



Expediente 29/18 Interpretación del artículo 33.3 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público.

Clasificación del Informe. 2. Calificación y régimen jurídico de los contratos. Objeto de los contratos. 2.3. Contratos o convenios excluidos.

El Presidente de la Compañía Española de Seguros de Crédito a la Exportación (CESCE) ha dirigido consulta a esta Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado con el siguiente tenor:

“CESCE es una Sociedad Mercantil Estatal, participada por el Estado Español en el 50,25% de su capital social y adscrita a la Dirección General de Patrimonio del Estado. CESCE es cabecera de un Grupo de sociedades, todas ellas Sociedades Mercantiles Estatales, consideradas como Poderes No Adjudicadores, y cuya actividad en materia de contratación con proveedores se encuentra regulada en los artículos 321 y 322 de la ley 9/2017 de Contratos del Sector Público.

I. La nueva ley de Contratos del Sector Público 9/2017 de 8 de noviembre regula los llamados medios propios de la Administración y las encomiendas de gestión, que han pasado ahora a denominarse encargos a medios propios.

Los encargos entre entidades del sector público (la conocida como contratación in house) responde al principio de la capacidad auto organizativa de las AAPP y busca obtener una mayor eficiencia en los procedimientos de contratación, acudiendo a entidades de su propio entorno administrativo para atender sus necesidades de suministro de bienes, prestación de servicios o realización de obras.

Cuando la Administración utiliza sus propios medios para la obtención de prestaciones que constituyen el objeto de los contratos públicos, dicha actuación no reviste la naturaleza jurídica de un contrato, sino que supone una operación interna en el marco de las normas y régimen de funcionamiento del organismo público correspondiente.



Así lo ha considerado el Tribunal Superior de Justicia de las Comunidades Europeas:

"Una autoridad pública, siendo una Entidad adjudicadora, tiene la posibilidad de realizar las tareas de interés público que le corresponden con sus propios medios administrativos, técnicos y de cualquier otro tipo, sin verse obligada a recurrir a Entidades externas y ajenas a sus servicios. En tal caso no existirá un contrato a título oneroso celebrado con una Entidad jurídicamente distinta de la Entidad adjudicadora. Así pues, no habrá lugar a aplicar las normas comunitarias en materia de contratos públicos. (asunto C-26/2003)"

II. La LCSP 9/2017 de 8 de noviembre considera los supuestos de ejecución directa de prestaciones a través de medios propios personificados, distinguiendo entre los realizados por un poder adjudicador y los realizados por entidades que no tengan dicha consideración.

En este sentido, el artículo 32 de la LCSP especifica las exigencias que deben cumplir las entidades que tengan el carácter de medio propio (debiendo la entidad disponer de medios personales y materiales adecuados para cumplir el encargo que se le haga, recabar autorización del poder adjudicador del que dependa, no tener participación de una empresa privada, y no poder realizar libremente en el mercado más de un 20% de su actividad), con la finalidad de evitar adjudicaciones directas que menoscaben el principio de libre competencia; además se han mantenido los supuestos de ejecución directa de prestaciones por la Administración pública con la colaboración de empresarios particulares o a través de medios propios no personificados.

III. Por su parte, la consideración de medio propio y el tratamiento que reciben los encargos que realizan las entidades del Sector Público, cuando las mismas son consideradas como Poder no Adjudicador, se recoge en el artículo 33 de la ley de forma más abierta, en consonancia con los principios del artículo 321 de la LCSP.

Así el artículo 33.1 establece que:

"1. Las entidades del sector público que no tengan la consideración de poder adjudicador podrán ejecutar de manera directa prestaciones propias de los contratos de obras, suministros, servidos, concesión de obras y concesión de servicios a cambio de una compensación valiéndose de otra persona jurídica distinta a ellos, previo encargo a esta, con sujeción a lo dispuesto en este artículo, siempre y cuando la persona jurídica que utilicen



merezca la calificación jurídica de medio propio personificado respecto de ellos, de conformidad con lo dispuesto en el apartado siguiente. El encargo que cumpla estos requisitos no tendrá la consideración de contrato."

