

Título:

SUSPENSIÓN DE CONTRATOS E INDEMNIZACIÓN AL CONTRATISTA EN EL ARTÍCULO 34 RDL 8/2020. APLICACIÓN A LOS ENCARGOS A MEDIOS PROPIOS

Contenido:

Se adjunta el informe 27/2020 de la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado (JCCPE) sobre la **aplicación del artículo 34 del Real Decreto-Ley 8/2020 a los encargos a medios propios personificados**.

El artículo 34 del Real Decreto-Ley 8/2020 establece una serie de medidas en materia de contratación pública entre las cuales figura la **suspensión** total o parcial de los contratos públicos de servicios y de suministros de prestación sucesiva vigentes cuya ejecución devenga imposible como consecuencia del COVID-19 o de las medidas adoptadas para combatirlo. Tal medida lleva aparejada el abono por la entidad pública contratante de los **daños y perjuicios efectivamente sufridos** por el contratista durante el periodo de suspensión, para lo cual se requiere la previa solicitud y la acreditación fehaciente de su realidad, efectividad y cuantía.

La JCCPE advierte que la medida de reparación de los daños y perjuicios causados por la pandemia en la ejecución de ciertos contratos públicos queda limitada precisamente a los contratos públicos y **no se extiende a** otras relaciones jurídicas en las que intervenga una entidad pública como puedan ser los convenios o **los encargos a medios propios** personificados. Los encargos a medios propios personificados no pueden considerarse contratos públicos.

La consecuencia de todo ello es que, en la medida en que los encargos no son contratos públicos en términos generales, tampoco se pueden considerar como tales a los efectos de la aplicación del artículo 34 del Real Decreto Ley 8/2020. Por otra parte, si la norma prescrita por el artículo 34 del Real Decreto Ley 8/2020 es una norma excepcional, y la razón por la que se dicta en el caso de los contratos públicos no es aplicable a los encargos a medios propios personificados, no cabe considerar procedente su aplicación analógica a otro supuesto distinto del que expresamente trata.

Madrid, 22 de febrero de 2021

Fdo.: José Pablo Martínez Marqués
Secretario General



Expediente 27/2020

Materia: Aplicación del artículo 34 del Real Decreto-Ley 8/2020 a los encargos a medios propios personificados.

ANTECEDENTES

El Ayuntamiento de Moguer ha dirigido consulta a esta Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado con el siguiente tenor:

“Esta entidad local posee una sociedad mercantil de capital 100% municipal cuyo objeto social, entre otros, consiste en la prestación de servicios o actuaciones que el Ayuntamiento le encarga, por su condición de medio propio reflejado en sus estatutos, conforme a lo previsto en el artículo 32 de la L.C.S.P.

Entre los encargos que esta entidad local le encomienda figura la realización de servicios de prestación sucesiva, (encargos de carácter anual según el sistema tarifario aprobado, con devengo y pago mensual), de reparaciones, mantenimiento y conservación de vías públicas, o instalaciones culturales o deportivas. En la actualidad y desde hace bastantes años prácticamente todos los ingresos de la empresa proceden del Ayuntamiento por la prestación de los servicios encomendados.

Con la declaración del estado de alarma, aprobado por el Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, gran parte de estas actuaciones ha devenido imposible ejecutarlas, bien por la adopción de medidas de protección sanitaria para los trabajadores, bien por el cierre obligado de las instalaciones municipales.

El artículo 34 del Real Decreto-Ley 8/2020, de 17 de marzo de medidas urgentes extraordinarias para hacer frente al impacto económico y social del COVID-19,



“Medidas en materia de contratación pública para paliar las consecuencias del COVID 19”, prevé un régimen extraordinario que permite la suspensión de los contratos afectados por la pandemia, y establece una indemnización para el contratista afectado por los daños y perjuicios, comprensiva únicamente de los conceptos que taxativamente regula el citado artículo, o en su caso, abonos a cuenta en caso de haberse concedido permiso laboral retribuido no recuperable.

