fundamentalmente para coadyuvar al cumplimiento de sus fines. En este sentido la STJCE de fecha 13-11-2008, en el Asunto C-324/07, Coditel, cuando analiza el concepto de “control análogo”, declara que *“De dicha Ley, completada por los estatutos de Brutélé, parece desprenderse que el objetivo estatutario de ésta consiste en cumplir la misión de interés municipal para cuya realización fue creada y que no persigue ningún interés distinto del de las autoridades públicas asociadas.”* (apartado 38).

Con respecto al capital la STJCE de 11-5-2005, en el Asunto C-340/04, Carbotermo SpA, indicaba 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, sin ser un indicio decisivo, que dicho poder adjudicador ejerce sobre dicha sociedad un control análogo al que ejerce sobre sus propios servicios”* (apartado 37). Tal criterio jurisprudencial es aplicable al caso en concreto, pues de la documentación aportada resulta que la Universidad de Huelva ha suscrito la totalidad del capital social de la Corporación como socio único.

Por lo que se refiere a los órganos estatutarios, tanto la Junta General como el Consejo de Administración de la Corporación están formados por miembros del Consejo de Gobierno de la Universidad, de lo que se deduce el ejercicio de una



influencia determinante de la Universidad sobre los objetivos y decisiones importes de la Corporación, en este sentido es también significativa la STJCE de 13-11-2008, en el Asunto C-324/07, Coditel, cuando declara que *“El hecho de que los órganos de decisión de Brutélé estén compuestos por delegados de las autoridades públicas asociadas indica que éstas controlan los órganos de decisión de Brutélé y, por lo tanto, pueden ejercer una influencia determinante tanto sobre los objetivos estratégicos como sobre las decisiones importantes de ésta.”* (apartado 34).

El que expresamente no conste en la escritura de constitución o en los estatutos la posibilidad de que la Corporación venga obligada a realizar las encomiendas ordenadas por la Universidad ni se establezca que las tarifas que retribuyan tales servicios se fijen por la Universidad no es óbice para que pueda considerarse la existencia del control análogo, si éste se prueba por la concurrencia de otras circunstancias tal como ha quedado expuesto más arriba, ya que el artículo 24.6 en su segundo párrafo lo que hace sólo es concretar un supuesto de presunción a favor de su existencia.

De lo expuesto resulta evidente que la Universidad de Huelva ejerce sobre la Corporación de la Universidad de Huelva, S.A.U. un control análogo al que ejerce sobre sus propios servicios, a efectos de considerarla medio propio de acuerdo con lo previsto en el artículo 24.6 de la LCSP.

No obstante, queda un requisito formal, que no aparece acreditado, relativo al reconocimiento expreso por la norma que la creó o por los estatutos de la condición de medio propio o servicio técnico tal como exige el tercer párrafo del artículo 24.6 de la LCSP., determinando las entidades respecto de las cuales tienen esta condición y precisando el régimen de las encomiendas que se les puedan conferir o las condiciones en que podrán adjudicárseles contratos, y determinando la imposibilidad de participar en licitaciones públicas convocadas por los poderes adjudicadores de los que sean medios propios.

Tal como indica el citado artículo 24.6 de la LCSP la definición de lo que se entiende que es medio propio se hace a los efectos del propio artículo 24, que regula la ejecución de obras y fabricación de bienes muebles por la Administración, y ejecución de servicios con la colaboración de empresarios particulares, y del artículo 4.1.n) en el que se contienen los negocios y contratos excluidos, por lo que en función de cómo se haya articulado la encomienda le será de aplicación uno u otro régimen, cuestión ésta que ha sido tratada ampliamente en el Informe 2/2008, de 27 de noviembre, sobre diversas cuestiones relativas a las encomiendas de gestión o de ejecución, al cual nos remitimos.

III.- CONCLUSIÓN

En la Corporación de la Universidad de Huelva, S.A.U. concurren las circunstancias para considerarla medio propio de la Universidad de Huelva a los efectos previstos en el artículo 24.6 de la LCSP, excepto el reconocimiento expreso de su condición de tal medio que no aparece acreditado ni en la escritura de



constitución ni en los estatutos, siéndole aplicable a las encomiendas de gestión que se le confiera el régimen previsto en el artículo 4.1.n) o en el artículo 24 de la LCSP en función de cómo se haya articulado la encomienda.

Es todo cuanto se ha de informar.