La consideración de medio propio respecto de una entidad del sector público que sea Poder no Adjudicador, se articula en el numeral 2 del citado artículo 33 de manera semejante a aquellos medios propios que son Poder adjudicador (art. 32 de la LCSP), siendo requisitos necesarios (a) que el ente que hace el encargo ostente el control directo o indirecto conforme establece el artículo 42 del Código de comercio sobre el ente destinatario del encargo, (b) que la totalidad del capital social o patrimonio del ente destinatario el encargo sean de titularidad pública, y (c) que más del 80% de las actividades del ente destinatario del encargo se lleven a cabo en el ejercicio de los cometidos que le han sido confiados por la entidad que realiza el encargo y que lo controla, o por otras entidades controladas del mismo modo por la entidad que realiza el encargo.

Sin embargo, dichos requisitos, copiados del concepto de medio propio personificado de los poderes adjudicadores, resultaban excesivos en determinados casos, máxime si se pretendía que fueran aplicables a aquellas Sociedades Mercantiles Estatales, entidades que precisamente eran consideradas Poderes no Adjudicadores por su carácter industrial y mercantil. Esto es, se perjudicaba a las entidades del sector público que están actuando en el mercado, a pesar de que fueron creadas específicamente para apoyar la gestión mercantil de su matriz.

Así por ejemplo en el Grupo CESCE, siendo CESCE una compañía aseguradora cuya actividad está regulada y limitada al ejercicio exclusivo dentro de dicho ámbito asegurador por la Ley 20/2015 de 14 de julio de Ordenación, Supervisión y Solvencia de Entidades Aseguradoras y Reaseguradoras (LOSSEAR), ha sido necesario crear entidades filiales que adquirieran y trataran la información económica, materia prima esencial para la suscripción y cobertura de riesgos de crédito (INFORMA D&B S.A., SME), o a entidades que realizasen todo tipo de servicios de back office, gestión de documentación, captura de información, verificación de datos, atención al cliente, etc. (CTI Tecnología y Gestión S.A., SME, o como proveedores de soluciones de Opiniones de Crédito y de otros servicios vedados a la entidades aseguradoras (CESCE SERVICIOS COMPARTIDOS S.L., SME)



Procede señalar que no existe una regulación específica al respecto en las Directivas para los Poderes no Adjudicadores, y que durante el trámite legislativo se ha entendido que la puesta en el mercado de tales servicios hasta ahora prestados por tales filiales, todas ellas SME, desvirtuaría la propia esencia y supervivencia de las mismas, creando un efecto negativo en sus costes de estructura y de gestión, y permitiría el acceso y el control de servicios "core" a entidades competidoras con intereses contrapuestos a los planes estratégicos del Grupo, y en perjuicio de la efectividad y del funcionamiento de la actividad de interés general que desarrolla la matriz.

Es por ello que durante el proceso de sometimiento a observaciones en la elaboración del Anteproyecto de la Ley de Contratos del sector Público, se planteó por parte del Ministerio de Economía, Industria y Competitividad, la necesidad de que las entidades del Sector Público Institucional pudieran seguir contratando con sus filiales, con independencia de la consideración de las mismas como medio propio.

A tal efecto, la propuesta del Ministerio de Economía, fue la de la introducción de lo que entendemos debe confirmarse como una excepción a los requisitos exigidos para la consideración de medios propios, mediante la redacción del numeral 3 del artículo 33 de la ley:

"3. El apartado 2 del presente artículo también se aplicará en los casos en que una persona jurídica del sector público estatal realice un encargo a otra persona jurídica del sector público estatal, siempre que una de ellas, ya sea la que realiza el encargo o la que lo recibe, ejerza el control de la otra o participe directa o indirectamente en su capital social."

