



FACULTAD DE DERECHO

LA REGULACIÓN DE LOS ENCARGOS A MEDIOS PROPIOS DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA EN LA NUEVA LEY DE CONTRATOS DEL SECTOR PÚBLICO

Aproximación a la figura y análisis de los nuevos requisitos y condiciones aplicables como resultado de la transposición de las Directivas europeas en materia de contratos del sector público

Autor: María Isabel Ayuso García
4º E-1 Business Law
Derecho Administrativo

Tutor: José María Codes Calatrava

Madrid
Abril 2018

ÍNDICE

ÍNDICE.....	1
ABREVIATURAS.....	3
RESUMEN	4
INTRODUCCIÓN.....	6
1. LA ENTRADA EN VIGOR DE LA NUEVA LEY DE CONTRATOS DEL SECTOR PÚBLICO	8
2. EL MEDIO PROPIO DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA.....	10
2.1 Origen Comunitario de la figura	10
2.2 Evolución histórica de la institución jurídica. Desaparición del término encomienda de gestión	12
2.3 Aproximación a la figura del medio propio.....	16
<i>2.3.1 Concepto y características principales del encargo a medio propio o relación in-house</i>	<i>16</i>
<i>2.3.2 Naturaleza jurídica del encargo a medio propio</i>	<i>19</i>
3. RÉGIMEN JURÍDICO DE LOS MEDIOS PROPIOS. REQUISITOS PARA CONFIGURAR UN MEDIO PROPIO ADMINISTRATIVO.....	24
3.1 El control análogo	25
<i>3.1.1 Relativización del requisito del control análogo</i>	<i>26</i>
<i>3.1.2 Titularidad del capital o patrimonio</i>	<i>29</i>
3.2 Realizar la parte esencial de la actividad para los entes encomendantes que los controlan.....	31
3.3 Obligatoriedad de establecer en los estatutos el reconocimiento de medio propio	32
3.4 Autorización y verificación expresa	32
4. INCIDENCIA DEL MEDIO PROPIO EN EL DERECHO DE LA COMPETENCIA	34

5. ¿SE HA DADO EFECTIVA RESPUESTA A LA INCERTIDUMBRE SOBRE LA FIGURA DEL MEDIO PROPIO CON LA NUEVA REGULACIÓN DE LA FIGURA?	37
CONCLUSIÓN	41
BIBLIOGRAFÍA	43
ANEXO I: NORMATIVA Y JURISPRUDENCIA	45

ABREVIATURAS

CNC	Comisión Nacional de la Competencia
LCSP	Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público
LRJPAC	Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común
LRJSP	Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público
TJCE	Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas
TJUE	Tribunal de Justicia de la Unión Europea
TRLCSP	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 REGULACIÓN DE LOS ENCARGOS A MEDIOS PROPIOS DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA EN LA NUEVA LEY DE CONTRATOS DEL SECTOR PÚBLICO

Aproximación a la figura y análisis de los nuevos requisitos y condiciones aplicables como resultado de la transposición de las Directivas europeas en materia de contratos del sector público

RESUMEN

Este trabajo comenta la nueva regulación de la figura del encargo al medio propio administrativo a la luz de la reforma de la Ley de Contratos del Sector Público. Se trata 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 cual incorpora y positiviza la jurisprudencia que el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas realizó antes de la elaboración de las Directivas europeas que recogen los requisitos y condiciones aplicables a los medios propios. Se analiza tanto jurisprudencia como doctrina administrativa autorizada y estudiosa de la materia a la vez que se expone la utilización, evolución y desarrollo de la figura, haciendo una comparativa entre la normativa anterior y la actual para poder responder a las preguntas de cómo funcionan, para qué sirven, cómo se regulan, cuáles son los nuevos requisitos para configurarse como medio propio y si su uso se ajusta o no a la libertad del mercado en materia de contratación pública por la incidencia que tienen los encargos a medios propios en el Derecho de la Competencia.

Palabras clave: encargo a medios propios, contratación pública, jurisprudencia europea, Derecho de la Competencia.

ABSTRACT

This project will comment the new regulation of the figure in house providing in light of the reform of the Public Sector Contract Law. This is the 9/2017 Law, of November 8, on Contracts of the Public Sector, by which the Directives of the European Parliament

and of the Council 2014/23 / EU and 2014/24 / EU are transposed into Spanish legislation, in February 26, 2014, which incorporates and writes down the case law that the European Court of Justice did and the conditions that are applicable to the own means. As such, we will analyse both jurisprudence as an authorised administrative doctrine and as a study of the matters. Furthermore, at the same time, it will present the utilisation, evolution and development of the figure, comparing it with the previous and current regulation in order to answer the following questions: how it works, what is it used for, what are the new requirements to use the in house providing legal institution and if its use fits or not with the freedom of the market regarding the subject of public procurement due to the effects that in house providing has on Competition Law.

Key words: in house providing, public procurement, European case law, Competition Law.

INTRODUCCIÓN

Hace escasos cuatro meses fue aprobada y publicada por las Cortes Generales la nueva Ley de Contratos del Sector Público. Aunque con tardanza, esta ley viene a incorporar en el ordenamiento jurídico español dos Directivas europeas en materia de contratación pública. La nueva regulación no ha pasado desapercibida debido a la gran incorporación de cambios respecto del anterior Texto Refundido, lo que indica que nos encontramos ante una materia que evoluciona constantemente o que, más bien, hacen evolucionar constantemente para adaptarla a las necesidades y desarrollo del mercado, tanto español como europeo.

En concreto, en este trabajo se analiza la figura del medio propio administrativo y los encargos que diversos entes públicos pueden requerirles. Esta figura no solo viene regulada en la Ley de Contratos del Sector Público aunque su justificación nace en la misma debido a que su principal característica es que tienen permitido escaparse de la normativa de contratación pública impuesta a la hora de realizar trabajos para la Administración Pública y demás entes públicos.

El problema de esta figura siempre ha radicado en el binomio legalidad y falta de regulación específica que ha propiciado en distintos Estados Miembro de la Unión Europea diversas dudas acerca de su uso. Si bien se ha permitido configurar medios propios y encargarles la prestación de obras y servicios sin pasar por procedimiento de licitación alguno, lo que resulta claramente una excepción a la regla general que debería interpretarse de forma restrictiva atendiendo a unos requisitos impuestos por el legislador, al mismo tiempo esta regulación carecía de seguridad jurídica. Ha sido el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas el que ha venido arrojando luz acerca de las condiciones y formalidades exigibles según el caso por caso que llegaba mediante cuestiones prejudiciales elevadas por diversos jueces nacionales.

Asimismo, ha sido el Tribunal europeo el que ha permitido la evolución de la propia figura a lo largo del tiempo pues solo en la jurisprudencia podíamos encontrar la configuración del medio propio y solo en los problemas que se iban planteando al utilizar los medios propios podíamos saber qué era necesario concretar.

Finalmente, dos Directivas europeas que han condensado la reforma legislativa de contratación pública y, en concreto, su transposición en la nueva Ley de Contratos del Sector Público han puesto fin al vacío normativo sobre esta figura, y a su análisis procedemos en el presente trabajo.

1. LA ENTRADA EN VIGOR DE LA NUEVA LEY DE CONTRATOS DEL SECTOR PÚBLICO

Con fecha 9 de noviembre de 2017 fue publicada en el Boletín Oficial del Estado la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público (en adelante, LCSP). Esta ley ha nacido con el objetivo de transponer las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014, al ordenamiento jurídico español.

Aunque su elaboración ha tenido un carácter urgente, debido al retraso en la transposición efectiva de la normativa comunitaria, es una ley de contenido sumamente complejo que atiende a razones de innovación en el ámbito de la contratación pública que han de ser aplicadas con los objetivos, entre otros, de lograr una mejor relación calidad-precio, simplificar trámites burocráticos, mejorar la eficiencia mediante recursos tecnológicos y luchar contra el “dumping social”¹, objetivos que se enmarcan en la denominada “Estrategia Europa 2020”.

La “Estrategia Europa 2020” pretende el crecimiento económico de la Unión Europea y la superación de las deficiencias estructurales de la economía europea mejorando su productividad y su vertiente social. La contratación pública participa de esta estrategia de forma directa debido a su papel integrador del mercado mediante el uso de fondos públicos y la colaboración, más que necesaria, con empresas del sector privado para impulsar ese crecimiento del mercado interior europeo que posibilite un desarrollo que encuentre el equilibrio entre el binomio eficacia y sostenibilidad. Es por ello que, entre otras cosas, la Comisión Europea elaboró en 2014 una guía para autoridades públicas sobre la contratación pública de innovación que propulsara la actividad de investigación e innovación también en la actividad pública².

No resulta extraño acudir a las directrices de la Unión Europea para entender el marco de desarrollo de la contratación pública, por cuanto ha sido ésta la encargada de regular la materia con diversas disposiciones comunitarias, como la Directiva 2004/18/CE del

¹ Arévalo, A., “¡Ya vienen los Reyes Magos! Una nueva ley de contratos para las Administraciones Públicas”, *Revista Parlamentaria de la Asamblea de Madrid*, Núm. 35, diciembre de 2016, página 140.

² Martínez Fernández, J.M., “Guía europea para autoridades públicas sobre la contratación pública de innovación”, *Observatorio de Contratación Pública*, 26/10/2015 (disponible en <http://www.obcp.es/index.php/mod.opiniones/mem.detalle/id.209/relcategoria.208/chk.1ce219980f1e7673745ce29e31863be4>; última consulta 18/03/2018).

Parlamento Europeo y del Consejo, de 31 de marzo de 2004, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, de suministro y de servicios, y la Directiva 2004/17/CE sobre la coordinación de los procedimientos de adjudicación de contratos en los sectores del agua, de la energía, de los transportes y de los servicios postales, base de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público y el posterior 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 (en adelante, TRLCSP), el cual precede a la actual.

La Unión Europea, mediante las directivas que dan lugar a la nueva LCSP, se ha encargado de garantizar, como explica la propia exposición de motivos de la ley, la seguridad jurídica relativa a la contratación y los aspectos señalados e incorporados por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia a en todas las cuestiones prejudiciales elevadas por miembros de la justicia de distintos Estados Miembros de la Unión Europea.

Finalmente y en lo que nos atañe en este trabajo, la nueva LCSP no es ajena a la necesaria y justificada regulación de la que se había estado haciendo eco el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (en adelante, TJCE)³ durante los últimos años en materia de encomiendas de gestión y medios propios de la Administración Pública. En efecto, la nueva ley aumenta los requisitos que deben cumplir los medios propios para poder quedar fuera del ámbito de aplicación de la normativa sobre contratación pública y así evitar un uso fraudulento o inadecuado de estos medios que se encuentran inmersos en un mercado europeo que propugna la libre competencia de sus operadores⁴.

De aquí partimos para analizar las principales novedades que presenta esta Ley respecto de la regulación del medio propio de la Administración mediante la doctrina *in house providing*, que pasa a llamarse “encargos a medios propios” a la vez que abandona el término de “encomienda de gestión” en aras de evitar la confusión existente entre esta figura regulada en la nueva LCSP y la figura regulada en el artículo 11 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público (en adelante, LRJSP).

