

INFORME 12/2023, DE 12 DE SEPTIEMBRE, DEL PLENO DE LA JUNTA ASESORA DE CONTRATACIÓN PÚBLICA

OBJETO: PROYECTO DE DECRETO SOBRE AUTORIZACIÓN A LA ADMINISTRACIÓN DE LA COMUNIDAD AUTÓNOMA DE EUSKADI PARA LA CREACIÓN Y ADQUISICIÓN DE PARTICIPACIONES EN LA SOCIEDAD ANÓNIMA PÚBLICA «EUSKALMET - AGENCIA VASCA DE METEOROLOGÍA, S.A.».

I.- ANTECEDENTES.

La Dirección de Régimen Jurídico, Servicios y Procesos Electorales del Departamento de Seguridad ha presentado ante esta Junta solicitud de informe en relación con la propuesta de Proyecto de Decreto sobre autorización a la Administración de la Comunidad Autónoma de Euskadi para la creación y adquisición de participaciones en la Sociedad Anónima Pública «Euskalmet - Agencia Vasca de Meteorología, S.A.».

El expediente se tramita a través de la aplicación informática para la tramitación electrónica de procedimientos Tramitagune, con la referencia DNCG_DEC_2656/23_02.

II.- COMPETENCIA.

En primer lugar, el artículo 3. 1 de la Ley 6/2022, de 30 de junio, del Procedimiento de Elaboración de las Disposiciones de Carácter General establece que “se entienden por disposiciones normativas de carácter general las que, cualquiera que sea la materia sobre la que versen, adoptan la forma de ley, decreto legislativo, decreto u orden, y contienen normas jurídicas que innovan el ordenamiento jurídico, sirviendo de fundamento para una pluralidad de actos durante un lapso de tiempo determinado o indeterminado”.

Asimismo, la Junta Asesora de Contratación Pública tiene competencia para emitir informe sobre el anteproyecto de la norma de referencia, por tener ésta incidencia sobre la contratación pública, en base a lo dispuesto en el apartado 1 de la letra a) del artículo 27 del Decreto 116/2016, de 27 de julio, sobre el régimen de la contratación del sector público de la Comunidad Autónoma de Euskadi, que dicta:

“Artículo 27.– Funciones consultivas.



En el ejercicio de la función consultiva, corresponde a la Junta Asesora de Contratación Pública las siguientes actuaciones:

a) Informar con carácter preceptivo en los siguientes supuestos:

1.- Los proyectos o anteproyectos de disposiciones de carácter general en materia de contratación pública o que incidan en dicho ámbito, cuya aprobación sea competencia del Consejo de Gobierno o de los Consejeros y Consejeras del mismo.”

A pesar de que se trata de un proyecto de decreto que tiene por objeto la creación de entidad del sector público, por incidir, también, en la contratación pública, la competencia para la aprobación de este informe corresponde al Pleno de la Junta Asesora, de acuerdo con el artículo 30 del Decreto 116/2016.

III.- CONSIDERACIONES JURÍDICAS.

El proyecto de Decreto sobre autorización a la administración de la Comunidad Autónoma de Euskadi para la creación y adquisición de participaciones en la sociedad anónima pública «Euskalmet - Agencia Vasca de Meteorología, S.A.», crea dicha sociedad pública como sociedad anónima de carácter unipersonal con la finalidad de suministrar servicios e información tanto a la ciudadanía como al sector público y tejido empresarial de la Comunidad Autónoma de Euskadi en el ámbito de la meteorología y ciencias afines, con especial énfasis en su relación con las emergencias.

Según dispone el artículo 1.4 del proyecto de los Estatutos de la sociedad mercantil Euskalmet-Agencia Vasca de Meteorología, S.A. tiene la condición de medio propio y servicio técnico de la Administración General de la Comunidad Autónoma Vasca y de las demás entidades integrantes del sector público de la Comunidad Autónoma de Euskadi:

“La Sociedad tiene, a efectos de lo dispuesto en el artículo 32.2 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014, la condición de medio propio personificado de la Administración General de la Comunidad Autónoma de Euskadi y de las demás entidades integrantes del sector público de la Comunidad Autónoma de Euskadi definidas en los artículos 8 y 9 de la LSPV.