Dicha redacción fue aceptada e introducida en el texto vigente de la ley.

El literal del numeral 3 del artículo 33, que especifica que "será también aplicable" a las entidades del sector público estatal en las que se ejerza el control entre la entidad que realiza el encargo y la que lo recibe, resulta ciertamente confuso, ya que parece querer precisar una diferencia respecto al concepto de sector público enunciado en el apartado 2, y por otra parte crea dudas al referirse a que será aplicable "el apartado 2 del artículo", toda vez que éste ya contiene dicho requisito del control, resulta reiterativo el mismo y no aclara si son exigibles o no el resto de requisitos previstos en el citado apartado 2 del artículo 33, o si la referencia



apartado 2, debe referirse a su párrafo primero, es decir a que tengan la consideración de medio propio personificado respecto a una entidad que tenga la consideración de poder no adjudicador, sin necesidad de cumplir los requisitos previstos en los apartados siguientes.

De los antecedentes legislativos (observaciones del Ministerio de Economía en la tramitación del anteproyecto de Ley) se desprende que dicha redacción del numeral 3 del artículo 33, fue propuesta por dicho Ministerio y se justificó en relación con la SME COFIDES, precisamente argumentando la necesidad de "Permitir que las entidades del sector público institucional puedan contratar a sus filiales y al contrario, aunque ninguna tenga la consideración de medio propio. Si no, se estaría dando un trato discriminatorio y perjudicando a las entidades que no son 100% públicas. En muchos casos se trata de ahorrarse costes...."

También se desea que se permita la contratación sin concurso, por razones de eficiencia entre entidades del sector público cuando entre ellas exista una relación directa o indirecta partícipe-entidad participada, independientemente la cuál de ellas ostente la posición de contratante o contratada.

A la vista de la justificación realizada por el Ministerio de Economía en relación con la redacción propuesta por dicho Centro del artículo 33.3, de su aceptación expresa y completa por parte del Ministerio de Hacienda y Función Pública en la tramitación del anteproyecto de Ley y su posterior integración literal tanto en el proyecto de Ley como en la Ley finalmente aprobada, se solicita la confirmación de esa junta Consultiva de Contratación Pública de nuestra interpretación del citado numeral 3 como una excepción, que posibilita la existencia de encargos entre las entidades del sector público estatal, siempre que exista una relación de control, en los términos fijados en el repetido apartado 3 y sin necesidad de cumplir cada uno de los requisitos previstos con anterioridad."

CONSIDERACIONES JURÍDICAS.

1. El Presidente de la Compañía Española de Seguros de Crédito a la Exportación (en adelante CESCE) ha dirigido consulta a esta Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado sobre la interpretación que ha de darse al artículo 33.3 de la Ley 9/2017, de 8 de



noviembre, de Contratos del Sector Público. El precepto legal por cuya interpretación se nos cuestiona señala lo siguiente:

“Artículo 33. Encargos de entidades pertenecientes al sector público que no tengan la consideración de poder adjudicador a medios propios personificados.

1. Las entidades del sector público que no tengan la consideración de poder adjudicador podrán ejecutar de manera directa prestaciones propias de los contratos de obras, suministros, servicios, concesión de obras y concesión de servicios a cambio de una compensación valiéndose de otra persona jurídica distinta a ellos, previo encargo a esta, con sujeción a lo dispuesto en este artículo, siempre y cuando la persona jurídica que utilicen merezca la calificación jurídica de medio propio personificado respecto de ellos, de conformidad con lo dispuesto en el apartado siguiente. El encargo que cumpla estos requisitos no tendrá la consideración de contrato.