Dicho artículo 34 no prevé expresamente que sea de aplicación a los encargos a medios propios por servicios o suministros de prestación sucesiva, pues de la redacción del artículo parece inferirse que afecta básicamente a los contratos adjudicados por las entidades pertenecientes al sector público.

¿Debe entenderse aplicable al artículo 34 del Real Decreto-Ley 8/2020, de 17 de marzo, de medidas urgentes extraordinarias para hacer frente al impacto económico y social del COVID-19, a los encargos de servicios de prestación sucesiva efectuados a los medios propios en cualquiera de las administraciones públicas? Esta entidad se postula por su aplicación, por cuanto lo contrario significaría un tratamiento discriminatorio si dichos servicios hubieran sido prestados por una entidad privada a través de un previo proceso de licitación.

Caso de no ser aplicable expresamente por aplicación analógica o expresa ¿rige entonces la regulación general de la suspensión de los contratos prevista en el artículo 208 LCSP o en su caso, procede la aplicación de otra solución admitida en derecho?”

CONSIDERACIONES JURIDICAS.

Como consideración preliminar cabe señalar que la consulta que precede al presente informe se funda en la declaración de estado de alarma instrumentada mediante el Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo. Por esta razón este informe se emite al



amparo de las normas dictadas en el seno de este estado de alarma, pero es evidente que a la fecha de su aprobación ya se ha declarado otro estado de alarma por virtud del Real Decreto 926/2020, de 25 de octubre, por el que se declara el estado de alarma para contener la propagación de infecciones causadas por el SARS-CoV-2. Por lo tanto, como señala el informe de la Abogacía General del Estado A.G. SANIDAD 1/21 (R- 5/2021), de 21 de enero de 2021, a este último estado no le resultan automática y necesariamente de aplicación las normas dictadas bajo la vigencia del anterior estado de alarma, salvo que tales normas hayan sido prorrogadas expresamente. Por esta razón, el presente informe debe interpretarse circunscrito a las disposiciones que regulaban el estado de alarma inicial y no puede extenderse a otras circunstancias ni a otras normas jurídicas dictadas con posterioridad.

1. El artículo 34 del Real Decreto-Ley 8/2020, de 17 de marzo, de medidas urgentes extraordinarias para hacer frente al impacto económico y social del COVID-19 establece una serie de medidas en materia de contratación pública entre las cuales figura la suspensión total o parcial de los contratos públicos de servicios y de suministros de prestación sucesiva vigentes cuya ejecución devenga imposible como consecuencia del COVID-19 o de las medidas adoptadas para combatirlo. Tal medida lleva aparejada el abono por la entidad pública contratante de los daños y perjuicios efectivamente sufridos por el contratista durante el periodo de suspensión, para lo cual se requiere la previa solicitud y la acreditación fehaciente de su realidad, efectividad y cuantía. Este pago queda subordinado a que el órgano de contratación hubiera apreciado la imposibilidad de ejecución del contrato como consecuencia de la situación descrita, imposibilidad que debe identificarse, según expone la Abogacía General del Estado en su Informe de 1 de abril de 2020, con *“la inviabilidad absoluta de ejecutar el contrato, lo que no sucede cuando éste puede continuar, aunque, debido al estado de alarma, varíe el modo en que puede ejecutarse.”*

Como es fácilmente comprobable la medida de reparación de los daños y perjuicios causados por la pandemia en la ejecución de ciertos contratos públicos queda limitada precisamente a los contratos públicos y no se extiende a otras relaciones



jurídicas en las que intervenga una entidad pública como puedan ser los convenios o los encargos a medios propios personificados. Esta conclusión, que cabe inferir de lo dispuesto en el apartado 1 del artículo 34 del Real Decreto-Ley 8/2020, queda ratificada cuando el apartado 7 del mismo precepto circunscribe la expresión “*contratos públicos*” a estos efectos (la suspensión de los contratos y la determinación de las indemnizaciones que fueran procedentes) a los contratos públicos sujetos a las siguientes normas:

- La LCSP o el Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público.
- La Ley 31/2007, de 30 de octubre, sobre procedimientos de contratación en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales o al Libro I del Real Decreto-ley 3/2020, de 4 de febrero, de medidas urgentes por el que se incorporan al ordenamiento jurídico español diversas directivas de la Unión Europea en el ámbito de la contratación pública en determinados sectores, de seguros privados, de planes y fondos de pensiones, del ámbito tributario y de litigios fiscales.
- La Ley 24/2011, de 1 de agosto, de contratos del sector público en los ámbitos de la defensa y de la seguridad.

Específicamente señala la norma que también tendrán la consideración de contratos públicos a estos efectos los “*contratos de obras, los contratos de servicios o consultorías y asistencias que sean complementarios a un contrato de obras principal y necesarios para la correcta realización de la prestación, así como los contratos de concesión, ya sean de obras o de servicios, incluidos los contratos de gestión de servicios públicos; celebrados por las entidades pertenecientes al Sector Público en el sentido definido en el artículo 3 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre; siempre que estén vigentes a la entrada en vigor de este real decreto ley y cualquiera que sea la normativa de contratación pública a la que estén sujetos con arreglo al pliego. En estos contratos, no resultará de aplicación a las suspensiones a que se refiere el presente artículo, además de las disposiciones señaladas en sus apartados 1 y 3, lo dispuesto*



en los artículos relativos a indemnizaciones por suspensiones de contratos en la normativa de contratación pública anterior al Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, que sea aplicable a los mismos, ni aquellas indemnizaciones por suspensión previstas en los pliegos de contratos en el ámbito de la normativa de contratación pública en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales.”

2. Los encargos a medios propios personificados no pueden considerarse contratos públicos. Así lo declara con nitidez el artículo 32.1 *in fine* de la LCSP cuando establece que el encargo que cumpla los requisitos legalmente establecidos para tener la condición de tal “*no tendrá la consideración de contrato.*” En este sentido se pronunció esta Junta Consultiva en su informe 15/2017.

Esta declaración legal no es extraña si tenemos en cuenta que existen varias diferencias sustanciales entre el contrato público y el encargo, entre la cuales podemos destacar las siguientes:

1. El contrato público entraña una relación jurídica bilateral y recíproca que liga a la entidad pública contratante con un tercero ajeno a ella, un contratista privado que normalmente carece de relación directa con aquella. Por el contrario, el encargo a un medio propio personificado es una forma de cooperación entre entidades del sector público que se realiza con otra persona jurídica que guarda una relación especial con la entidad que realiza el encargo, al estar sometida a su control y cumplir una serie de requisitos muy específicos que designa el artículo 32 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 (LCSP). La consideración de medio propio de una entidad del sector público supone, empleando una terminología del derecho comunitario bien conocida en este campo, que el negocio jurídico se provee “*in house*”, esto es, mediante una



relación jurídica interna basada en la autoridad de quien emite una orden ejecutiva que el medio propio está obligado a cumplir, no mediante una relación externa como el contrato público. Tal circunstancia es la que produce la exclusión de la aplicación de las Directivas comunitarias (Sentencias TJUE Stadt Halle y Lochau) y la que determina que, conforme a la LCSP, no estemos en presencia de un contrato público.