Como consecuencia de ello, los departamentos de la Administración General de la Comunidad Autónoma de Euskadi y las demás entidades integrantes del sector público de la Comunidad Autónoma de Euskadi podrán encargar a la Sociedad la realización de



trabajos, servicios y cualesquiera actuaciones relacionadas con su objeto social, siempre que no supongan el ejercicio de potestades administrativas.”

Así las cosas, la propuesta de Decreto que se informa tiene como finalidad cumplir con lo dispuesto en el artículo 32.2 de la LCSP, y en la Sección 1ª del Título IV del Decreto 116/2016, de 27 de julio, sobre el régimen de la contratación del sector público de la Comunidad Autónoma de Euskadi.

En el apartado 4 del artículo 32 de la LCSP, se indican los requisitos que habrán de cumplir las personas jurídicas, de derecho público o de derecho privado, para tener la consideración de medio propio personificado respecto de dos o más poderes adjudicadores que sean independientes entre sí:

“4. Tendrán la consideración de medio propio personificado respecto de dos o más poderes adjudicadores que sean independientes entre sí aquellas personas jurídicas, de derecho público o de derecho privado, que cumplan todos y cada uno de los requisitos que se establecen a continuación:

a) Que los poderes adjudicadores que puedan conferirle encargos ejerzan sobre el ente destinatario del mismo un control conjunto análogo al que ostentarían sobre sus propios servicios o unidades.

Se entenderá que existe control conjunto cuando se cumplan todas las condiciones siguientes:

1.º Que en los órganos decisorios del ente destinatario del encargo estén representados todos los entes que puedan conferirle encargos, pudiendo cada representante representar a varios de estos últimos o a la totalidad de ellos.

2.º Que estos últimos puedan ejercer directa y conjuntamente una influencia decisiva sobre los objetivos estratégicos y sobre las decisiones significativas del ente destinatario del encargo.

3.º Que el ente destinatario del encargo no persiga intereses contrarios a los intereses de los entes que puedan conferirle encargos.

La compensación se establecerá, por referencia a tarifas aprobadas por la entidad pública de la que depende el medio propio personificado para las actividades objeto de encargo realizadas por el medio propio directamente y, en la forma que reglamentariamente se determine, atendiendo al coste efectivo soportado por el medio propio para las actividades objeto del encargo que se subcontraten con empresarios particulares en los casos en que este coste sea inferior al resultante de aplicar las tarifas a las actividades subcontratadas.



Dichas tarifas se calcularán de manera que representen los costes reales de realización de las unidades producidas directamente por el medio propio.

b) 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 los poderes adjudicadores que lo controlan o por otras personas jurídicas controladas por los mismos poderes adjudicadores. El cálculo del 80 por ciento se hará de acuerdo con lo establecido en la letra b) del apartado 2 de este artículo.

c) Que cumplan los requisitos que establece este artículo en su apartado 2 letras c) y d)".

Por su parte, las letras c) y d) del apartado 2 del artículo 32 de la LCSP, disponen lo siguiente:

"c) Cuando el ente destinatario del encargo sea un ente de personificación jurídico-privada, además, la totalidad de su capital o patrimonio tendrá que ser de titularidad o aportación pública.

d) La condición de medio propio personificado de la entidad destinataria del encargo respecto del concreto poder adjudicador que hace el encargo deberá reconocerse expresamente en sus estatutos o actos de creación, previo cumplimiento de los siguientes requisitos:

1.º Conformidad o autorización expresa del poder adjudicador respecto del que vaya a ser medio propio.

2.º Verificación por la entidad pública de que dependa el ente que vaya a ser medio propio, de que cuenta con medios personales y materiales apropiados para la realización de los encargos de conformidad con su objeto social.

Los estatutos o acto de creación del ente destinatario del encargo deberá determinar: el poder adjudicador respecto del cual tiene esa condición; precisar el régimen jurídico y administrativo de los encargos que se les puedan conferir; y establecer la imposibilidad de que participen en licitaciones públicas convocadas por el poder adjudicador del que sean medio propio personificado, sin perjuicio de que, cuando no concurra ningún licitador, pueda encargárseles la ejecución de la prestación objeto de las mismas.