2. Tendrán la consideración de medio propio personificado respecto de una entidad perteneciente al sector público que no tenga la consideración de poder adjudicador, aquellas personas jurídicas, de derecho público o de derecho privado, que cumplan todos y cada uno de los requisitos siguientes:

a) Que el ente que hace el encargo ostente control, directo o indirecto, en el sentido del artículo 42 del Código de Comercio, sobre el ente destinatario del mismo.

b) Que la totalidad del capital social o patrimonio del ente destinatario del encargo sea de titularidad pública.

c) Que más del 80 por ciento de las actividades del ente destinatario del encargo se lleven a cabo en el ejercicio de los cometidos que le han sido confiados por la entidad que realiza el encargo y que lo controla o por otras personas jurídicas controladas del mismo modo por la entidad que realiza el encargo.



El cumplimiento efectivo del requisito establecido en la presente letra deberá quedar reflejado en la Memoria integrante de las Cuentas Anuales del ente destinatario del encargo y, en consecuencia, ser objeto de verificación por el auditor de cuentas en la realización de la auditoría de dichas cuentas anuales de conformidad con la normativa reguladora de la actividad de auditoría de cuentas.

3. El apartado 2 del presente artículo también se aplicará en los casos en que una persona jurídica del sector público estatal realice un encargo a otra persona jurídica del sector público estatal, siempre que una de ellas, ya sea la que realiza el encargo o la que lo recibe, ejerza el control de la otra o participe directa o indirectamente en su capital social.”

2. En relación con la cuestión de los encargos a medios propios personificados cabe recordar que el Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha elaborado una doctrina continuada y consistente en relación con los negocios jurídicos llamados *in house providing*. Entre otras sentencias del Tribunal de Justicia de la UE hemos de destacar por su importancia capital la Sentencia Teckal de 18 de noviembre de 1999 en el asunto C-107/98 que fija por primera vez la doctrina sobre el uso de medios propios, y por desarrollar esta doctrina inicial las sentencias: Stadt Halle de 11 de enero de 2005 en el asunto C-26/03, la sentencia Parking Brixen de 13 de octubre de 2005 en el asunto C-45/03, la sentencia Molding Elimi de 10 de noviembre de 2005 en el asunto C-29/04, la sentencia ANAV de 6 de abril de 2006 en el asunto C-410/04, la sentencia Carbotermo Spa de 11 de mayo de 2006 en el asunto C-340/04, la sentencia TRAGSA de 19 de abril de 2007 en el asunto C-295/05, la sentencia Comisión v. España de 13 de enero de 2005 en el asunto C- 84/03, la Sentencia Hamburg de 9 de junio de 2009 en el asunto C-480/06, la sentencia Coditel Bravant de 13 de noviembre de 2008 en el asunto C-324/07 o la Sentencia SEA Srl de 10 de septiembre de 2009 en el asunto C-523/07.

Como ya expusimos en nuestro dictamen 2/2012, de 7 de junio, la doctrina de los medios propios o contrataciones "*in house*" se configura así como una excepción a la aplicación de los principios de igualdad de trato, no discriminación, libre concurrencia, transparencia y



publicidad, así como a las libertades comunitarias. Por ello el TJUE ha reiterado en sus pronunciamientos que el cumplimiento de los requisitos exigidos por esta doctrina debe ser objeto de una interpretación estricta (Sentencia Stadt Halle apartado 46, entre otras). Nótese que, tal y como ha indicado esta Junta Consultiva, la exclusión de la legislación de contratos públicos, que es la consecuencia de la aplicación de esta doctrina, nos conduce necesariamente a la aplicación del régimen jurídico de las encomiendas de gestión, ahora encargos a medios propios, dado que la relación jurídica que se instaura entre el poder adjudicador y el ente, organismo o entidad que es medio propio del primero es una relación no contractual sino de control, esto es, "*de instrucciones unilaterales cursadas por el poder adjudicador y que el medio propio ha de ejecutar.*" (informe 65/07 de 29 de enero). Un ente, organismo o entidad del sector público que tenga una personalidad jurídica propia y diferenciada del poder adjudicador podrá ser medio propio de este último cuando se cumplan los requisitos cumulativos que de manera sintética se enumeran a continuación y que, como ya se dijo, en todo caso, deben ser objeto de una interpretación estricta, toda vez que nos encontramos ante una excepción a la aplicación del derecho de la contratación pública, tanto comunitario como español:

- a) Los entes, organismos y entidades del sector público podrán ser considerados medios propios de aquellos poderes adjudicadores que ostenten sobre los mismos un control análogo al que puedan ejercer sus propios servicios.
- b) Cuando además este ente, organismo o entidad del sector público realice la parte esencial de su actividad con el poder adjudicador que lo controla.
- c) Que el capital del ente instrumental sea de titularidad totalmente pública.

A ello cabe añadir que la condición de medio propio debe reconocerse expresamente por la norma que lo cree o por sus estatutos y que el ente, organismo o entidad habrá de ser idóneo para ejecutar el encargo y "*en tal sentido debe disponer de personal y medios materiales y técnicos necesarios para ejecutar la encomienda*" (Informe 65/07, de 29 de enero).

3. Esta doctrina ha tenido su plasmación en la Directiva 2014/24/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, sobre contratación pública y por la que se



deroga la Directiva 2004/18/CE. En efecto, en el Considerando 31 se indica que *“No obstante, la aplicación de las normas de contratación pública no debe interferir con la libertad de los poderes públicos para ejercer las funciones de servicio público que le han sido conferidas utilizando sus propios recursos, lo cual incluye la posibilidad de cooperación con otros poderes públicos.”* El Considerando 32 añade que *“Los contratos públicos adjudicados a personas jurídicas controladas no deben estar sometidos a la aplicación de los procedimientos previstos en la presente Directiva si el poder adjudicador ejerce sobre la persona jurídica de que se trate un control análogo al que ejerce sobre sus propios servicios, siempre que la persona jurídica controlada dedique más del 80 % de sus actividades al ejercicio de funciones que le hayan sido asignadas por el poder adjudicador que la controla o por otras personas jurídicas controladas por dicho poder adjudicador, independientemente de quién sea el beneficiario de la ejecución del contrato.*

La excepción debe extenderse a situaciones en las que exista participación directa de un operador económico privado en el capital de la persona jurídica controlada, puesto que, en esas circunstancias, la adjudicación de un contrato público sin un procedimiento de licitación ofrecería al operador económico privado con participación en el capital de la persona jurídica controlada una excesiva ventaja respecto a sus competidores. Con todo, habida cuenta de las particulares características de los órganos públicos con afiliación obligatoria, tales como las organizaciones encargadas de la gestión o la prestación de algunos servicios públicos, esto no se debe aplicar en casos en que la participación de operadores económicos privados específicos en el capital de la persona jurídica controlada es obligatoria por una disposición de la legislación nacional acorde con los Tratados, siempre que dicha participación no permita controlar ni bloquear a la persona jurídica controlada y no otorgue tampoco una influencia decisiva en las decisiones de esta. Además, es preciso aclarar que el elemento decisivo es únicamente la participación privada directa en la persona jurídica controlada. Por ello, cuando exista una participación de capital privado en el o los poderes adjudicadores controladores, ello no debe impedir la adjudicación de contratos públicos a la persona jurídica controlada sin aplicar los procedimientos previstos en la presente Directiva, puesto que estas participaciones no perjudican la competencia entre operadores económicos privados.”