2. La consecuencia inmediata que la ley apareja a esta distinción tan relevante desde el punto de vista cualitativo es que el encargo supone una excepción a la calificación de contratos públicos de los diferentes negocios jurídicos o de las distintas relaciones jurídicas contemplados en la LCSP. El encargo a medios propios personificados es tratado y regulado en la LCSP por su cercanía con la figura contractual en algunos aspectos, pero no es un contrato público, entre otras cosas porque carece de uno de los requisitos esenciales de cualquier contrato, al faltar en su seno el acuerdo de voluntades que es característico de esta figura.
3. Ante esta circunstancia, aunque su regulación se incluya en la LCSP, el encargo a medios propios a que aluden los artículos 32 y 33 de la LCSP queda sujeto a las estrictas normas que establecen estos preceptos y aquellos otros de la ley que expresamente declaran su aplicación a los encargos. La LCSP trata específicamente de aspectos tales como la compensación tarifaria como figura sensiblemente distinta del precio de adjudicación, de la publicidad del encargo, de su formalización y régimen de recursos o de la necesaria autorización del Consejo de Ministros para los de mayor cuantía, y configuran al encargo a medios propios personificados como un supuesto de adjudicación directa de la ejecución de una prestación en el que, por razones organizativas internas de la entidad encargante, que cuenta con un medio propio capaz de ejecutar una determinada prestación bajo ciertas condiciones, se permite prescindir de las licitaciones públicas y de la aplicación del principio de libertad de acceso a las licitaciones que es propio de los contratos públicos.



La consecuencia de todo ello es que, en la medida en que los encargos no son contratos públicos en términos generales, tampoco se pueden considerar como tales a los efectos de la aplicación del artículo 34 del Real Decreto Ley 8/2020.

3. Esta misma conclusión es la que se presume en la consulta en la que, no obstante, se propugna la aplicación analógica de la citada norma ante el posible perjuicio que pueda experimentar un contratista en los supuestos en que, existiendo un encargo a un medio propio, los servicios hubieran sido prestados parcialmente por una entidad privada a través de un previo proceso de licitación desarrollado por el medio propio.

Antes de analizar si procede la aplicación analógica del artículo 34 del Real Decreto Ley 8/2020 a los encargos, a los efectos del supuesto planteado en la consulta merece la pena diferenciar las distintas relaciones jurídicas que pueden existir en un caso como el que plantea la entidad consultante. La primera de esas relaciones jurídicas es la que liga a la entidad que hace el encargo y al medio propio. Esta relación, como ya hemos señalado, no constituye un contrato público y, en consecuencia, a la misma no se le aplica el artículo 34 del Real Decreto Ley 8/2020. La segunda relación es la que media entre el medio propio y el contratista, normalmente una entidad privada encargada de la realización parcial de la prestación, relación ésta última que sólo puede existir en la medida que autoriza el artículo 32.7 de la LCSP y que, como exige el propio precepto, entraña la existencia de un contrato público sujeto a la LCSP entre el medio propio y el operador económico privado. Pues bien, a esta relación jurídica sí que le resulta de aplicación la norma sobre la indemnización de los daños y perjuicios causados en la ejecución del contrato que antes hemos contemplado, pero no porque se haga una extensión por analogía de la norma, sino porque dicha aplicación resulta directamente de la naturaleza de la relación jurídica que liga al medio propio con el contratista.

4. Por el contrario, el análisis de la posible aplicación analógica del artículo 34 del Real Decreto Ley 8/2020 a la relación jurídica que media entre la entidad que realiza



el encargo y el medio propio personificado, esto es, al encargo propiamente dicho, debe merecer una respuesta negativa por varias razones que pasamos a considerar.

La primera de estas razones es que, como ya señaló la Abogacía General del Estado en su Informe de 1 de abril de 2020 sobre la interpretación y aplicación del artículo 34 del Real Decreto-ley 8/2020, de 17 de marzo, y en la Nota de 19 de marzo de 2020 sobre la aplicación de la ampliación de plazo o prórroga previstas en el artículo 34.2 del Real Decreto-ley 8/2020 a los contratos menores, el Real Decreto-ley 8/2020 *“es una norma de rango legal, de efectos temporales limitados, que atiende a una situación excepcional (la declaración de estado de alarma ante la crisis sanitaria derivada del COVID-19)”*. También señaló que *“el Real Decreto-ley 8/2020 tiene el mismo rango legal que la LCSP, pero constituye una norma singular o excepcional, por el contexto de emergencia sanitaria en el que se dicta, cuyo contenido ha de prevalecer sobre la regulación de la LCSP.”* Por tanto, tanto por su forma de aplicación como por su contenido, el artículo 34 del Real Decreto-Ley 8/2020 es una norma excepcional.