³ El Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas pasó a llamarse Tribunal de Justicia de la Unión Europea (en adelante TJUE) el 1 de diciembre de 2009, con la entrada en vigor del Tratado de Lisboa.

⁴ Uría Menéndez, “Principales novedades de la ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público”, *Circulares Internas*, Diciembre 2017.

2. EL MEDIO PROPIO DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

2.1 Origen Comunitario de la figura

Como señalábamos anteriormente, la Unión Europea ha sido el origen de la figura del medio propio de la Administración Pública⁵. Concretamente ha sido el TJCE el lugar de nacimiento a través de sentencias reveladoras de la dificultad de regular una institución que, si bien se articula para mejorar la eficacia y la flexibilidad⁶ de la actuación administrativa requiriendo a entidades del sector público la ejecución de encargos de forma directa, es, al mismo tiempo, un cauce de ejecución de obras y servicios que se libera de la aplicación del principio rector de libre competencia y menoscaba la libre competencia en la contratación pública, además de dañar de forma clara otros principios inspiradores de la normativa de contratación como el principio de transparencia y publicidad.

La regulación actual del medio propio nace, entre otras, de la famosa Sentencia del TJCE *Teckal*, de 18 de noviembre de 1999 en el asunto C-107/98, que resuelve una cuestión prejudicial sobre la interpretación del artículo 6 de la Directiva 92/50/CEE del Consejo, de 18 de junio de 1992, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de servicios. La cuestión surge en el marco de un encargo de gestión del servicio de calefacción de edificios municipales de la comune di Viano di Reggio Emilia en Italia sin que se llevara a cabo procedimiento de licitación alguno. Este encargo fue asignado, según los hechos probados de la propia sentencia, a la suministradora de combustible AGAC.

El litigio comienza con el recurso interpuesto por Teckal, Srl., una empresa privada suministradora de servicios de calefacción, que alegaba que debería haberse utilizado el procedimiento de adjudicación de contratos previsto en la normativa. Para resolver la cuestión el Tribunal examinó detalladamente si la adjudicación de dicho contrato a

⁵ Moll Fernández-Figares, L. S., *Los encargos a medios propios en la legislación actual*, Reus, Madrid, 2017, páginas 25-48.

⁶ Pascual García considera que el recurso a esta figura por razones de eficacia “hay que encuadrarlo dentro del fenómeno de la ‘huida del Derecho administrativo’, que en este caso va acompañado de una huida de la contabilidad pública y del presupuesto”. *Las encomiendas de gestión a la luz de la Ley de contratos del sector público*, Boletín Oficial del Estado, Madrid, Marzo 2010, página 45, citado por Pernas García, J.J., “La exigencia de ‘control análogo’ en las encomiendas a medios propios”, *REALA, Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica*, Núm. 311, septiembre-diciembre 2009, página 230.

AGAC constituye un contrato público de suministro en el que debería seguirse el procedimiento de licitación previsto en la Directiva 93/36 o, si por el contrario, constituye una excepción de aplicación.

Constatado que AGAC suministraba combustible a cambio del pago de un precio cierto mediante un contrato de naturaleza onerosa, el artículo 1.a) de la Directiva 93/36 establecía que, en principio, bastaba con que el contrato se hubiera celebrado entre un ente territorial (en este caso, el municipio di Viano) y una persona jurídicamente distinta de éste. El Tribunal razonó aduciendo la doctrina que sería determinante a la hora de regular los medios propios en la actualidad. Así, “solo podrá ser de otra manera en el supuesto de que, a la vez, el ente territorial ejerza sobre la persona de que se trate un control análogo al que ejerce sobre sus propios servicios y esta persona realice la parte esencial de su actividad con el ente o los entes que la controlan”, resolviendo la aplicación de la Directiva 93/36 y, en consecuencia, la aplicación del procedimiento de licitación cuando un ente territorial contrata con otra entidad autónoma respecto de ella.

Se trata de la aplicación del principio de autoorganización de las Administraciones según el cual en tanto que el ente encomendado no goza de la autonomía suficiente como para que ejerza su actividad sin que la Administración encomendante le controle, solo existe una única actividad de esta última, que delega en un ente bajo su control la ejecución de una actividad sobre la que ejerce autoridad. Así se justifica la falta de licitación y la no aplicación de la regulación en materia de contratación pública por cuanto no se estaría afectando a la libre concurrencia al quedar todo bajo control de la Administración⁷.

Además de la citada sentencia *Teckal*, otros muchos casos se han suscitado en el Tribunal europeo que también han sentado la doctrina en la que se traducen las posteriores directivas. Estamos hablando de los asuntos *Parking Brixen*, *Carbotermo*, *Coditel*, *Econord* y *Tragsa*. Estos casos citados *ad exemplum* serán analizados más adelante cuando profundicemos sobre los requisitos que tienen que cumplir los medios propios administrativos para escapar de la normativa de contratos y aceptar encargos directos de la Administración Pública.

⁷ Moll Fernández-Figares, L. S., *Los encargos a medios propios en la legislación actual*, *op. cit.*, páginas 25-48.

2.2 Evolución histórica de la institución jurídica. Desaparición del término encomienda de gestión

Como venimos diciendo, la encomienda de gestión es una figura jurídica que ha sido utilizada por las Administraciones Públicas reiteradamente para llevar a cabo las funciones que le son propiamente atribuidas por la legislación vigente mediante una técnica de autoorganización que, lejos de asumir las propias obligaciones que implica, traslada a otras entidades el ejercicio de sus competencias, entidades sobre las que ejercen un control directo y que no tienen autonomía.

Esta figura ha sido nombrada de muy diversas formas tanto en el derecho interno como a nivel europeo. Como señala Moll Fernández-Fígares⁸ encomienda de gestión, encargo, encargos de ejecución, *in house providing*, *in house contracts*, *contracts maison*, suministro doméstico o interno han sido algunas de las nomenclaturas usadas por el legislador para referirse al uso del medio propio administrativo.

Resulta interesante la opinión de Pernas García sobre la denominación *in house* de la figura del medio propio con carácter general que se utiliza en el ámbito europeo. Según el autor, “los encargos *in house* son las prestaciones de servicios, suministros de bienes o ejecuciones de obras realizadas a una entidad del sector público –normalmente una administración territorial– por sus propios servicios (*in house* en sentido estricto) o entidades en relación de dependencia (cuasi internas o *in house* en sentido amplio)⁹”. Ante esta diferenciación añade que no admite la referencia a los contratos *in house* porque los encargos no responden a la naturaleza bilateral propia de aquellos, matizando el carácter unilateral y la relación de dependencia que se crea con la figura del medio propio.

Esta disparidad ha propiciado un escenario donde la confusión se ha apoderado de la indiferencia de conceptos entre el medio propio de la doctrina *in house providing* del Tribunal de Justicia y la encomienda de gestión regulada en el TRLCSP que antecede a la LCSP. En este sentido, el Tribunal de Cuentas en su Informe de Fiscalización número 1.003 se refirió a este problema como la existencia una figura jurídica llamada

⁸ Moll Fernández-Fígares, L. S., *Los encargos a medios propios en la legislación actual*, *op. cit.* página 41.

⁹ Pernas García, J.J., “La exigencia de ‘control análogo’ en las encomiendas a medios propios”, *op. cit.*, páginas 230-234.

encomienda de gestión que se encuentra regulada en dos textos jurídicos distintos, lo que da lugar a dos regímenes de aplicación de contenido dispar en función del objetivo de la encomienda¹⁰.

A este respecto, la Circular 6/2009 de la Abogacía General del Estado concluía que¹¹:

“Tras la promulgación de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público, ha de entenderse modificado el artículo 15 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común en el sentido de que este último precepto ya no puede entenderse referido a las encomiendas de gestión de contenido materialmente contractual, es decir, a las encomiendas de gestión que tengan por objeto la realización de una prestación propia de un contrato de obras, suministro o de servicios a cambio de una contraprestación económica. Como consecuencia de ello la figura de la encomienda de gestión que regula el artículo 15 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, y la figura de la encomienda de gestión que regulan los artículos 4.1.n) y 24.6 de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, se traduce en la necesaria diferenciación entre ambas por razón de sus respectivos ámbitos o contenido. Así, la figura de la encomienda de gestión a que se refiere el artículo 15 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, queda circunscrita siendo este su ámbito propio, a aquellas actividades o actuaciones que por su contenido sean ajenas a la legislación de contratación pública y no guarden relación con ella. La figura de la encomienda de gestión a que se refieren los artículos 4.1.n) y 24.6 de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, queda limitada, siendo éste su ámbito propio, a aquellas actuaciones que consisten en la

¹⁰ Tribunal de Cuentas: “Las encomiendas de gestión reguladas en el artículo 15 de la Ley 30/1992, - tras la doctrina *in house providing* elaborada por el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, entre otras sentencias en la Sentencia Teckal, y que se ha traducido en nuestro Derecho en la previsión contenida en el derogado artículo 3.1.1) del TRLCAP 2/2000 y posteriormente en los artículos 4.1.n) y 24.6 de la LCSP 30/2007, y del TRLCSP 3/2011, - tienen como ámbito propio aquellas actividades o actuaciones que por su contenido son ajenas a la legislación de contratación pública y no guarden relación con ella siendo necesario que el acuerdo de encomienda de gestión sea publicado, como requisito para que sea eficaz, en el Diario Oficial correspondiente. Por el contrario, las reguladas en el TRLCSP tienen por objeto relaciones de contenido materialmente contractual, esto es, la ejecución de una obra, la realización de un suministro o la prestación de un servicio, a cambio de una contraprestación económica”. “Informe de Fiscalización de la utilización de la encomienda de gestión regulada en la legislación de contratación pública por los Ministerios, Agencias y Organismos Autónomos del área político-administrativa del Estado, ejercicios 2008-2013”, Núm. 1003, página 11.

¹¹ Actual artículo 11 de la Ley 40/2015.

realización de prestaciones propias de los contratos de obras, suministro y servicios a cambio de una contraprestación económica. [...]”¹².

Podemos afirmar que existen dos formas de entender y aplicar la encomienda de gestión.

- La primera es la regulada en el actual artículo 11 de la Ley 40/2015 o LRJSP. Según este artículo “las encomiendas de gestión no podrán tener por objeto prestaciones propias de los contratos regulados en la legislación de contratos del sector público. En tal caso, su naturaleza y régimen jurídico se ajustará a lo previsto en ésta”. Es en esta figura donde tienen cabida las encomiendas de gestión propiamente dichas entre entes públicos cuyo origen se encuentra en el artículo 15 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (en adelante, LRJPAC) mediante las cuales las Administraciones Públicas se ordenan y gestionan de manera interna mediante el uso de acuerdos y no de relaciones obligatorias¹³. Se trataría de una figura intra-administrativa por medio de la cual los órganos administrativos o las entidades de Derecho Público pueden encomendar la realización de actividades de carácter material o técnico a otros órganos administrativos o entidades de Derecho Público¹⁴.
- La segunda es la regulada en la normativa de contratación pública, entre otros, en el artículo 6 de la nueva LCSP. En este caso nos encontramos con la encomienda de gestión de contenido contractual, es decir “la ejecución de una obra, la realización de un suministro o la prestación de un servicio, a cambio de una contraprestación económica”¹⁵. La posibilidad de que con los medios materiales y técnicos adecuados la Administración pueda llevar a cabo este tipo de actividades por su cuenta es admitida en nuestro Derecho y de ella nace la figura del medio propio administrativo como entidad con personalidad jurídica diferente a la de su encomendante, constituyéndose como servicio técnico propio de

¹² Circular 6/2009, de 14 de julio, de la Abogacía General del Estado, citado por el Tribunal de Cuentas en “Informe de Fiscalización de las encomiendas de gestión de determinados Ministerios, organismos y otras entidades públicas llevadas a cabo al amparo de la legislación que habilita esta forma instrumental de gestión administrativa”, Núm. 1088, página 22.