Teniendo en cuenta este criterio el Artículo 1 y el Artículo 12 de la norma comunitaria siempre se refieren al concepto de poder adjudicador como el elemento determinante de la sujeción a la Directiva y a las reglas que la misma contiene en relación con la posibilidad de



realizar un encargo a un medio propio del poder adjudicador correspondiente. Este concepto está también definido en la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público cuando destaca en su artículo 3.2 d) que se considera poder adjudicador a todas las demás entidades con personalidad jurídica propia que hayan sido creadas específicamente para satisfacer necesidades de interés general que no tengan carácter industrial o mercantil, siempre que uno o varios sujetos que deban considerarse poder adjudicador bien financien mayoritariamente su actividad; bien controlen su gestión; o bien nombren a más de la mitad de los miembros de su órgano de administración, dirección o vigilancia. Esta regla, tributaria de las anteriores directivas y de la Jurisprudencia comunitaria (Sentencias Mannesmann o BFI Holding), trata de evitar que mediante la creación de personificaciones jurídico-privadas se pueda extraer de la aplicación de las normas comunitarias sobre contratación pública a entidades que, si bien formalmente están sujetas al derecho privado, por razón de la función pública que ejercen deben quedar sujetas a aquellas. Se trata de un concepto funcional y no de un concepto formal porque se entiende que todas las reglas de contratación pública (las comunitarias primero y las internas después) deben aplicarse a aquellas entidades que no compiten realmente en el mercado en condiciones de igualdad por razón de la función pública que desarrollan.

4. Pero el hecho de que el legislador español haya regulado los encargos en que intervienen poderes adjudicadores en el artículo 32 de forma congruente con lo que establece la Directiva y la Jurisprudencia no impide que pueda también regular voluntariamente los requisitos de los encargos que realicen entidades del sector público que no son poderes adjudicadores precisamente porque no ejercen esas funciones de carácter público que cualifican su actuación desde el punto de vista jurídico y que garantizan la aplicación de la normativa comunitaria sobre negocios *in house*. En este caso el legislador español va más allá de lo que exige la propia Directiva y añade una regulación de esta figura respecto de las entidades del sector público que no son poderes adjudicadores, estableciendo una serie de requisitos y condiciones para poder utilizar la figura del encargo a medios propios también en este supuesto. Y lo cierto es que perfectamente el legislador podría haber prescindido de esta regulación, que como es lógico, no está en la Directiva y que hubiese permitido acudir a esta figura sin límite ni requisito alguno. No es extraordinario que el legislador quiera establecer reglas aplicables a las entidades no sujetas a la Directiva o menos rígidamente sujetas a la ley interna –véase en este sentido la regulación contenida en el Título II del Libro Tercero de la ley (artículos 321 y 322)- y desde luego, las reglas aplicables a estas



entidades del sector público que no son poderes adjudicadores no tienen por qué ser tan rígidas como las que se establecen para los poderes adjudicadores. Cabe perfectamente que los requerimientos de la ley se relajen en este punto.

5. Teniendo en cuenta lo anterior cabe señalar que esto es lo que ha acontecido en la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público en su artículo 33. La lectura del precepto pone de manifiesto en el apartado primero la intención del legislador de permitir los encargos realizados por entidades del sector público que no tengan la consideración de poderes adjudicadores a otras personas jurídicas que tengan la condición de medio propio personificado respecto de ellos. Para disfrutar de esta condición las personas jurídicas, sin distinción si son de derecho público o de derecho privado, deben cumplir todos los requisitos señalados en el apartado segundo con carácter general, estos es, control directo o indirecto, totalidad del capital social o del patrimonio de titularidad pública y actividad predominantemente realizada en el ejercicio de los cometidos que le han sido confiados por la entidad que realiza el encargo.

Por su parte, el apartado tercero, objeto de la presente consulta, nos dice que el apartado 2 del presente artículo también se aplicará en los casos en que una persona jurídica del sector público estatal realice un encargo a otra persona jurídica del sector público estatal, siempre que una de ellas, ya sea la que realiza el encargo o la que lo recibe, ejerza el control de la otra o participe directa o indirectamente en su capital social.