El Código Civil en su Artículo 4.1 señala que *“procederá la aplicación analógica de las normas cuando éstas no contemplen un supuesto específico, pero regulen otro semejante entre los que se aprecie identidad de razón.”* Esta aplicación analógica no es automática, sino que, por ejemplo, queda proscrita ante determinados tipos de leyes por expresa imposición del artículo 4.2 del mismo texto legal que establece que *“las leyes penales, las excepcionales y las de ámbito temporal no se aplicarán a supuestos ni en momentos distintos de los comprendidos expresamente en ellas.”*

En un primer análisis este precepto vedaría, sin necesidad de mayores explicaciones, la posibilidad de aplicación analógica de una norma excepcional o temporal y así lo ha confirmado la Jurisprudencia en sentencias como la núm. 236/2018 de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo, de 16 de febrero.

Sin embargo, es menester profundizar algo más. La Sala de lo Civil del Tribunal Supremo en su sentencia núm. 472/2006, de 18 mayo (Sección 1ª) nos recuerda que



“hay que tener en cuenta que no todas las normas sancionadoras son excepcionales, para cuya diferencia habrá de tenerse en cuenta el fin o espíritu de la norma, es decir, la «ratio legis»; ni la configuración de la excepcionalidad es sencilla, pues no todo lo que se separa de la norma general es excepcional; ni en definitiva, debe entenderse vedada siempre la aplicación analógica, pues, como sostiene un importante sector doctrinal con frecuencia, en Derecho Privado, la excepción de la regla constituye a su vez una regla general respecto de la materia para la que ha sido introducida; en este caso, la norma relativamente excepcional admite la aplicación de la analogía dentro del ámbito de su principio estricto y en tanto y en cuanto la ratio del tratamiento excepcional corresponda también al caso no regulado.” El Alto Tribunal exige, por lo tanto, un análisis riguroso de la norma para poder determinar su carácter excepcional y si tiene carácter excluyente de otros supuestos análogos que no contempla. Procederemos, a continuación, a realizar este análisis.

En la exposición de motivos del Real Decreto Ley 8/2020, la razón que el propio legislador cita como justificación de la medida excepcional que contiene el artículo 34 es la de evitar que el COVID-19 y las medidas adoptadas por el Estado, las CCAA o la Administración local para combatirlo puedan dar lugar a la resolución masiva de contratos del sector público. Se excepciona, a tal fin, la regla general que contiene la LCSP sobre los efectos de la suspensión del contrato público. A juicio de esta Junta Consultiva este no es el caso de los encargos a medios propios personificados, puesto que su propia naturaleza veda la posibilidad de resolución unilateral por parte del medio propio, cuya voluntad queda subordinada a las necesidades de la entidad que lo controla. Por tanto, el efecto pernicioso de la desaparición sobrevenida de la prestación que se viene realizando a favor de la entidad contratante por causa de la suspensión de los contratos públicos no va a tener lugar en el caso de los encargos a medios propios personificados y, además, tal efecto en ningún caso tendría ese carácter masivo que cabe predicar de los contratos públicos. Por tanto, la razón que justifica la aplicación del artículo 34 del Real Decreto-Ley 8/2020 a los contratos públicos no concurre en el caso de los encargos. A ello hay que añadir que la propia norma cuya extensión analógica se propugna delimita y circunscribe su ámbito de



aplicación de una manera expresa, manifestando de esta guisa su decidida voluntad de no aplicarse a otros supuestos diferentes. No de otro modo puede ser interpretado el contenido del artículo 34.7 del Real Decreto-Ley 8/2020.