¹³ Moll Fernández-Fígares, L. S., *Los encargos a medios propios en la legislación actual*, *op. cit.* página 46.

¹⁴ Uría Menéndez, “Principales novedades de la ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público”, *op. cit.* página 7.

¹⁵ Tribunal de Cuentas, “Informe de Fiscalización de la utilización de la encomienda de gestión [...]”, *op. cit.* página 11.

desarrollo. Esta es la figura que la nueva regulación ha renombrado como “encargos a medios propios”.

Las diferencias entre una y otra figura son fundamentales. A grandes rasgos y siguiendo la exposición de Pernas García¹⁶:

- Respecto de los sujetos intervinientes: la encomienda de gestión se produce entre entes de Derecho público de la misma o distinta Administración sin que sea necesario jerarquía, mientras que el encargo a medio propio se produce entre entes vinculados por una dependencia casi absoluta sobre el cual existe control análogo por parte del ente encomendante.
- Respecto de la naturaleza jurídica: la encomienda de gestión se plasma en un acuerdo bilateral para la asistencia entre órganos o entes públicos, mientras que el encargo a medio propio se configura como orden de ejecución de un servicio que resulta de obligado cumplimiento.
- Respecto del contenido: la encomienda de gestión trata actuaciones que quedan fuera del ámbito de la legislación en materia de contratos del sector público, mientras que el encargo a medio propio puede configurarse en atención a una obra o servicio propia de un contrato público.

Termina concluyendo el Informe de Fiscalización de las Encomiendas de Gestión del Tribunal de Cuentas¹⁷ que la regulación que se establecía hasta ese momento sobre las encomiendas a medios propios carecía de cuerpo normativo sustantivo suficiente como para regular la figura, echando en falta la delimitación del objeto, requisitos, procedimiento, controles y responsabilidades de las encomiendas a medios propios, y demandaba la necesidad de llevar a cabo por el legislador una reforma urgente habida cuenta de la transcendencia jurídica que estaba adquiriendo la figura en el ámbito de la contratación pública.

Ahora bien, que el encargo a medio propio se desarrolle dentro del campo de la contratación pública no quiere significar que la relación jurídica que se crea tenga esa naturaleza. Esta relación que se establece entre la Administración encomendante y el

¹⁶ Pernas García, J.J., “La exigencia de ‘control análogo’ en las encomiendas a medios propios”, *op. cit.* páginas 233 y 234.

¹⁷ Tribunal de Cuentas, “Informe de Fiscalización de las encomiendas de gestión (...)”, *op. cit.* página 24.

servicio técnico a su disposición (medio propio) es una relación de dependencia¹⁸ casi absoluta en la cual el encomendado apenas tiene margen de maniobra sobre el servicio que debe prestar a su encomendante. No por ser entidades con personalidad jurídica propia se establece entre ellas el principio de libertad contractual, concepto que trataremos al estudiar los requisitos exigidos por la normativa para ser medio propio.

La reforma inferida es la que hoy se nos presenta en la nueva LCSP que adapta las directivas comunitarias en materia de contratos que, si bien no con toda la precisión suficiente, avanza claramente estableciendo los nuevos requisitos para configurar la figura del medio propio administrativo que surgen de la escasa regulación anterior y que daba lugar a un escenario en el cual la potestad de uso de los encargos o encomiendas relacionada con la actividad pública contractual podía ser mal empleada y constituir un salvoconducto por el cual la Administración Pública utilizase dinero público para llevar a cabo su actividad sin tener que pasar por los filtros de seguridad y transparencia de la normativa de contratos. Así, con la nueva denominación utilizada para referirse a la segunda de las figuras explicadas, “encargos a medios propios”, se trata de poner fin a la confusión hasta ahora existente y dar más luz sobre la institución jurídica que representa.

2.3 Aproximación a la figura del medio propio

2.3.1 Concepto y características principales del encargo a medio propio o relación in-house

In-house providing es la terminología anglosajona utilizada para referirse a las encomiendas de gestión o, como denomina la nueva LCSP, encargos a medios propios de la Administración, que es frecuentemente utilizada también en nuestro país a la hora de referirse a esta figura.

El encargo a medios propios es una figura jurídica creada jurisprudencialmente en el ámbito europeo. “La explicación doctrinal tradicional se ha hecho sobre un modelo paradigmático, que es el de una Administración territorial que encarga una determinada

¹⁸ Moll Fernández-Fígares, L. S., *Los encargos a medios propios en la legislación actual*, op. cit. página 218.

obra o servicio a un organismo autónomo propio y partiendo de la idea de que quienes pueden ser los sujetos encomendantes del servicio son los poderes adjudicadores¹⁹”.

Estos encargos permiten la ejecución de actividades de las Administraciones Públicas por parte de entes personificados²⁰ controlados por estas últimas sin que resulte por ello necesario acudir al proceso de licitación de un contrato administrativo. A priori podría resultar una actividad contraria a los principios inspiradores de la contratación administrativa y de la libre competencia, pero su utilización trasciende del posible uso fraudulento o inadecuado para erigirse como una forma de adjudicación de encargos que, por eficaz, urgente o necesaria, satisface el interés general.

El medio propio administrativo es una figura de naturaleza jurídico-pública al servicio de las Administraciones Públicas. La Comisión Nacional de la Competencia (en adelante, CNC) los define como “entidades del sector público, de naturaleza administrativa o mercantil, que proveen determinados bienes y servicios a su Administración encomendante, de acuerdo con una relación administrativa de encomienda de gestión, no contractual, consecuencia del carácter interno o instrumental de dichas entidades”²¹. Como vemos nos encontramos ante un ente público al servicio de una Administración que controla y permite su actividad.

Esta figura ha sido frecuentemente usada por las distintas Administraciones Públicas del Estado²² para atender necesidades públicas mediante la figura de la encomienda de gestión por la cual se dota a los medios propios de lo necesario para llevar a cabo la actividad impuesta por la Administración encomendante. Se trata, al final, de una forma de autoorganización de la Administración Pública que crea sus propios medios propios para ejercer sus potestades y competencias que, en todo caso, mantiene como propias. Como hemos señalado *ut supra*, la principal característica y por la cual deviene su gran problemática práctica de aplicación es que estas figuras se escapan de la normativa de contratación pública y de la libre concurrencia de empresas que inspira el funcionamiento

¹⁹ Moll Fernández-Figares, L.S., “Los encargos a medios propios”, Conferencia online (disponible en <https://discentius.com/curso/los-encargos-a-los-medios-medios-propios/>; última consulta 17/03/2018).

²⁰ O no personificados, tal y como permite el artículo 33 de la nueva LCSP.

²¹ Informe del Consejo de la CNC, “Los medios propios y las encomiendas de Gestión: Implicaciones de su uso desde la óptica de la promoción de la competencia”, aprobado en su sesión de 19 de junio de 2013, página 4.

²² Informe CNC “Los medios propios y las encomiendas de Gestión (...)”, *op. cit.*

del mercado europeo, con la justificación de que se utilizan instrumentos públicos propios, y no relaciones contractuales con terceros, para llevar a cabo funciones públicas que tienen una relación de dependencia casi absoluta con la Administración matriz²³. Es por ello que la jurisprudencia comunitaria no ha cesado en el estudio y análisis de los requisitos necesarios para constituir medios propios a los que poder encargar actividades propias de contratos públicos, exigiéndose una nueva y más rigurosa regulación por parte de las nuevas Directivas europeas.

Es importante señalar que la exclusión sobre la normativa de contratos del sector público de la que gozan los medios propios no se da en todas las relaciones jurídicas de la que puedan llegar a formar parte. Montoya Martín²⁴ puntualiza que el uso de los medios propios obliga a diferenciar dos esferas de relaciones en las que pueden participar. La primera sería las relaciones internas con la Administración matriz que encomienda la realización del servicio, fundamento propio y último de la figura y por la que quedarían excluidos de la normativa de contratos en tanto que no constituyen relación contractual sino de dependencia y sumisión respecto del ente encomendante, y la segunda, las relaciones externas o con terceros de naturaleza contractual y en las que surge la obligación de regular con exhaustividad el alcance atendiendo al cumplimiento de las prescripciones de la contratación y los principios rectores que la inspiran. En este último caso los medios propios utilizan la subcontratación y abandonan la situación de control exigida por la ley para convertirse en parte contratante con un tercero, y es entonces cuando la normativa de contratos del sector público se aplicará en función del distinto grado que ostente el ente según su calificación jurídica a efectos de la LCSP.

Así pues, en las relaciones *ad extra* que celebre el medio propio para llevar a cabo la prestación impuesta por el ente encomendante será de aplicación la legislación en materia de contratos, tal y como lo expresa el artículo 32.7.a) de la LCSP cuando dice: “7. A los negocios jurídicos que los entes destinatarios del encargo celebren en ejecución del encargo recibido de conformidad con el presente artículo, se le aplicarán las siguientes reglas: a) El contrato quedará sometido a esta Ley, en los términos que sean procedentes, de acuerdo con la naturaleza de la entidad que los celebre y el tipo y valor estimado de

²³ Moll Fernández-Fígares, L. S., Los encargos a medios propios en la legislación actual, op. cit. página 218.

²⁴ Montoya Martín, E., “Los medios propios y servicios técnicos de la Administración en la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de contratos del sector público”, *Claves del Gobierno Local*, Núm. 9, 2009, página 65.

los mismos y, en todo caso, cuando el medio propio no sea un poder adjudicador se le aplicarán las normas contenidas en el Título I del Libro Tercero de la presente Ley”.

2.3.2 Naturaleza jurídica del encargo a medio propio

El artículo 6 de la LCSP excluye de su ámbito de aplicación los convenios y encomiendas de gestión “[...] celebrados entre sí por la Administración General del Estado, las Entidades Gestoras y los Servicios Comunes de la Seguridad Social, las Universidades Públicas, las Comunidades Autónomas y las Ciudades Autónomas de Ceuta y Melilla, las Entidades locales, las entidades con personalidad jurídico pública de ellas dependientes y las entidades con personalidad jurídico privada, siempre que, en este último caso, tengan la condición de poder adjudicador”, quedando condicionada tal exclusión al efectivo cumplimiento de los requisitos o condiciones que se expondrán y que analizaremos más adelante.