En todo caso, se presumirá que cumple el requisito establecido en el número 2.º de la presente letra cuando haya obtenido la correspondiente clasificación respecto a los grupos, subgrupos y categorías que ostente".

La Sección 1ª del Título IV del Decreto 116/2016, de 27 de julio, sobre el régimen de la contratación del sector público de la Comunidad Autónoma de Euskadi, regula el "Reconocimiento del carácter de medios propios y servicios técnicos":



Artículo 60 Órgano competente.

En el ámbito del sector público de la Comunidad Autónoma de Euskadi, las entidades que reúnan los requisitos legalmente establecidos para ser destinatarias de encargos de ejecución obligatoria, deberán obtener previamente el reconocimiento expreso de su carácter de medio propio y servicio técnico de la Administración General o Institucional mediante Acuerdo del Consejo de Gobierno, que determinará el Departamento al que queden adscritas a estos efectos. Esta declaración podrá ser revocada de forma anticipada por decisión fundada del Consejo de Gobierno.

Artículo 61 Procedimiento.

1. El procedimiento se iniciará por el Departamento interesado y en el expediente se integrarán los informes técnicos, administrativos, económicos y jurídicos pertinentes. Su tramitación podrá realizarse simultáneamente con el procedimiento necesario para acordar la creación de la entidad o la modificación de sus Estatutos o normas fundacionales.

2. En todo caso, en el expediente figurarán los siguientes documentos e informes:

a) Los Estatutos, reglas fundacionales y, en general, los documentos organizativos de los que se deduzca la actividad a la que se dedica la entidad y la ausencia de voluntad propia frente a la Administración de la Comunidad Autónoma de Euskadi. Si la entidad es una Sociedad deberá quedar acreditado de forma expresa que la totalidad del capital social es de titularidad pública.

b) Declaración que acredite que los ingresos de explotación de la entidad provienen, esencialmente, bien de las demás entidades del sector público de la Comunidad Autónoma de Euskadi, bien de terceros ajenos, siempre y cuando estos ingresos se deriven directamente de decisiones adoptadas por la propia Administración en ejercicio de sus prerrogativas. La información que de soporte a esta declaración debe figurar en la Memoria de las Cuentas anuales de la entidad.

El cumplimiento del requisito anteriormente señalado se podrá acreditar, con carácter subsidiario, mediante aportación de los presupuestos de capital y de explotación de la entidad debidamente aprobados.

c) Informes de la Dirección de Patrimonio y Contratación y de la Oficina de Control Económico.

d) Acreditación de los recursos humanos, organizativos y técnicos de los que dispone la entidad para cumplir con la función encomendada, sin tener que sobrepasar el límite o límites de subcontratación que se establezcan en la legislación básica sobre contratos del sector público.



3. *El Acuerdo del Consejo de Gobierno por el que se reconozca la condición de medio propio o servicio técnico, así como la norma de creación o los Estatutos por los que se rija la entidad, se publicarán en la Plataforma Kontratazio Publikoa Euskadin-Contratación Pública en Euskadi, en la que constará además el ámbito de la actividad al que se circunscribirán los encargos.*

4. *Las entidades declaradas medio propio o servicio técnico deberán comunicar al Consejo de Gobierno, a través del departamento o departamentos de adscripción, los cambios habidos en las circunstancias tenidas en consideración para el reconocimiento de tal condición, por si hubiera lugar a la revocación o, en su caso, mantenimiento del reconocimiento.”*

Así pues, tal y como se establece en la letra d del apartado 2 del artículo 32 de LCSP se deberá reconocer en sus estatutos o actos de creación el carácter de medio propio. Bien es cierto que el apartado 4 del artículo 1 de los estatutos de Euskalmet recoge la condición de medio propio de éste. No obstante, resulta preciso puntualizar que, además de dicha mención, de acuerdo con el artículo 32.2. d) 1º de la LCSP será necesaria la conformidad o autorización expresa del departamento u organismo correspondiente.