Bajo estas condiciones cabe aplicar el principio según el cual las normas excepcionales no pueden extenderse por analogía (*«singularia non sunt extendenda»*), lo que implica que la analogía no es posible cuando se trata de normas de derecho singular. Señala nuestra doctrina civilista que ello es así *“no sólo porque están prohibidas, sino también porque es materialmente imposible su aplicación a otros casos, ya que la «ratio» de estas normas es eminentemente concreta y particularizada en su finalidad restrictiva, excepcional o casuística, lo que no deja lugar a la existencia de lagunas, quedando la situación fuera del alcance del intérprete.”*

Teniendo en cuenta lo anterior parece claro que si la norma prescrita por el artículo 34 del Real Decreto Ley 8/2020 es una norma excepcional, y la razón por la que se dicta en el caso de los contratos públicos no es aplicable a los encargos a medios propios personificados, no cabe considerar procedente su aplicación analógica a otro supuesto distinto del que expresamente trata. Teniendo en cuenta su carácter excepcional, si el legislador hubiera querido extender su campo de aplicación a los encargos a medios propios personificados debió haberlo manifestado expresamente. No siendo así, no cabe entender posible aplicar la analogía a este caso.

5. A todo lo anterior hay que añadir el hecho de que, a juicio de esta Junta Consultiva, tampoco concurrirían los restantes requisitos que la norma civil demanda para la aplicación analógica de una norma, esto es, la semejanza entre los dos supuestos (el regulado y el semejante) y la identidad de razón.

En epígrafes anteriores ya hemos visto que entre el contrato público y el encargo a un medio propio personificado concurren sustanciales diferencias. Una de ellas, la más importante, es el carácter interno de la relación jurídica que liga a la entidad que realiza el encargo al medio propio personificado. Ello supone que en el encargo no



existe propiamente un acuerdo de voluntades entre dos partes ajenas, sino 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. Así resulta del artículo 32.2 a) de la LCSP y de la unánime jurisprudencia existente sobre esta figura (por todas ellas cabría citar las sentencias Parking Brixen, Coditel Brabant, Asemfo o Sea). Por tanto, cuando nos hallamos ante un encargo no estamos en presencia de una entidad puramente privada que sufre un perjuicio derivado del hecho de que una prestación a favor de una entidad pública sea impedida de modo sobrevenido, ni tampoco de que por causa de la situación creada por la pandemia se pueda tener que resolver una multitud de contratos públicos, verdadera *ratio* del precepto conforme a la interpretación auténtica que nos ofrece el legislador. Antes al contrario, quien interviene en el encargo es una entidad integrada formal y materialmente en el sector público y que realiza una prestación a favor de otra entidad pública por razones organizativas, y mediante el cumplimiento de una serie de estrictos requisitos legales, entre ellos, destacadamente, el control por la entidad encargante. Esta divergencia nos impide apreciar la semejanza entre ambos supuestos.

Tampoco parece existir la identidad de razón ente ambas situaciones. En efecto, la razón que mueve al legislador a imponer una indemnización a favor de los particulares cuando estos no puedan ejecutar los contratos públicos por causa de las medidas adoptadas para paliar los efectos de la pandemia, ya lo hemos señalado anteriormente, es precisamente la gran amplitud de los casos en que tal efecto se iba a producir por causa de la regla de suspensión de ciertos contratos públicos que la norma contiene. Se trata con ello de evitar que el COVID-19 y las medidas adoptadas por las entidades públicas competentes para combatirlo puedan dar lugar a la resolución masiva de contratos del sector público. Ya indicamos que esto no tiene por qué ocurrir en el caso de los encargos a medios propios personificados, puesto que su propia configuración jurídica como una prestación derivada de una orden



ejecutiva dictada por una entidad pública que ejerce el control del medio propio excluye la posibilidad de resolución unilateral por parte de éste.

No duda esta Junta Consultiva de que también en el caso de los encargos a medios propios personificados estos han podido sufrir perjuicios derivados de la pandemia, pero tales perjuicios son sufridos fuera del marco de una relación contractual, no afectan a entidades privadas, sino públicas, y no deberían producir el efecto genérico que, conforme nos expone el legislador, es el que se trata de evitar: la resolución masiva de los contratos públicos.