La redacción del artículo 6 de la LCSP ha cambiado con respecto al anterior artículo 4.1.n) del TRLCSP. Con arreglo al artículo 4 del citado texto normativo: “Negocios y contratos excluidos. 1. Están excluidos del ámbito de la presente Ley los siguientes negocios y relaciones jurídicas: [...] n) los negocios jurídicos en cuya virtud se encargue a una entidad que, conforme a lo señalado en el artículo 24.6 [...]”.

Vemos como la normativa anterior aludía al término “negocio jurídico” mientras que la normativa en vigor alude al término “convenio”. ¿Es el encargo a medio propio un negocio jurídico, un convenio, un contrato o un acto administrativo? ¿Puede cambiar la naturaleza jurídica en función de los sujetos intervinientes? Ni la doctrina ni la ley son claras al respecto ni encuentran acuerdo.

Pascual García, abordando la cuestión de los sujetos intervinientes en la encomienda de gestión, manifiesta que “lo que compete a la legislación contractual es determinar si para que se dé una relación de encomienda²⁵ excluida de la Ley es suficiente con que el encomendante sea un poder adjudicador o puede ser necesario que sea una Administración Pública [...]”²⁶. Esta cuestión queda desfasada atendiendo a la nueva

²⁵ Recordemos que la normativa actual cambia el término a “encargos a medios propios”.

²⁶ Pascual García, J., *Las encomiendas de gestión a la luz de la Ley de Contratos del Sector Público*, *op. cit.* página 102.

configuración del medio propio por la ley que permite que el encomendante sea cualquier tipo de poder adjudicador y no solo Administraciones Públicas. En la nueva LCSP se regulan en el artículo 33 los encargos a entidades del sector público que no tengan la consideración de poder adjudicador a medios propios personificados²⁷, así como en el artículo 86.1 de la Ley 40/2015. Esto se explica respecto de los poderes adjudicadores que no son Administración Pública porque se permite siempre y cuando se cumplan las exigencias de control público y satisfagan el interés general²⁸, y respecto de las entidades del sector público de naturaleza privada porque así lo permite la normativa general, la normativa sectorial²⁹ y sus normas de creación.³⁰

El artículo 33 establece los requisitos que debe cumplir el medio propio cuando su ente encomendante no tenga la consideración de poder adjudicador. Atendiendo a la frecuencia de uso de la figura del medio propio en ambos casos y sabiendo que la institución jurídica es la misma, señalaremos sobre el artículo 33 algunas notas características y se explicará, a lo largo de este trabajo analítico, el encargo a medios propios por un poder adjudicador del artículo 32, que resulta, a toda vista, mucho más compleja y usual que la anterior.

El artículo 33 de la LCSP establece en su apartado primero que “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”.

²⁷ Moll Fernández-Figares, L. S., *Los encargos a medios propios en la legislación actual*, op. cit., página 103.

²⁸ Pernas García, J.J., *Las operaciones in house y el derecho comunitario de contratos públicos*, Iustel, 2008, p. 55, citado por Moll Fernández-Figares, L. S., *Los encargos a medios propios en la legislación actual*, op. cit. página 115.

²⁹ Como explica Pascual García: “será la normativa específica por la que se rija dicho poder la que atribuya competencias concretas para efectuar encargos de ejecución”. Pascual García J., *Las encomiendas de gestión a la luz de la Ley de Contratos del Sector Público*, op. cit., página 29, citado por Moll Fernández-Figares, L. S., *Los encargos a medios propios en la legislación actual*, op. cit. página 107.

³⁰ Moll Fernández-Figares, L. S., *Los encargos a medios propios en la legislación actual*, op. cit., página 115.

En el segundo apartado del citado artículo se mencionan los requisitos a cumplir por las personas jurídicas, tanto de derecho público como de derecho privado, para ser consideradas medios propios pertenecientes a un ente del sector público que no sea poder adjudicador. En concreto y cumulativamente, el ente debe ostentar control, directo o indirecto sobre el destinatario del mismo, que la totalidad de su capital social o patrimonio sea de titularidad pública y que más del 80 por ciento de las actividades se lleven a cabo en el ejercicio de los cometidos que le han sido confiados por la entidad que realiza el encargo o por otras personas jurídicas controladas del mismo modo por la entidad que realiza el encargo, siendo necesario que este último requisito quede reflejado en la Memoria integrante de las Cuentas Anuales del ente destinatario del encargo y que se verifique por un auditor de cuentas.

Es importante resaltar este matiz porque la Directiva europea se sigue refiriendo al poder adjudicador como sujeto activo de los encargos a medios propios y, como bien señala Moll Fernández-Fígares, la normativa española incluye tanto a poderes adjudicadores como a entes y sociedades que no tengan tal condición, a expensas del cumplimiento de determinados requisitos³¹.

Coinciden en todas las combinaciones de sujetos intervinientes una finalidad público-administrativa regulada por normas de Derecho Público que pueden acogerse a la figura del medio propio en atención al cumplimiento de los requisitos del articulado de la ley. Por tanto, pueden ser sujetos encomendantes las Administraciones Públicas, los poderes adjudicadores que no sean Administraciones Públicas y las entidades del Sector público que no sean Administración y sean o no sean poderes adjudicadores³².

Para ser sujetos a los que poder encomendar Pascual García concluye diciendo que puede ser encomendado cualquier entidad del sector público: “[...] de conformidad con el artículo 24.6 de la Ley de Contratos del Sector Público³³, puede recaer en entes,

³¹ Moll Fernández-Fígares, L. S., *Los encargos a medios propios en la legislación actual*, op. cit. página 87.

³² Moll Fernández-Fígares, L. S., *Los encargos a medios propios en la legislación actual*, op. cit. página 116.

³³ Actual artículo 31 de la nueva LCSP. A la misma conclusión, el artículo 86 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público: “1. Las entidades integrantes del sector público institucional podrán ser consideradas medios propios y servicios técnicos de los poderes adjudicadores y

organismos o entidades del sector público, incluidas, consecuentemente, las compañías mercantiles y las fundaciones pertenecientes a dicho sector. Por tanto, no se exige que tengan, a priori, la condición de poder adjudicador o Administración pública, pero tampoco se excluye. [...]”³⁴.

Por la doctrina se ha considerado tradicionalmente que en los encargos a medios propios nos encontramos ante un acto administrativo pero no faltan voces que critiquen esta postura y defiendan que no en todos los casos puede tratarse de un acto administrativo a la vista del ordenamiento jurídico y de la realidad práctica del encargo a medios propios. Moll Fernández-Fígares opina que en tanto que existen sujetos que pueden encomendar encargos que no son poderes adjudicadores ni Administraciones públicas no podemos hablar en todos los casos de actos administrativos. Nos encontramos ante un acto administrativo cuando, por ejemplo, una Administración territorial encarga a un organismo autónomo propio pero no podemos decir lo mismo cuando el ente que encarga se somete a Derecho Privado. El autor expone esta teoría usando varios ejemplos. El primer ejemplo sobre las entidades públicas empresariales resulta muy clarificador por cuanto son organismos públicos que pueden ser o no poderes adjudicadores y que, a la vez, se someten a Derecho Privado en su actuación externa³⁵ y, como consecuencia de lo primero, pueden encomendar a medios propios. Otro ejemplo sería el caso de sociedades de capital público que no tengan la consideración de poderes adjudicadores. Estas últimas son sociedades privadas y también tienen permitido encargar a medios propios, ya que, al tener sustrato público, se permite a la normativa sectorial que encauce su actividad³⁶.

Por otro lado, la propia naturaleza de la relación de dependencia y subordinación que se da entre el ente encomendante y el medio propio al cual se le encarga el servicio no es compatible con la naturaleza propia de los contratos públicos y su bilateralidad intrínseca. Así pues, cuando solo existe la voluntad de una de las partes (ente

del resto de entes y sociedades que no tengan la consideración de poder adjudicador cuando cumplan las condiciones y requisitos establecidos en el Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público [...]”, Texto Refundido que ha sido derogado por la nueva LCSP.

³⁴ Pascual García, J. *Las encomiendas de gestión a la luz de la Ley de contratos del sector público*, op. cit. Página 3, citado por Moll Fernández-Fígares, L. S., *Los encargos a medios propios en la legislación actual*, op. cit. página 117.

³⁵ Moll Fernández-Fígares, L. S., *Los encargos a medios propios en la legislación actual*, op. cit. página 103.

³⁶ Moll Fernández-Fígares, L. S., *Los encargos a medios propios en la legislación actual*, op. cit. página 110.

encomendante) que ordena la ejecución de un trabajo por obligación al servicio técnico subordinado (medio propio) no podemos hablar de relación contractual³⁷.

Atendiendo a la anterior definición prevista en el TRLCSP por exclusión del encargo a medio propio podemos advertir que tampoco se configura como un negocio jurídico. El negocio jurídico fue definido por De Castro como “el poder de la persona para poder dictar reglas y dárselas a sí mismo, es decir, la autonomía es la médula del negocio jurídico”³⁸ y la autonomía fue definida por Díez Picazo y Gullón como “un poder de ordenación de la esfera privada de las personas”³⁹. Tampoco sería conveniente calificar al encargo a medio propio como negocio jurídico porque esta institución dista mucho de poder explicar del ámbito de la actuación de la Administración Pública, ya que no está claro que sirva para ordenar el ámbito de libertad de la vida privada de la misma⁴⁰.

Para concluir esta exposición acerca de la naturaleza jurídica del medio propio podemos decir que no existe ninguna institución jurídica que asimile el concepto del encargo a medios propios. La conclusión a la que llega Moll Fernández-Fígares evidencia claramente esta situación: “[...] el sustrato que permanece en el encargo de ejecución es la orden fruto de un poder jurídico que, según quienes sean los sujetos, puede catalogarse como acto administrativo a veces. [...] Las anteriores consecuencias son efecto de una regulación fragmentaria que procede de dos ordenamientos distintos, el comunitario y el interno, que no siempre se acomodan perfectamente y que, en todo caso, han procurado una regulación incompleta, vaga o demasiado abierta de la figura. [...] Las normas que regulan el encargo a medios propios (que son normas sobre contratación pública) son ‘accesorias’, en el sentido de que lo que hacen es determinar casos en los que no se aplican las exigencias de la normativa de contratos públicos porque, desde el punto de vista negativo, se establece que no estamos ante un verdadero contrato de esa naturaleza, pero no regulan una institución jurídica, no regulan el contrato, un acto..., no es esa su misión,

³⁷ Pernas García, J.J., “La exigencia de ‘control análogo’ en las encomiendas a medios propios”, *op. cit.* página 236.

³⁸ De Castro y Bravo, F., *El negocio jurídico*, Civitas, 1985, Página 31, citado por Moll Fernández-Fígares, L. S., *Los encargos a medios propios en la legislación actual*, *op. cit.* página 134.

³⁹ Díez Picazo, L. y Gullón Ballesteros, A. *Sistema de Derecho Civil*, Vol. 1, Tecnos, 2012, página 267, citado por Moll Fernández-Fígares, L. S., *Los encargos a medios propios en la legislación actual*, *op. cit.* página 134.