Por otro lado, en relación con lo señalado en el penúltimo párrafo de la transcrita letra d) del artículo 32.2 de la LCSP, los Estatutos recogen dicho contenido en los apartados 4, 5, 6 y 8:

“Como consecuencia de ello, los departamentos de la Administración General de la Comunidad Autónoma de Euskadi y las demás entidades integrantes del sector público de la Comunidad Autónoma de Euskadi podrán encargar a la Sociedad la realización de trabajos, servicios y cualesquiera actuaciones relacionadas con su objeto social, siempre que no supongan el ejercicio de potestades administrativas.

5.- *La Sociedad vendrá obligada a realizar, de acuerdo con las instrucciones fijadas unilateralmente por el departamento o entidad que realiza el encargo, los trabajos que le sean encargados. Dichos trabajos estarán definidos en encargos valorados de acuerdo con las tarifas fijadas al efecto.*

6.- *El régimen jurídico administrativo de los mencionados encargos se define por su naturaleza instrumental y no contractual. Serán de ejecución obligatoria para la Sociedad y se retribuirán por referencia a tarifas fijadas con criterio de suficiencia económico-financiera por el órgano que señalen las normas orgánicas del departamento de la Administración General de la Comunidad Autónoma de Euskadi al que se encuentra adscrita la Sociedad.*

8.- *Como consecuencia de su condición de medio propio personificado, la Sociedad no podrá participar en licitaciones públicas convocadas por la Administración General de la*



Comunidad Autónoma de Euskadi, de quien es medio propio personificado, o por los demás poderes adjudicadores de quienes pueda recibir encargos, sin perjuicio de que, cuando no concorra ningún licitador, pueda encargársele la ejecución de la prestación objeto de las mismas.”

Con respecto a lo previsto en el último párrafo de la transcrita letra d) del artículo 32.2 de la LCSP, se constata lógicamente que Euskalmet no figura clasificada en el Registro de Licitadores y Empresas Clasificadas de la Comunidad Autónoma de Euskadi, por lo que deberá constar una verificación por parte del Departamento impulsor de que el ente efectivamente cuenta con medios personales y materiales apropiados para la realización de los encargos que se le pudiesen conferir.

En el Capítulo II del Proyecto de Decreto se configura la estructura orgánica de Euskalmet, la cual va a estar integrada por la Junta General de Accionistas, el Consejo de Administración y por un Comité Consultivo. Por su parte, los estatutos, también, regulan en el Título III el Régimen y Administración de la Sociedad.

Además de lo anterior, la memoria económica recoge en su segundo apartado la cuantificación de gastos que ocasiona la creación de la nueva sociedad pública:

“La Ley 3/2022 señala que se ha de justificar la suficiencia de la dotación prevista inicialmente para el comienzo de la actividad del ente, y de los futuros compromisos para garantizar su continuidad durante un período, al menos, y con carácter general, de cinco años, debiendo hacer referencia expresa a las fuentes de financiación de los gastos y las inversiones, así como a la incidencia que tendrá sobre los presupuestos generales de la Comunidad Autónoma. Las fases que se pretenden abordar en la creación de la futura sociedad son:

- Primera fase, noviembre 2023: o Constitución de la empresa.*
- Segunda fase, diciembre 2023: o Incorporación de herramientas HW, SW y licenciamiento.*
- Tercera fase, julio 2024: o Puesta en funcionamiento operativa o Incorporación de personal.*
- Cuarta fase, 2025: Integrar personal experto en calibración.*
- Quinta fase, años sucesivos: Ampliación a trabajos relacionados con ciencias afines, potenciando la I+D+i y la capacidad de servicios.”*

En lo relativo a lo señalado por el artículo 32.2 b) y 32.4 b) de la LCSP debemos de tener en cuenta la Circular conjunta, de 16 de mayo de 2023, de la Abogacía General del Estado y de



la Intervención General de la Administración del Estado sobre criterios para el cálculo del cómputo del requisito de actividad exigido en el artículo 32 de la ley 9/2017, de 8 de noviembre, de contratos del sector público.