Por todas estas razones hemos de concluir negando la posibilidad de aplicación analógica de las reglas del artículo 34 del Real Decreto Ley 8/2020 a los encargos a medios propios personificados.

6. En último lugar nos plantea la entidad consultante qué normas se aplicarían a este supuesto y si rige la regulación general de la suspensión de los contratos prevista en el artículo 208 LCSP o en su caso, procede la aplicación de otra solución admitida en derecho.

La Disposición Final cuarta.3 de la LCSP, referente a las normas aplicables a los procedimientos regulados en esta Ley y a los medios propios personificados indica que, en relación con el régimen jurídico de los medios propios personificados, en lo no previsto en la presente Ley, resultará de aplicación lo establecido en la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público. Tal expresión resulta ciertamente parca para decidir si a los encargos les resulta de aplicación la totalidad de los preceptos de la LCSP. No cabe olvidar que todo encargo implica la existencia de una prestación de contenido materialmente similar a un contrato público por lo que, prima facie, parecería posible aplicar las reglas de la LCSP que disciplinan los avatares propios de la ejecución del contrato público en aquellos aspectos en que pueda existir una coincidencia, al menos aparente, entre las normas en cuestión.



Sin embargo, como expusimos en anteriores epígrafes, el legislador ha sido muy preciso a la hora de establecer la regulación de los encargos a medios propios personificados en aquellos aspectos que, conforme a su naturaleza propia, resultaba imprescindible tratar en la LCSP y, a pesar de lo prolijo de las reglas que fijan los requisitos de los medios propios, de las tarifas a satisfacer, de las condiciones de publicidad del encargo o de su régimen de recursos, en ningún momento ha considerado pertinente expresar la necesidad de aplicarles, ni siquiera supletoriamente, las normas de la LCSP que regulan los contratos públicos, categoría en la cual no se incluyen los encargos por expresa voluntad del legislador español.

Todo ello supone que una buena parte del régimen jurídico de la ejecución de la prestación que conlleva un encargo carezca de otra regulación que la que pueda hacerse en el documento de formalización que se dicte por la entidad encargante. Aunque no sería descartable que se pudiese regular expresamente alguno de los aspectos propios de la ejecución de los encargos, tal cosa no implica que exista una laguna legal en este punto y, menos aún, que la misma haya de ser suplida mediante la aplicación supletoria de la LCSP, porque parece claro que, si la voluntad de la ley hubiera sido extender la aplicación de las normas sobre la ejecución de los contratos públicos a los encargos, podría haberlo hecho expresamente. Por tanto, no existe ninguna razón para aplicar a los encargos a medios propios personificados, de modo supletorio y con carácter general, las normas de los contratos públicos.

Por otro lado, tampoco parecen concurrir los requisitos necesarios para la aplicación analógica de las normas de la LCSP sobre suspensión de los contratos públicos por varias razones:

- La primera de ellas es que ninguna norma ha impuesto de modo imperativo y tajante la suspensión de los encargos. Ello no quiere decir que no haya sido necesario que la entidad encargante ordene la suspensión en algún caso, pero tampoco supone que dicha suspensión se haya producido siempre.



- En segundo lugar, porque tampoco existe una semejanza de supuestos ni tampoco tiene por qué existir una misma razón con el precepto aplicado por analogía. En efecto, en el encargo a medios propios personificados estamos en presencia de una relación jurídica que impone una prestación obligatoria para el medio propio. Se trata, por tanto, de una relación de subordinación y dependencia funcional, porque de no ser así no se cumplirían las condiciones exigidas por la normativa y la Jurisprudencia comunitaria, de modo que la relación jurídica entrañaría un contrato, que debería ser objeto de licitación pública. Esta situación de subordinación entre los intervinientes en la relación jurídica determina que sea el órgano encargante el que pueda tomar decisiones ejecutivas en torno a aspectos relevantes de la ejecución del encargo en los casos en que tales aspectos no estén previamente disciplinados en el documento de formalización de aquél y que, incluso en el caso de que sí lo esté, pueda decidir, por las circunstancias de la propia prestación, que no es necesario suspender el encargo.