⁴⁰ Moll Fernández-Fígares, L. S., *Los encargos a medios propios en la legislación actual*, *op. cit.* página 135.

sino exceptuar una normativa con un fundamento que es la eficiencia y, en último término, los intereses generales”⁴¹.

3. RÉGIMEN JURÍDICO DE LOS MEDIOS PROPIOS. REQUISITOS PARA CONFIGURAR UN MEDIO PROPIO ADMINISTRATIVO

Con el claro objetivo de evitar el uso abusivo o inadecuado de los encargos a medios propios, la nueva LCSP endurece los requisitos para configurarse como tal y las condiciones que le son de aplicación. La característica principal de esta figura, como hemos mencionado con anterioridad, es su exclusión de las normas que regulan la contratación pública lo que genera, de forma inmediata, un verdadero riesgo a la libre concurrencia de empresas a los contratos que celebre la Administración Pública. El Tribunal de Cuentas ha sido muy crítico a la hora de determinar cuándo se puede y cuándo no se puede utilizar un medio propio, entendiéndose como una excepción a la regla general que merece una interpretación restrictiva para garantizar los principios de igualdad, transparencia en los procedimientos de licitación pública, concurrencia y no discriminación⁴², así como los principios de publicidad, confidencialidad y adjudicación a la oferta económicamente más ventajosa⁴³.

Para que una entidad tenga la consideración de medio propio debe cumplir una serie de requisitos que han sido establecidos tanto por la jurisprudencia del TJCE y recogidos por la Directiva de 2014, que han sido transpuestos a nuestro ordenamiento jurídico por la nueva LCSP, fundamentalmente, en su artículo 32 y por la LRJSP.

A continuación se exponen los requisitos exigidos para que una entidad de la Administración pueda considerarse medio propio.

⁴¹ Moll Fernández-Fígares, L. S., *Los encargos a medios propios en la legislación actual*, *op. cit.* página 184.

⁴² Tribunal de Cuentas, “Informe de Fiscalización de la utilización de la encomienda de gestión (...)”, *op. cit.* página 11.

⁴³ Montoya Martín, E., “Los medios propios y servicios técnicos de la Administración (...)”, *op. cit.* página 71.

3.1 El control análogo

Tal y como se desprende de la ley, “que el poder adjudicador que pueda conferirle encargos ejerza sobre el ente destinatario del mismo un control, directo o indirecto, análogo al que ostentaría sobre sus propios servicios o unidades, de manera que el primero pueda ejercer sobre el segundo una influencia decisiva sobre sus objetivos estratégicos y decisiones significativas”. En este sentido sigue el artículo entendiéndose que existe control análogo cuando el propio poder adjudicador pueda conferirle encargos que sean de ejecución obligatoria para el ente destinatario del encargo por así establecerlo los estatutos o el acto de creación, de acuerdo con instrucciones fijadas unilateralmente por el ente que puede realizar el encargo.

Este requisito ha sido tipificado después de haber sido desarrollado por diversas sentencias del TJCE⁴⁴ y del TJUE entre las cuales destacan la Sentencia *Teckal*⁴⁵, *Parking Brixen*⁴⁶, *Carbotermo*⁴⁷, *Coditel*⁴⁸ y *Econord*⁴⁹. Según la reiterada jurisprudencia son dos los presupuestos que deben concurrir para que verdaderamente pueda hablarse de control análogo. En primer lugar la entidad encomendante debe ejercer un influjo o dominio sobre la entidad encomendada para que esta última no pueda tomar decisiones propias y, en segundo lugar, no deben concurrir intereses privados que desfiguren los intereses públicos en juego que ambas partes deben ostentar y proteger⁵⁰.

Además, la LCSP establece como requisito adicional que la compensación se establezca por referencia a tarifas aprobadas unilateralmente por el ente encomendante, que se calcularán de manera que representen los costes reales de realización de las unidades producidas directamente por el medio propio, lo que no es más que una exigencia adicional del control casi absoluto que debe ejercer el ente encomendante y que no permite discrecionalidad alguna en la relación obligatoria, además de procurar una obtención de beneficio económico empresarial casi nula al medio propio, lo que sin duda

⁴⁴ Gómez-Acebo & Pombo, “Los nuevos requisitos de la contratación *in-house* previstos en el Proyecto de Ley de Contratos del Sector Público y en la Ley 40/2015”, *Circulares Internas*, enero 2017, página 3.

⁴⁵ Sentencia TJCE, de 18 de noviembre de 1999, asunto C-107/98.

⁴⁶ Sentencia TJCE, de 13 de octubre de 2005, asunto C-458/03.

⁴⁷ Sentencia TJCE, de 11 de mayo de 2006, asunto C-340/04.

⁴⁸ Sentencia TJCE, de 13 de noviembre de 2008, asunto C-324/07.

⁴⁹ Sentencia TJUE, de 29 de noviembre de 2012, Asuntos acumulados C-182/11 y C-183/11.

⁵⁰ Pernas García, J.J., “La exigencia de ‘control análogo’ en las encomiendas a medios propios”, *op. cit.*, páginas 244.

es poco atractivo para el mismo y cuyo objetivo es que los entes encomendantes utilicen a sus medios propios sin más finalidad que garantizar eficacia a la actividad administrativa que se desprende de los encargos que se les adjudican de forma directa.

Advierte Moll Fernández-Figares⁵¹ que no es suficiente la titularidad o propiedad mayoritaria del ente instrumental para la justificación del control, sin que tampoco sea conveniente afirmar que se tenga que dar un control absoluto por cuanto el ente encomendante tiene personalidad jurídica propia. Se debería llevar a cabo un examen caso por caso sobre si se cumplen las condiciones adecuadas que den lugar a una situación de verdadero control análogo entre el encomendante y su medio propio. Es más un supuesto de ejecución obligatoria del servicio que un control sobre la persona jurídica.

3.1.1 Relativización del requisito del control análogo

A pesar de que la Sentencia *Teckal* dejase patente la necesidad de exigir un verdadero y determinante control análogo del ente encomendante sobre el ente encomendado, la jurisprudencia del TJCE, a la vista de nuevos casos, ha relativizado este criterio al permitir lo que se conoce comúnmente como “encomiendas cruzadas”.

Las encomiendas cruzadas son los encargos que una entidad del sector público dependiente de una Administración territorial realiza a otra entidad del sector público que depende de otra Administración territorial diferente⁵². Esta forma de entender el traspaso de medios propios entre diferentes administraciones se puso de manifiesto en la Sentencia *Tragsa*⁵³.

Por ahondar en la cuestión con cierto orden cronológico nos referiremos en primer lugar a la Sentencia *Parking Brixen*. En este caso el TJCE declaró que “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

⁵¹ Moll Fernández-Figares, L. S., *Los encargos a medios propios en la legislación actual*, op. cit. página 56 y 57.

⁵² Moll Fernández-Figares, L.S., “Los encargos a medios propios”, Conferencia online, op. cit.

⁵³ Sentencia TJCE, de 19 de abril de 2007, asunto C-295/05.

importantes”. Como señala Pernas García, a la vista de esta opinión jurisprudencial no parece posible que pueda permitirse que un ente territorial pueda encargar a un medio propio de otro ente diferente⁵⁴.

Más adelante en la Sentencia *Carbotermo* el TJCE señaló 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, según los términos del apartado 50 de la sentencia *Teckal*”.

Todas estas afirmaciones fueron matizadas, como decíamos, en la Sentencia posterior del caso *Tragsa*, en la que se cambió la terminología de “sin ser un indicio decisivo” por “en principio”⁵⁵. En este caso el TJCE declaró que Tragsa es una sociedad estatal de cuyo capital público participa tanto el Estado español como las Comunidades Autónomas, concluyendo que se trata de un medio propio instrumental de todas estas entidades y que está obligada a realizar la actividad que se le encomiende en cuantas materias constituyan su objeto social⁵⁶. El Abogado General del caso reclamaba al Tribunal que Tragsa no quedara fuera de la aplicación de la normativa de contratación pública de la Comunidad Europea alegando que no se cumplía el requisito de que los entes públicos pudieran ejercer una influencia decisiva y directa sobre Tragsa porque su estatuto legal no delimitaba el volumen de sus actividades para los diferentes entes públicos que la controlaban⁵⁷ y que, en algunos casos, era una participación muy minoritaria en su capital, y, por lo tanto, no podía determinarse el requisito del control análogo en relación con la realización de la parte esencial de su actividad para el ente encomendante. El TJCE finalmente rechaza la aplicación de la normativa de contratos públicos sobre Tragsa alegando la siguiente justificación:

⁵⁴ Pernas García, J.J., “La exigencia de ‘control análogo’ en las encomiendas a medios propios”, *op. cit.*, páginas 245.

⁵⁵ Moll Fernández-Figares, L. S., *Los encargos a medios propios en la legislación actual*, *op. cit.* página 29.

⁵⁶ Resumen arrojado por el análisis de la Sentencia Tragsa de Uría Menéndez, “Sentencia del TJCE respondiendo a la petición de decisión prejudicial en el asunto Tragsa sobre contratación in house”, *Foro de actualidad jurídica*, Núm. 17, 2007.

⁵⁷ Uría Menéndez, “Sentencia del TJCE respondiendo a la petición de decisión prejudicial en el asunto Tragsa sobre contratación in house”, *op. cit.* página 67.

En lo que se refiere al primer requisito, relativo al control de la autoridad pública, de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia resulta 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, en principio, que este poder adjudicador ejerce sobre dicha sociedad un control análogo al que ejerce sobre sus propios servicios. [...] que el 99 % del capital social de Tragsa pertenece al Estado español, directamente y a través de una sociedad holding y de un fondo de garantía, y que cuatro Comunidades Autónomas, titulares cada una de una acción, poseen el 1 % de dicho capital. A este respecto, no cabe acoger la tesis de que sólo se cumple este requisito para los trabajos realizados por encargo del Estado español, quedando excluidos los que hayan sido encargados por las Comunidades Autónomas, con respecto a las cuales Tragsa debe ser considerada un tercero. [...] En cuanto al segundo requisito, conforme al cual Tragsa debe realizar lo esencial de su actividad con el ente o entes públicos a los que pertenece, de la jurisprudencia resulta que, cuando son varios los entes territoriales que controlan una empresa, este requisito puede considerarse satisfecho si dicha empresa realiza lo esencial de su actividad, no necesariamente con uno u otro de estos entes territoriales, sino con dichos entes territoriales considerados en conjunto⁵⁸.

En estos casos de encomiendas cruzadas podemos comprobar cómo el principio de autoorganización de las Administraciones Públicas se diluye al permitir que se conecten distintos entes de distintas Administraciones. La duda residía en si el ente encomendante que ejercía control análogo sobre la entidad Tragsa cuando se trataba de una pluralidad de entes territoriales a los que Tragsa aportaba sus servicios sin delimitación estatutaria y con participaciones minoritarias en algunos de los casos. El TJCE ha permitido que este tipo de encargos se encuadren en la figura de los medios propios y se escapen de la aplicación de la normativa sobre contratación pública, justificándose en la obligatoriedad que reside en la actuación del medio propio sobre el ente encomendante del encargo independientemente del porcentaje de titularidad que ostenten los entes que controlan al medio propio. Parece, pues, que el control análogo no tiene por qué configurarse en una relación bilateral sino que se puede predicar un control colectivo y que se pueden realizar encargos por parte de medios propios que pertenecen a una Administración distinta a la que encarga.