“La comprobación de la veracidad, fiabilidad e integridad de dicho indicador debe tomar base en la necesidad de que la entidad que se configura como medio propio personificado articule sistemas de información que permitan comprobar dichas características, es decir, su cálculo debe estar soportado en los sistemas o registros contables y/o auxiliares que permitan validar el mismo.

En consecuencia, partiendo de estos parámetros se ha de constatar la cifra del indicador que facilite el medio propio verificando aquellas operaciones que realice por encargo (adjudicación) del mandante, es decir, en relación con encargos específicos dimanantes de los poderes adjudicadores y de otros entes públicos que no reúnen tal condición. Es decir, la actividad a tomar en consideración será aquella que se realiza “en virtud de una adjudicación llevada a cabo por el poder adjudicador, y ello con independencia de la cuestión de quién remunera dicha actividad, ya sea el propio poder adjudicador, ya el usuario de los servicios prestados (...)” respecto de la totalidad de las actividades que realiza el medio propio.

En este sentido, el indicador elegido por el medio propio debe ser fiable y razonable, cuantificable y contrastable y, en todo caso, en la valoración de la razonabilidad deberá atenderse a que el indicador elegido esté asociado a la actividad realizada por el medio propio en ejercicio de los encargos conferidos por el poder adjudicador, o por otras personas jurídicas controladas del mismo modo por la entidad que hace el encargo, y no a resultados u otra magnitud.

Sin perjuicio de su concreción posterior, cabe referirse al tratamiento de la actividad realizada por el medio propio para ejercer una función pública. En ocasiones, la condición de medio propio concurre en organismos públicos que ejecutan una función o actividad pública cuya realización constituye la razón de su creación (descentralización funcional de servicios) y, en paralelo, pueden recibir encargos para la realización de actividades no integradas en esa función pública que les está atribuida. La actividad principal supone el ejercicio de funciones atribuidas por el ordenamiento jurídico y, por tanto, no cabe su contratación con terceros de forma global.

Este tipo de actividades pueden ser financiadas de formas diversas por lo que podría afectar al cómputo del indicador de volumen global de negocios, si bien, con carácter general, se entenderá que los ingresos percibidos vía transferencias, así como los gastos realizados para esta actividad quedarán ajenos al cómputo.”



Así, la citada Circular advierte de los diferentes parámetros a considerar para el cálculo del indicador de actividad:

“En relación con las actividades a computar en el indicador y su inclusión o no en el numerador (encargos), debe indicarse que no se considerarán parte de esta actividad como medio propio aquéllas que hayan sido realizadas sin la cobertura de un encargo, siendo justificable tener en cuenta aquellas que se hayan realizado por imposición unilateral y con compensación basada en el coste que pudieran tener cabida en el concepto de encargo por concurrir las notas características de este negocio jurídico. Por tanto, en el numerador del indicador deberá incluirse el importe correspondiente a los encargos recibidos.

Por otra parte, no se incluirán en el numerador las siguientes magnitudes que consten en el estado que refleje el resultado económico patrimonial obtenido por la entidad en el ejercicio:

- a. Ingresos de naturaleza tributaria.*
- b. Aquellas partidas de ingresos ajenos o no vinculados al objeto de la actividad del poder adjudicador.*
- c. Transferencias corrientes o de capital para financiar la actividad del ente con independencia de su instrumentación jurídica, salvo que pueda demostrarse que parte de dicha financiación vía transferencia está vinculada de forma directa con encargos recibidos del poder adjudicador.*
- d. Ingresos derivados de la actividad subvencional.*

Asimismo, se excluirán de la cifra del volumen global de negocios las siguientes partidas, en tanto que considerándose magnitudes de naturaleza económica patrimonial que formarán parte de la cuenta de resultados, no guardan relación directa con la actividad propiamente dicha por los encargos conferidos:

- a. Trabajos realizados por la entidad para su inmovilizado.*
- b. Excesos de provisiones.*
- c. Resultados por enajenaciones de inmovilizado.*
- d. Reversiones de deterioros de valor.*

En el denominador del indicador deberán incluirse las siguientes magnitudes:

- a. Ventas y otros ingresos de la actividad mercantil (si la entidad está sometida a la adaptación del plan de contabilidad de entidades no lucrativas); el importe neto de la cifra de negocios (si la entidad está sujeta al Plan general de contabilidad) o las ventas netas y*



prestaciones de servicios (si la entidad se sujeta al Plan general de contabilidad pública o sus adaptaciones).

b. Subvenciones a la explotación.

c. Aquellos otros ingresos de gestión ordinaria que guarden relación directa con la actividad de la entidad.