Por todo ello, como consecuencia de la peculiar naturaleza de la relación existente entre la entidad encargante y el medio propio personificado, se deduce que la regulación del encargo se contiene de modo exclusivo en los preceptos de la LCSP que regulan la materia (artículos 32 o 33 dependiendo del tipo de encargo), en los preceptos de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público que tratan la cuestión, en el documento de formalización del encargo (como expresión unilateral de la voluntad de la entidad pública encargante de la prestación) o, de no existir una regla aplicable a la concreta cuestión planteada en cada caso en ninguno de los anteriores textos, por las órdenes ejecutivas dictadas por la entidad pública que realiza el encargo. No sería de aplicación una norma que contempla un supuesto diferente, que no guarda semejanza con el descrito y respecto del cual no existe identidad de razón.



Conforme a la anterior conclusión, cabe reconocer que de entre los múltiples supuestos y circunstancias que pueden concurrir en cada encargo es posible que existan algunos que realmente justifiquen la necesidad de compensar al medio propio por causa de las excepcionales circunstancias acaecidas durante la pandemia. Sin embargo, esto no podrá inferirse de ninguna norma legal imperativa como plantea la consulta, sino de la mera aplicación de los principios generales del derecho que informan este sector del ordenamiento jurídico y que propenden a permitir la reparación de los daños y perjuicios que sufra cualquier persona o entidad en un caso como el que nos atañe, permitiendo así una solución basada en la equidad. Tal decisión ha de ser tomada por el órgano encargado atendiendo a los pormenores de la relación jurídica y a las circunstancias concurrentes, y también a las reglas que, según lo indicado en el párrafo anterior, disciplinan el encargo, de modo que, por ejemplo, si alguno de los costes extraordinarios en que ha incurrido el medio propio guarda relación directa con las tarifas previamente aprobadas han de ser éstas las que se apliquen, no pudiendo la Junta Consultiva entrar a valorar cada caso concreto.

En mérito a las anteriores consideraciones jurídicas la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado alcanza las siguientes

CONCLUSIONES.

1. Los denominados encargos a medios propios personificados no son contratos públicos y no se pueden considerar como tales a los efectos de la aplicación del artículo 34 del Real Decreto Ley 8/2020.
2. El artículo 34 del Real Decreto Ley 8/2020 es una norma excepcional. La razón por la que se dicta en el caso de los contratos públicos no concurre en el caso de los encargos a medios propios personificados, por lo que no cabe considerar procedente su aplicación analógica a otro supuesto distinto del que expresamente trata.



3. Incluso en la hipótesis de ser admisible la extensión analógica de la norma, en un supuesto como el contemplado en este informe no se cumplen los requisitos que el Código Civil exige para ello.
4. No existe ninguna razón jurídica para aplicar a los encargos a medios propios personificados, de modo supletorio y con carácter general, las normas de los contratos públicos.
5. Tampoco cabe la aplicación analógica de las normas de la LCSP sobre suspensión de los contratos (artículo 208) al supuesto descrito en la consulta, por no cumplirse tampoco los requisitos legales para ello.
6. La regulación del encargo a un medio propio personificado se contiene en los preceptos de la LCSP que regulan la materia (artículos 32 o 33 dependiendo del tipo de encargo y aquellos otros en que expresamente se alude a los encargos), en los preceptos de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público que tratan la cuestión (artículo 86), en el documento de formalización del encargo (como expresión unilateral de la voluntad de la entidad pública encargante de la prestación) o, de no existir una regla aplicable a la concreta cuestión planteada en cada caso en ninguno de los textos anteriores, por las órdenes ejecutivas dictadas por la entidad pública que realiza el encargo, que deberán dar respuesta a las cuestiones que durante su ejecución puedan suscitarse.