Este nuevo giro interpretativo acerca del control análogo se repite en la Sentencia *Coditel*. En este caso la cuestión versaba sobre la forma en que debía ejercitarse ese control

⁵⁸ Sentencia TJCE, de 19 de abril de 2007, asunto C-295/05, párrafo 57.

análogo cuando eran varios los entes que controlaban a un mismo medio propio. El Tribunal afirmó lo siguiente:

Sería coherente [...] que el requisito del control que ejercen las autoridades públicas puede cumplirse también teniendo en cuenta el control ejercido conjuntamente sobre la entidad concesionaria por dichas autoridades públicas. La jurisprudencia exige que el control ejercido sobre la entidad concesionaria por una autoridad pública concedente sea análogo al que dicha autoridad ejerce sobre sus propios servicios, pero no que sea totalmente idéntico a éste”. De la misma forma “[...] lo esencial es que el control ejercido sobre la entidad concesionaria sea efectivo, no es indispensable que sea individual. [...] cabe descartar normalmente que una de esas autoridades ejerza por sí sola un control determinante sobre las decisiones de ésta, a menos que posea una participación mayoritaria en esa entidad. Exigir en dicho supuesto que el control ejercido por una autoridad pública fuera individual tendría como consecuencia la imposición de la convocatoria de una licitación en la mayoría de los casos en que una autoridad pública tuviera intención de adherirse a un grupo [...].⁵⁹

Esta opinión jurisprudencial vertida por la Sentencia *Tragsa* y confirmada en resoluciones posteriores ha sido duramente criticada por parte de la doctrina. Destaca, al respecto, el magistrado del Tribunal Supremo Manuel Campos Sánchez Bordona cuando expone que “[...] si cualquier empresa pública puede ser considerada como un medio instrumental y servicio técnico propio de cualesquiera de las administraciones públicas que posean en ella una participación ínfima y meramente simbólica, el requisito del ‘control análogo al que ejercen sobre sus propios servicios’ queda indudablemente devaluado. [...] Los riesgos que esta ‘apertura’ interpretativa comporta para la efectividad del sistema comunitario de contratación pública, que incluye los principios de publicidad, transparencia y no discriminación, son evidentes⁶⁰”.

3.1.2 Titularidad del capital o patrimonio

Este requisito ha sido expuesto por la ley y por parte de la doctrina como requisito independiente del resto. Pese a ello y a sabiendas de la relación que guarda con el requisito

⁵⁹ Sentencia TJCE, de 13 de noviembre de 2008, asunto C-324/07, párrafos 45-47.

⁶⁰ Voto particular del Magistrado del Tribunal Supremo Manuel Campos Sánchez Bordona a la Sentencia del Tribunal Supremo de 30 de enero de 2008, citado por Pernas García, J.J., “La exigencia de ‘control análogo’ en las encomiendas a medios propios”, *op. cit.*, páginas 263 y 364.

del control análogo, ya que se constituye jurisprudencialmente como uno de sus indicios, creemos necesario construir la explicación como parte del mismo.

Reza el artículo 32 c) de la LCSP que “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”.

Los Tribunales Administrativos de Contratación Pública se han pronunciado sobre este requisito de la siguiente manera: “c) Respecto del requisito de no participación de capital privado en la entidad que tiene la condición de medio propio, el mismo ya está recogido en el artículo 24.6 del TRLCSP. Si bien el artículo 12.1 c) de la Directiva permite que en ciertos casos se exceptúe esta regla por las disposiciones legales nacionales, el texto refundido no recoge dicha excepción, lo que constituye una situación respetuosa con el contenido de la Directiva, en tanto en cuanto amplía el ámbito de aplicación de la misma y no se opone a sus principios generales, consecuentemente esta excepción carece de efecto directo, al no existir previsión normativa alguna al respecto. Se trata de una previsión de muy difícil encaje en el sistema normativo español”⁶¹.

La nueva LCSP establece de forma imperativa la necesidad de que la totalidad del capital o patrimonio del medio propio sea de titularidad o aportación pública, por lo que vemos cómo el ordenamiento jurídico español no incorpora la posibilidad de prever, bajo ciertas condiciones, una participación de capital privado en los medios propios, dejando atrás la situación de inaplicación directa de la Directiva como consecuencia de la falta de coordinación con el ordenamiento interno.

Este requisito está íntimamente conectado con la protección de los intereses generales y públicos de las Administraciones evitando que cualquier influjo privado, aunque pudiera ser una participación minoritaria en las sociedades mercantiles, pueda desvirtuar la actuación pública y los principios que la inspiran, como lo es el principio de igualdad y no discriminación que debe imperar en el trato de la Administración con los particulares

⁶¹ Tribunales Administrativos de Contratación Pública, “Los efectos jurídicos de las directivas de contratación pública ante el vencimiento del plazo de transposición sin nueva ley de contratos del sector público”. Documento de estudio presentado y aprobado en reunión de Madrid, 1 de marzo 2016.

que le prestan servicios. La seguridad jurídica que supone dejar fuera del campo de actuación de los medios propios al capital privado es palmaria.

3.2 Realizar la parte esencial de la actividad para los entes encomendantes que los controlan

Realizar la parte esencial de la actividad para los entes encomendantes que los controlan forma parte de la propia definición y fundamento de la figura del medio propio por cuanto excluye la libertad propia de las relaciones de naturaleza obligatoria a la vez que asegura, en parte, la competencia del libre mercado controlando la actividad de aquellos que se eximen de la obligación de licitar un contrato de naturaleza pública⁶². Habiendo sido demandada una mayor concreción de este requisito por la doctrina la nueva LCSP establece en el artículo 32.2.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 el poder adjudicador que hace el encargo y que lo controla o por otras personas jurídicas controladas del mismo modo por la entidad que hace el encargo”. La medida se llevará a cabo “tomando en consideración el promedio del volumen global de negocios, 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 entidad, u otro indicador alternativo de actividad que sea fiable, y todo ello referido a los tres ejercicios anteriores al de formalización del encargo”.

Como podemos observar, el requisito se expone de manera concisa y concreta sobre un porcentaje. Solamente en lo restante, un 20 por ciento, podrá el medio propio ofrecer actividad a operadores privados⁶³. Empero, los indicadores de cálculo de la cantidad referida son poco precisos, aunque este efecto puede mitigarse en cierta medida mediante la obligatoriedad de plasmar el cumplimiento efectivo del requisito en la Memoria, que será debidamente auditada.

⁶² Montoya Martín, E., “Los medios propios y servicios técnicos de la Administración (...)”, *op. cit.* página 96.

⁶³ Gómez-Acebo & Pombo, “Los nuevos requisitos de la contratación *in-house* [...]”, *op. cit.* página 5.

3.3 Obligatoriedad de establecer en los estatutos el reconocimiento de medio propio

La nueva LCSP estipula en el artículo 32.2.d) que “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 creación⁶⁴”. Se recogen en la misma letra del artículo las condiciones que deben recogerse en los estatutos. Así “el 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”.

3.4 Autorización y verificación expresa

El mismo artículo 32.2 de la LCSP al que nos venimos refiriendo añade dos nuevos requisitos a tener en cuenta para configurar un medio propio en su letra d): “1º Conformidad o autorización expresa del poder adjudicador respecto del que vaya a ser medio propio. 2º 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”.

Estos requisitos tienen el objetivo de evitar la subcontratación del propio medio propio por carecer este de los recursos que son necesarios para llevar a cabo la actividad encomendada⁶⁵. El Tribunal de Cuentas⁶⁶ se ha hecho eco de la problemática de la subcontratación en diversos informes de fiscalización de las encomiendas de gestión, de los cuales se extraen las siguientes conclusiones.

⁶⁴ Como señala Gómez-Acebo & Pombo en “Los nuevos requisitos de la contratación *in-house* [...]”: “ya no se habla de norma, sino de acto de creación, con lo que se reconoce implícitamente la posibilidad de creación del ente encomendado por acuerdo de los órganos de gobierno de la Administración de que se trate, como se reconoce ya en el Decreto Foral 23/2014, por el que se regulan los encargos a entes instrumentales de la Administración en la Comunidad Foral de Navarra”. *Op. cit.*, página 6.

⁶⁵ Gómez-Acebo & Pombo, “Los nuevos requisitos de la contratación *in-house* [...]”, *op. cit.* página 7.

⁶⁶ Informes de fiscalización Núm. 1003 y 1088, *op. cit.*

En primer lugar, la encomienda de gestión no deja de ser un encargo sobre la realización de una determinada prestación la cual debe ser cumplida. Dicho esto, solo cuando se elija a un medio propio lo suficientemente cualificado técnica y materialmente para llevar a cabo la prestación señalada se estará dando un verdadero sentido a la figura. En segundo lugar, existen medios propios cuya normativa reguladora establece límites específicos a la subcontratación, pero no se establecen los límites generales ni los controles que permitan conocer el verdadero grado de subcontratación. Finalmente, la consecuencia que se deriva del descontrol sobre la subcontratación resulta grave por cuanto a esta modalidad de llevar a cabo prestaciones no aplica la normativa reguladora de la contratación pública con el mismo rigor que en los casos donde las Administraciones Públicas son los órganos de contratación, lo que deriva en menores garantías para el interés público al romper con los principios inspiradores de la normativa.

Esto último tiene especial relación con el artículo 32.7.a) que establece que a los negocios jurídicos que realicen los medios propios de conformidad con todos los requisitos que les son exigidos se les aplicará la LCSP en los términos que sean procedentes y de acuerdo con la naturaleza de la entidad que los celebre y el tipo y valor estimado de los mismos y, en todo caso, cuando el medio propio no sea un poder adjudicador, a lo cual será de aplicación las normas contenidas en el Título I del Libro Tercero de la propia ley. A esto nos referimos *ut supra* al analizar las características principales de los encargos a medios propios. Es importante recordar que la finalidad última de realizar un encargo a un medio propio es que el ente del que dependa agilice y mejore la calidad de su actividad pública y es por eso por lo que escapan de la regulación en materia de contratos del sector público, por lo que nunca quedaría justificado que las relaciones y negocios jurídicos que celebre el medio propio con terceras partes no que se acoja a la normativa y a la LCSP.

El límite específico que concreta el requisito de la verificación de los medios personales y materiales encuentra su desarrollo en el artículo 32.7.b) que añade que “el importe de las prestaciones parciales que el medio propio pueda contratar con terceros no excederá del 50% de la cuantía del encargo”. Este es el nuevo límite general a la subcontratación que no podrá ser rebasado por ninguna normativa específica de los medios propios administrativos. Esta limitación sobre la subcontratación no será de aplicación a los contratos de obras que celebren los medios propios a los que se haya encargado una concesión de obras o de servicios, ni a aquellos supuestos en los que la gestión del servicio

público se lleve a cabo mediante la creación de entidades de derecho público destinadas a este fin o se atribuya a una sociedad de derecho privado cuyo capital sea de titularidad pública en su totalidad.