Si el indicador elegido toma la consideración de los gastos, deberán incluirse los gastos soportados por los servicios prestados al poder adjudicador en relación con la totalidad de los gastos en que haya incurrido el medio propio por razón de las prestaciones que haya realizado a cualquier persona o entidad.

En relación con los gastos, deberán considerarse aquellos soportados (de personal, por la adquisición de bienes y servicios, servicios exteriores, etc.) de los que quepa inferir una relación o vinculación directa con la actividad que el medio propio desempeña como consecuencia de los encargos que realiza el poder adjudicador o cualesquiera entidades públicas que no tengan dicha consideración. Por homogeneidad con el indicador de volumen global de negocios, no se considerarán aquellos gastos realizados para actividades derivadas del ejercicio de la función pública atribuida al organismo público”.

En este sentido, y como ya se ha expuesto, la Circular referenciada precisamente excluye del cómputo a los efectos que ahora interesan las transferencias corrientes o de capital para financiar la actividad del ente, salvo que pueda demostrarse que parte de dicha financiación vía transferencia está vinculada de forma directa con encargos recibidos del poder adjudicador. Por lo tanto, sería necesario completar la Memoria económica que se adjunta con el proyecto de decreto en el sentido expuesto, a efectos de entender cumplimentado en el presente expediente el requisito previsto en el artículo 32.4.b) de la LCSP para que Euskalmet pueda tener la consideración de medio propio personificado.

Por otro lado, en el ya mencionado apartado 7 del artículo 1 de los Estatutos, se hace una referencia genérica a la aplicación de la normativa vigente en materia de contratación. Por ello, se recomienda, en aras del principio de seguridad jurídica, que se realice una mención específica expresa a que en dicha materia a Euskalmet le es de aplicación la legislación en materia de contratación pública, así como su normativa de desarrollo. En el presente caso, la legislación aplicable es la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014, en lo sucesivo LCSP.



Señalado todo ello, no hay mayores precisiones que hacer al texto del proyecto de decreto, que parece adecuado en cuanto al fondo, ya que cumple con los diferentes preceptos relativos a contratación de la LCSP, así como lo establecido por el Decreto 116/2016, de 27 de julio, sobre régimen de contratación del sector público de la Comunidad Autónoma de Euskadi. Debiendo recogerse, únicamente, las apreciaciones realizadas.

IV.- CONCLUSIÓN.

En primer lugar, el contenido del anteproyecto de Ley, en aquellos aspectos analizados relativos a la contratación del sector público, observa la legislación de contratación del sector público, debido a que, con carácter general, utiliza la fórmula de someterse a la misma. En consecuencia, recomendamos, realizar una mención específica expresa a la legislación aplicable en materia de contratación pública, así como a su normativa de desarrollo.

Por lo que respecta a lo señalado en el artículo 1.4 del proyecto de los Estatutos de Euskalmet, debemos concluir que no se acredita el cumplimiento de los requisitos establecido en la norma para considerarla como medio propio, e invita a cuestionarse, más aún, la necesidad que dispone para considerarlo como tal y la muy probable actuación del Ente que lo hará en el ejercicio de sus competencias y no sujeto a una relación contractual. No obstante, suponiendo que continúen con la intención de actuación como medio propio, será necesario complementar la citada Memoria económica así como contar con el acuerdo de conformidad del poder adjudicador.

Dicho esto, y esperando se atiendan las precisiones y observaciones que se contienen en este Informe, esta Junta informa favorablemente el proyecto de Decreto sobre autorización a la Administración de la Comunidad Autónoma de Euskadi para la creación y adquisición de participaciones en la Sociedad Anónima Pública «Euskalmet - Agencia Vasca de Meteorología, S.A. ».