La comparación entre ambos apartados debe hacerse desde diversos puntos de vista porque aparentemente se podría considerar que son coextensos en algún punto y que la aplicación de alguno de ellos implica la inaplicación del otro. Desde el punto de vista de los requisitos exigidos, si ya el apartado segundo recoge una cierta flexibilización en relación con el requisito del control análogo, –siendo parecidos a los del artículo 32 los restantes- en el apartado tercero la flexibilización es mucho más notable en la medida en que el control no está caracterizado jurídicamente del mismo modo y a que se alude de modo alternativo a la participación, directa o indirecta, en el capital social. Como los conceptos contenidos en ambos apartados no son exactamente idénticos podría plantearse la existencia de una antinomia legal y, sin embargo, en el apartado tercero se delimita el ámbito subjetivo de las entidades del sector público a las que es aplicable la mayor flexibilización que el mismo contiene, evitando con ello la contradicción legal, ya que en él se alude exclusivamente al



sector público estatal. Por esta razón parece razonable entender que en el apartado segundo del artículo 33 se alude a las entidades del sector público en general mientras que en el apartado tercero se particulariza mediante una norma especial en las entidades del sector público estatal, respecto de las cuales se establece una notable flexibilización que permitiría entender que basta con acreditar un control o una participación en el capital de otra entidad del sector público para justificar el recurso al encargo.

6. Esta conclusión es coherente con la referencia que la consulta realiza a la propuesta del Ministerio de Economía, Industria y Competitividad. Además, perfectamente puede entenderse que la expresión legal (quizás no muy afortunada) de que *“El apartado 2 del presente artículo también se aplicará en los casos en que una persona jurídica del sector público estatal realice un encargo a otra persona jurídica del sector público estatal”* no requiere una remisión al apartado segundo en bloque, es decir, tanto a los requisitos como a la consecuencia que anuda su cumplimiento, sino que bastaría con entender que la intención del legislador al remitirse al apartado segundo es simplemente la de considerar que cuando se cumplan los requisitos específicos establecidos para las entidades del sector público estatal la consecuencia es que se puede considerar que la entidad receptora del encargo cumple la condición de ser medio propio que exige el apartado primero y que, en lógica consecuencia, jurídicamente es viable acudir a la figura del encargo. Este criterio es congruente también con la expresión empleada por el legislador en el apartado tercero del artículo 32, en el que claramente se aplica la consecuencia pero no todos los requisitos señalados en el 32.2 para los medios propios, en la medida en que se limitan al control y a la no existencia de capital privado en la persona controlada en el caso de las encomiendas ascendentes o de las horizontales.

7. En conclusión, esta Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado entiende que en los casos en que entidades del sector público que no son poderes adjudicadores tengan el control o participen en el capital de otras entidades de la misma naturaleza podrán acudir a la figura del encargo a medios propios prevista en el artículo 33.3 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público sin tener que sujetarse a las reglas de contratación establecidas para ellas. Esta conclusión no debe interpretarse como una restricción de la competencia en el sector concreto de que se trate puesto que la función estrictamente mercantil o industrial que cumplen estas entidades justifica sobradamente, tal como hemos visto que señalan los considerandos de la Directiva, que se pueda acudir a



la figura del encargo para con empresas del mismo grupo empresarial sin que con ello se afecte a la libre competencia. Otra conclusión supondría alcanzar resultados ilógicos, pues supondría que una entidad que realiza una actividad estrictamente privada en un mercado en el que compite en estricta igualdad de condiciones no pueda emplear sus propios recursos (las empresas de su grupo empresarial) para atender a sus propias necesidades.

Por todo lo expuesto, esta Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado considera que cabe alcanzar la siguiente

CONCLUSIÓN

En los casos en que entidades del sector público que no son poderes adjudicadores tengan el control o participen en el capital de otras entidades de la misma naturaleza podrán acudir a la figura del encargo a medios propios prevista en el artículo 33.3 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, sin tener que sujetarse a las reglas de contratación establecidas para ellas.