4. INCIDENCIA DEL MEDIO PROPIO EN EL DERECHO DE LA COMPETENCIA

La utilización de medios propios por parte de la Administración Pública tiene carácter lícito y está contemplado y regulado su uso en diversas normas tanto de origen europeo como de origen interno. Ahora bien, que se permitan no quiere decir que los efectos de su uso no puedan suponer restricciones al Derecho de la competencia y que conviene conocer.

La CNC elaboró en el año 2013 un informe⁶⁷ en el que se recogen los principales efectos que puede producir encargar a medios propios la ejecución de obras o servicios sin pasar por el trámite de licitación pública al que obliga la normativa de contratos del sector público, informe que ya hemos tenido ocasión de mencionar con anterioridad y del cual extraemos las siguientes conclusiones.

Al no constituir un contrato la relación jurídica por la que el medio propio lleva a cabo las prestaciones encargadas por el ente encomendante, la operación se enmarca en una relación interna del organismo público correspondiente. Esto implica el cierre de la posibilidad de llevar a cabo la prestación al resto de operadores del mercado además del menoscabo al principio de igualdad de trato. En muchas ocasiones estas prestaciones pueden consistir en auténticas oportunidades de trabajo para empresarios del sector privado y, como consecuencia de ello, queda patente la falta de competitividad y eficiencia en las ofertas presentadas. Resulta de especial gravedad al respecto las llamadas encomiendas o encargos “marco” globales⁶⁸ por la cual se encarga al medio propio el desarrollo de una serie de prestaciones, no necesariamente relacionadas entre sí, por un período temporal amplio, o el caso de encargos de menor duración que tienen carácter

⁶⁷ Informe del Consejo de la CNC, “Los medios propios y las encomiendas de Gestión: Implicaciones de su uso desde la óptica de la promoción de la competencia”, *op. cit.*

⁶⁸ Informe del Consejo de la CNC, “Los medios propios y las encomiendas de Gestión [...]”, *op. cit.* página 31.

renovable. La CNC indica que, en general, los plazos se erigen como barreras de entrada para nuevos operadores que ven imposibilitado su acceso al mercado.

Un ejemplo de encomiendas de gestión, o encargo, de objeto amplio se menciona en el citado informe y sería la Encomienda general por la que se reestructura la prestación de servicios de administración electrónica realizados por la Fábrica Nacional de Moneda y Timbre-Real Casa de la Moneda en el ámbito de la Administración General del Estado cuyo objeto es la prestación de servicios de certificación, firma y de administración electrónica tanto a la Administración General del Estado como en el resto de organismos y entidades públicas vinculadas a la que podrán incorporarse otros servicios derivados del desarrollo de la actividad si así fuese acordado por el Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas⁶⁹. En este caso se prevé expresamente la agrupación de todas las encomiendas en una sola sin perjuicio de los entes encomendantes puedan acordar el vencimiento, extinción o prórroga de las mismas, incluida la contratación con entidades públicas o privadas distintas a la entidad encomendaria. A juicio de la CNC parece esta una solución que la Administración prevé siendo consciente del peligro que implica su uso respecto del mercado global y es por ello que se obliga a los poderes adjudicadores de dichos encargos a observar el propio mercado antes de acudir a esta forma de llevar a cabo la prestación.

Otro de los problemas resulta de la ya mencionada posibilidad de que los medios propios subcontraten parte de su actividad. A pesar de que la nueva LCSP limite de forma mucho más concisa el alcance de la subcontratación para la realización de prestaciones que les han sido encomendadas a los medios propios, esta práctica sigue generando el riesgo de que si se subcontrata con entidades de naturaleza pública empresarial o sociedades mercantiles públicas la LCSP se les aplica con menor intensidad que si se eligiera una Administración Pública, quedando trámites como la preparación y adjudicación de los contratos claramente mermados en cuanto al seguimiento de la regulación administrativa en materia de contratos⁷⁰.

⁶⁹ Informe del Consejo de la CNC, “Los medios propios y las encomiendas de Gestión [...]”, *op. cit.* página 31. Esta encomienda o encargo la realizó la Ley 17/2012, de 27 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el Año 2013.

⁷⁰ Informe del Consejo de la CNC, “Los medios propios y las encomiendas de Gestión [...]”, *op. cit.* página 31.

Al mismo tiempo la CNC advierte sobre la ausencia de publicidad, transparencia y centralización de la información acerca de los encargos. El resultado es un déficit de indicaciones acerca de la rentabilidad posible que pueda resultar de comparar el uso del medio propio administrativo y la licitación pública hacia operadores privados en búsqueda de la opción más eficiente, al mismo tiempo que dificulta conocer los efectos del uso de este instrumento administrativo atendiendo a la verdadera dimensión de la figura⁷¹.

Los entes encomendantes tienen la obligación por ley de establecer las tarifas de compensación de los servicios solicitados a medios propios con carácter previo atendiendo al coste del servicio sin arrojar beneficio alguno. Pues bien, la realidad práctica del establecimiento de las tarifas *ex ante* conlleva el riesgo de no poder ser exactos en su cálculo y cuantía ya que implica un ejercicio de aproximación al coste global y no tanto al coste individual de los elementos que integrarían el encargo, además del hecho de que la duración de los encargos puede ser variable y en ciertos casos prolongada en el tiempo. Esto, unido al hecho de que se establecen de manera unilateral por el ente encomendante sin que se produzca negociación alguna acerca de las condiciones y eficiencia de costes puede ocasionar distorsiones en el gasto público en el que finalmente se incurra⁷².

La CNC, con vistas a las consecuencias que a largo plazo pudiera tener el uso excesivo o inadecuado de los encargos a medios propios, resalta en su informe lo siguiente:

En definitiva, desde un punto de vista dinámico, la atribución sistemática de encomiendas de gestión a dichos medios propios puede contribuir determinadamente a la profundización en la asimetría entre estos operadores y sus competidores efectivos o potenciales. Las ventajas indicadas permitirían la consolidación de medios propios de cada vez mayor tamaño y capaces de desarrollar un mayor número de funciones. A su vez, esto acrecentaría el incentivo de las Administraciones matrices a encomiendas de tareas, en lugar de someterlas a licitación. Con ello, se aminorarán las posibilidades de que exista competencia efectiva, en perjuicio último de las propias entidades encomendantes: a medida que se incremente el número y valor de las

⁷¹ Informe del Consejo de la CNC, “Los medios propios y las encomiendas de Gestión [...]”, *op. cit.* página 36.

⁷² Informe del Consejo de la CNC, “Los medios propios y las encomiendas de Gestión [...]”, *op. cit.* página 43.

encomiendas asignadas, será menos probable que los operadores privados puedan replicar la posición del medio propio para competir en futuros encargos o licitaciones⁷³.

5. ¿SE HA DADO EFECTIVA RESPUESTA A LA INCERTIDUMBRE SOBRE LA FIGURA DEL MEDIO PROPIO CON LA NUEVA REGULACIÓN DE LA FIGURA?

La doctrina anterior a la entrada en vigor de la Directiva de 2014 y, como consecuencia de la misma, de la nueva LCSP en España, ya ponía de manifiesto las “luces rojas”⁷⁴ en materia de encomiendas de gestión así como las necesidades que debía recoger la nueva regulación en aras de controlar el uso de una figura que forma parte activamente del gasto público y frena la concurrencia pública de empresas a la llamada de gestión de obras o servicios por parte de la Administración. Como vemos, dos son las autoridades que más han denunciado la falta de adecuación del medio propio y de la encomienda de gestión a la realidad práctica de las Administraciones Públicas, la fiscalización del Tribunal de Cuentas y la incidencia en materia de competencia de la CNC.

Moreo Marroig, en un esfuerzo por condensar las preocupaciones anteriores a la nueva regulación, llamaba la atención sobre los documentos de ambas instituciones como una especie de “código penal de las encomiendas, pues en él se tipifican las conductas que deben evitarse, bien mediante decisiones del órgano de contratación o bien mediante una regulación específica, concreta y restrictiva”⁷⁵.

Entendiendo el cambio temporal y de circunstancias entre el análisis de Moreo Marroig y el presente trabajo, toca ahora comprobar si las recomendaciones que demandaban tanto el Tribunal de Cuentas como la CNC han encontrado sentido en la nueva normativa en materia de contratos del sector público.

- En cuanto al concepto, se requerían modificaciones en el concepto de encomienda de gestión y, sobre todo, el cambio en la denominación de esta figura.

⁷³ Informe del Consejo de la CNC, “Los medios propios y las encomiendas de Gestión [...]”, *op. cit.* página 57.

⁷⁴ Moreo Marroig, T., “¿El Código Penal de las Encomiendas?”, *Fiscalización.es* (disponible en <https://fiscalizacion.es/2013/12/21/teresa-moreo/>; última consulta 17/03/2018).

⁷⁵ Moreo Marroig, T., “¿El Código Penal de las Encomiendas?”, *op. cit.*

- En cuanto a la normativización, se requería asegurar que las entidades instrumentales cumplan, en la práctica y en sus Estatutos, los requisitos del verdadero carácter del medio propio, así como la regulación integral que implica dotar a esta figura de mayor seguridad jurídica y control, además de confirmar que cuenten con los medios efectivos para llevar a cabo los encargos.
- En cuanto a los requisitos, se requería concretar el concepto de control análogo, el porcentaje de actividad mínimo sobre el ente encomendante y que los estatutos delimitaran las concretas competencias que pudieran ejercer, así como obligar a la justificación por razones de economía y eficiencia de esta vía frente al trámite de la contratación pública.
- En cuanto a los pormenores de su utilización, se requería que la contraprestación sufragase los costes sin aportar beneficio, mayor rigor en la aprobación de las tarifas, limitar el ejercicio de la subcontratación y fortalecer el control *ex ante* y *ex post* de la utilización de los medios propios que verifiquen su adecuación a la normativa.

En primer lugar, la nueva nomenclatura sí que ayuda a poner fin a la confusión existente entre las dos figuras referidas a la encomienda de gestión a la que nos hemos referido en el segundo epígrafe de esta obra. Además, el concepto de encomienda al que se refiere el artículo 6 de la LCSP abandona la palabra “contrato” para referirse a “convenio” y mejorar así la comprensión de la naturaleza de la prestación que se exige por parte de los medios propios, aunque como ya se ha expuesto con anterioridad la naturaleza jurídica del encargo sigue siendo muy difusa y no encaja en ningún concepto jurídico al uso.

En segundo lugar, las exigencias de regulación exhaustiva de los Estatutos de los medios propios así como la exigencia que se deriva del artículo 32.2.d) 2º sobre la verificación de los medios personales y materiales apropiados del medio propio para realizar los encargos de conformidad con su objeto social deja fuera de toda duda que pueda aprobarse la creación de un medio propio que no cuente con esta verificación. Faltaría poder ver cómo en la práctica se lleva a cabo esta tarea de verificación, con qué períodos y medios de control se vigilaría su aprobación y la aplicación del artículo 32.5 que obliga a la pérdida de la condición de medio propio por falta de cumplimiento de los requisitos exigibles.

En tercer lugar, y en íntima conexión con el cumplimiento de los requisitos expuestos en el párrafo anterior, la delimitación que se establece sobre el concepto de control análogo encuentra especificidad en el porcentaje concreto de actividad que debe prestar el medio propio a su ente encomendante, un 80 por ciento del total de volumen de negocios, lo que permite que un 20 por ciento de su actividad pueda dirigirse al mercado de operadores privados. Si bien es cierto que el porcentaje aclara de forma sustantiva lo que la jurisprudencia del TJCE y el legislador europeo venían demandando, no queda claro, a la luz del texto legislativo, con qué rigurosidad debe realizarse la verificación por parte del auditor de cuentas que deba conocer de las Cuentas Anuales del medio propio y, en concreto, del documento contable de la Memoria, lugar donde, según la ley, deberá quedar reflejado el cumplimiento de este requisito sin ninguna otra indicación al respecto.

Finalmente y atendiendo a las diversas demandas expuestas, respecto de que la contraprestación que reciba el medio propio se estime únicamente en base a coste real soportado sin arrojar beneficio a la entidad, queda clarificado en la lectura del artículo 32.2.a).3º párrafo, así como la obligatoriedad de la aprobación de las tarifas con carácter previo al encargo, quedando por ver cómo se determinarán estas tarifas en la normativa reglamentaria de desarrollo. Asimismo, la limitación al ejercicio de la subcontratación sí resulta patente en la redacción de la LCSP al estar limitada en un 50 por ciento de la cuantía del encargo según establece el artículo 32.7.b). Y en cuanto al control que debe soportar el medio propio tanto en la fase previa a su creación como en la actuación posterior de fiscalización de su actividad, quizás es el punto donde menos se concreta en la LCSP, debiendo estar al cumplimiento de los requisitos y de las consecuencias previstas para el caso contrario.

Podemos concluir que si bien pueden nacer ahora dudas respecto a la figura del medio propio derivada de su nueva regulación, está claro que el esfuerzo del legislador europeo con base en la jurisprudencia que durante tantos años ha intentado aportar luz sobre la regulación de este servicio del que disponen las Administraciones Públicas para cumplir con sus deberes, obligaciones y competencias escapando de la normativa sobre contratación pública ha dado sus frutos en cuanto a una regulación mucho más exhaustiva de la que existía que pretende acabar con el uso inadecuado que se estaba llevando a cabo de los medios propios, cuya incidencia en el gasto público y en el derecho a la libre competencia estaban causando más de una alerta, las cuales han sido puestas de

manifiesto en reiteradas ocasiones por parte del Tribunal de Cuentas y de la CNC en los diversos informes publicados sobre la materia.

A partir de la aprobación y publicación de la nueva LCSP habrá que estar a la forma de ejecución de lo que su articulado exige respecto de la figura del medio propio y de la naturaleza de los encargos que puede llevar a cabo.

CONCLUSIÓN

La figura del encargo al medio propio administrativo es una excepción a la regla general. Este regla obliga a la Administración Pública y a todos los organismos que la componen a seguir una serie de normas para evitar influjos privados en la misma. La neutralidad es una de las principales características de los poderes públicos en un Estado de Derecho.

Como una excepción debería tratarse el encargo a los medios propios pero ello no implica que su existencia carezca de justificación. Actualmente la Administración requiere y presta servicios tantos o más como el resto de la sociedad. Vivimos en un mundo globalizado, en un mercado único europeo y en un país social y democrático de Derecho, lo que obliga a estar constantemente al servicio del ciudadano y a mantener servicios públicos a la vez que a procurar la libertad del mercado y de los operadores que lo integran. ¿Es esta combinación posible?

El medio propio se configura como una herramienta más al servicio de la Administración y, por ende, de todos los españoles. Gracias a esta figura la eficacia y rapidez en la respuesta administrativa es sorprendente y acarrea muchas consecuencias positivas en la prestación de servicios al reducir las formalidades y mecanismos de licitación pública para ciertas prestaciones que se ven perjudicadas por el peso de la burocracia. Pero esta burocracia es, al mismo tiempo, la única forma que existe de mantener la neutralidad de la Administración a los niveles propios de la democracia. Solo si permitimos que las empresas privadas liciten libremente conseguimos que los intereses privados se aparquen para dar paso a la transparencia que tanta falta hace en los tiempos que corren.

Es por todo ello que el pensamiento sobre el uso de estos medios propios siempre tiene que ser restrictivo. Configurando la normativa reguladora suficientemente concisa y estableciendo unos mecanismos de control adicionales que procuren seguridad al mercado podremos encontrar un equilibrio entre la prestación de servicios públicos de calidad y la neutralidad de la Administración.

La nueva Ley de Contratos del Sector Público es un paso hacia delante en este sentido, agrupando los requisitos de aplicación a la configuración de los medios propios y las

características que tiene que cumplir los encargos que los entes encomendantes les requieran.

Sin duda está por ver el cumplimiento de los requisitos y cómo se va a proceder a encontrar las irregularidades sobre su utilización, además de que resultaría necesaria más transparencia fiscal sobre los recursos públicos que consumen y su frecuencia de empleo. Muy probablemente con el paso del tiempo esta figura como el resto de normativa contractual necesite ser renovada ya que el mercado de prestación de obras y servicios mueve a Europa en una única dirección común y solo a él y a la sociedad que evoluciona deberá adaptarse la normativa que configura su desarrollo.

BIBLIOGRAFÍA

DOCTRINA

Arévalo, A., “¡Ya vienen los Reyes Magos! Una nueva ley de contratos para las Administraciones Públicas”, *Revista Parlamentaria de la Asamblea de Madrid*, Núm. 35, diciembre de 2016, páginas 137-147.

De Castro y Bravo, F., *El negocio jurídico*, Civitas, 1985.

Díez Picazo, L. y Gullón Ballesteros, A. *Sistema de Derecho Civil*, Vol. 1, Tecnos, 2012.

Gómez-Acebo & Pombo, “Los nuevos requisitos de la contratación *in-house* previstos en el Proyecto de Ley de Contratos del Sector Público y en la Ley 40/2015”, *Circulares Internas*, enero 2017.

González García, J.V., “Medios propios de la Administración, colaboración interadministrativa y sometimiento a la normativa comunitaria de contratación”, *Revista de Administración Pública*, Núm. 173, Madrid, mayo-agosto (2007), páginas 217-237.

Martínez Fernández, J.M., “Guía europea para autoridades públicas sobre la contratación pública de innovación”, *Observatorio de Contratación Pública*, 26/10/2015 (disponible en <http://www.obcp.es/index.php/mod.opiniones/mem.detalle/id.209/relcategoria.208/chk.1ce219980f1e7673745ce29e31863be4>; última consulta 18/03/2018).

Moll Fernández-Fígares, L.S., “Los encargos a medios propios”, Conferencia online (disponible en <https://discentius.com/curso/los-encargos-a-los-medios-medios-propios/>; última consulta 17/03/2018).

Moll Fernández-Fígares, L. S., *Los encargos a medios propios en la legislación actual*, Reus, Madrid, 2017.

Montoya Martín, E., “Los medios propios y servicios técnicos de la Administración en la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de contratos del sector público”, *Claves del Gobierno Local*, Núm. 9, 2009, páginas 65-106.

Moreo Marroig, T., “¿El Código Penal de las Encomiendas?”, *Fiscalización.es* (disponible en <https://fiscalizacion.es/2013/12/21/teresa-moreo/>; última consulta 17/03/2018).

Pascual García, J. *Las encomiendas de gestión a la luz de la Ley de contratos del sector público*, Boletín Oficial del Estado, Madrid, Marzo 2010.

Pernas García, J.J., “La exigencia de ‘control análogo’ en las encomiendas a medios propios”, REALA, *Revista de Estudios de la Administración Local y Autónoma*, Núm. 311, septiembre-diciembre 2009.

Uría Menéndez, “Principales novedades de la ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público”, *Circulares Internas*, Diciembre 2017.

Uría Menéndez, “Sentencia del TJCE respondiendo a la petición de decisión prejudicial en el asunto Tragsa sobre contratación in house”, *Foro de actualidad jurídica*, Núm. 17, 2007.

INFORMES, DICTÁMENES, ÓRGANOS CONSULTIVOS, INSTRUCCIONES Y CIRCULARES

Circular 6/2009, de 14 de julio, de la Abogacía General del Estado.

Dictamen del Consejo de Estado núm. de expediente 1116/2015, “Anteproyecto de la Ley de Contratos del Sector Público”, Hacienda y Administraciones Públicas, 10 de mayo de 2016.

Informe del Consejo de la CNC, “Los medios propios y las encomiendas de Gestión: Implicaciones de su uso desde la óptica de la promoción de la competencia”, aprobado en su sesión de 19 de junio de 2013.

Tribunal de Cuentas, “Informe de Fiscalización de las encomiendas de gestión de determinados ministerios, organismos y otras entidades públicas llevadas a cabo al amparo de la legislación que habilita esta forma instrumental de gestión administrativa”, Núm. 1088.

Tribunal de Cuentas, “Informe de Fiscalización de la utilización de la encomienda de gestión regulada en la legislación de contratación pública por los Ministerios, Agencias y Organismos Autónomos del área político-administrativa del Estado, ejercicios 2008-2013”, Núm. 1003.

Tribunales Administrativos de Contratación Pública, “Los efectos jurídicos de las directivas de contratación pública ante el vencimiento del plazo de transposición sin nueva ley de contratos del sector público”. Documento de estudio presentado y aprobado en reunión de Madrid, 1 de marzo 2016.

ANEXO I: NORMATIVA Y JURISPRUDENCIA

NORMATIVA

Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (BOE Núm. 285, de 17 de noviembre de 1992).

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 (BOE Núm. 276, de 16 de noviembre de 2011).

Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público (BOE Núm. 261, de 31 de octubre de 2007).

Ley 17/2012, de 27 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2013 (BOE Núm. 312, de 28 de diciembre de 2012).

Directiva 2014/23/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, relativa a la adjudicación de contratos de concesión (DOUE Núm. 94, de 28 de marzo de 2014).

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 (DOUE Núm. 94, de 28 de marzo de 2014).

Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público (BOE Núm. 236, de 2 de octubre de 2015)

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 (BOE Núm. 272, de 9 de noviembre de 2017).

JURISPRUDENCIA

Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas / Unión Europea

S. Teckal, de 18 de noviembre de 1999, asunto C-107/98.

S. Parking Brixen, de 13 de octubre de 2005, asunto C-458/03.

S. Carbotermo, de 11 de mayo de 2006, asunto C-340/04.

S. Econord Spa, de 29 de noviembre de 2012, Asuntos acumulados C-182/11 y C-183/11.

S. Asemfo/Tragsa, de 19 de abril de 2007, asunto C-295/05.

S. Coditel Brabant, de 13 de noviembre de 2008, asunto C-324/07.

Tribunal Supremo

STS de 30 de enero de 2008.