

De novo sobre os negocios xurídicos
excluídos da Lei de contratos
do sector público: encargos a
medios propios personificados e
transferencias de competencias
entre entidades públicas

**De nuevo sobre los negocios
jurídicos excluidos de la
Ley de contratos del sector
público: encargos a medios
propios personificados y
transferencias de competencias
entre entidades públicas**

56
Regap

Thinking again about exclusions
from the Spanish Public Sector
Contracts Act: In House Providing
contracts and transfers of
competences between public entities

Regap



ESTUDIOS

MARC VILALTA REIXACH

Profesor lector de Derecho Administrativo
Universidad de Barcelona
marc.vilalta@ub.edu

Recibido: 23/11/2018 | Aceptado: Aceptado: 20/12/2018

Resumo: Como vén sendo habitual, unha das cuestións problemáticas que derivan da aplicación da nova LCSP reside na determinación do seu ámbito material de aplicación, é dicir, que contratos deben quedar suxeitos á dita norma. Neste sentido, o noso traballo pretende contribuír a tal discusión, analizando xuridicamente dous dos supostos que poderían quedar excluídos do ámbito de aplicación da LCSP.

Así, en primeiro lugar, faise referencia ao réxime xurídico dos encargos aos medios propios personificados previsto no artigo 32 da LCSP, pondo especial atención nos requisitos que se exixen para recorrer a esta figura e as dúbidas que pode suscitar a súa aplicación práctica. A partir de aquí, a exposición céntrase en examinar outro suposto distinto que, aínda que ás veces se confunde cos encargos a medios propios, presenta unha singularidade e réxime xurídico propios. Referímonos ás transferencias de competencias entre entidades públicas.

Como se detalla na segunda parte do traballo, con esta denominación descríbense os supostos en que unha determinada entidade pública decide organizar a xestión das súas competencias directamente mediante a creación dunha entidade instrumental, supostos que, sempre que cumpran determinados requisitos, poden quedar excluídos do ámbito de aplicación da LCSP –e do réxime xurídico previsto para os encargos a medios propios personificados–.

Palabras clave: Contratación pública, encomenda de xestión, medios propios personificados, colaboración público-público, xestión de servizos públicos, xestión directa.

Resumen: Como viene siendo habitual, una de las cuestiones problemáticas que se derivan de la aplicación de la nueva LCSP reside en la determinación de su ámbito material de aplicación, es decir, qué contratos deben quedar sujetos a dicha norma. En este sentido, nuestro trabajo pretende contribuir a tal discusión, analizando jurídicamente dos de los supuestos que podrían quedar excluidos del ámbito de aplicación de la LCSP.

Así, en primer lugar, se hace referencia al régimen jurídico de los encargos a los medios propios personificados previsto en el artículo 32 de la LCSP, poniendo especial atención en los requisitos que se exigen para recurrir a esta figura y las dudas que puede plantear su aplicación práctica. A partir de aquí, la exposición se centra en examinar otro supuesto distinto que, aunque a veces se confunde con los encargos a medios propios, presenta una singularidad y régimen jurídico propios. Nos referimos a las transferencias de competencias entre entidades públicas.

Como se detalla en la segunda parte del trabajo, con esta denominación se describen aquellos supuestos en que una determinada entidad pública decide organizar la gestión de sus competencias directamente mediante la creación de una entidad instrumental, supuestos que, siempre que cumplan determinados requisitos, pueden quedar excluidos del ámbito de aplicación de la LCSP –y del régimen jurídico previsto para los encargos a medios propios personificados–.

Palabras clave: Contratación pública, encomienda de gestión, medios propios personificados, colaboración público-público, gestión de servicios públicos, gestión directa.

Abstract: One of the most problematic issues that arise from the application of the new LCSP lies on the determination of its material scope, that is, which contracts should be subject to this Act. In this sense, our work wants to contribute to this discussion, analysing two of the cases that could be excluded from the scope of application of the LCSP.

In this sense, firstly we will examine the legal framework of In House Providing relationships regulated in article 32 of the LCSP. On that point, we will pay special attention to the requirements use this institution and the doubts that may arise from its practical application.

Secondly, we will focus our explanation on the transfers of competences between publics entities. Although they are sometimes confused with In House Providing contracts, those transfers have their own singularity and legal framework. This is the reason why we will dedicate the second part of the paper to study this case and their requirements to be excluded from the scope of application of the LCSP.

Key words: Public procurement, in house providing contracts, exclusions, cooperative agreements, public-public cooperation, vertical cooperation, transfer of competences, public services.

Sumario: 1 Introducción. 2 Los sistemas de cooperación vertical en la nueva LCSP. 2.1 Primer requisito: la existencia de un control análogo al que se ejerce sobre sus propios servicios. 2.2 Segundo requisito: la realización de la parte esencial de su actividad con el ente adjudicador. 2.3 Tercer requisito: cuando se trate de personificaciones jurídico-privadas, su capital o patrimonio debe ser de titularidad o aportación pública. 2.4 Cuarto requisito: el reconocimiento formal de la condición de medio propio. 2.5 Recapitulación. 2.6 ¿Un quinto requisito? El carácter subsidiario de los encargos a medios propios personificados en el ámbito de la Administración general del Estado. 3 La redistribución de competencias entre entidades públicas. 3.1 Asunción de responsabilidades y autonomía decisoria. 3.2 Ausencia de retribución y autonomía financiera. 4 A modo de conclusión: encargos a medios propios personificados vs. transferencias de competencias entre entidades públicas.

1 Introducción

Sin lugar a duda, una de las cuestiones más complejas que se derivan de la aplicación de la normativa de contratos del sector público reside en la determinación de su ámbito material de aplicación. Ante la multiplicidad de relaciones que las diferentes entidades del sector público pueden establecer con otros actores, públicos o privados, no siempre resulta fácil identificar en qué supuestos estas relaciones deben quedar sujetas a las previsiones de la normativa contractual.

En este sentido, aunque, como venía sucediendo hasta ahora, la nueva Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de contratos del sector público (en adelante, LCSP), delimita su ámbito de aplicación material de un modo muy amplio –englobando todos los contratos onerosos, cualquiera que sea su naturaleza, que celebren las entidades del sector público con una persona

jurídica diferenciada (art. 2.1 LCSP)–, sigue previendo también toda una serie de negocios jurídicos, de carácter y contenido muy diverso, que quedan fuera de su ámbito de aplicación.

Uno de estos supuestos son las llamadas relaciones de *cooperación vertical*, que permiten a las diferentes entidades del sector público, siempre que cumplan estrictamente toda una serie de requisitos, poder encargar de forma directa –es decir, al margen de los procedimientos de adjudicación previstos por la ley– la realización de determinadas prestaciones contractuales a sus propios medios instrumentales personificados [art. 31.1 a) LCSP].

Aunque, como es sabido, la figura de los encargos contractuales a medios propios personificados no resulta nada desconocida en nuestro ordenamiento jurídico¹, lo cierto es que la nueva LCSP introduce algunas novedades importantes. No solo porque, a pesar de que sigue partiendo del mismo esquema conceptual existente hasta ahora, prevé una regulación mucho más extensa y detallada que la prevista anteriormente en el TRLCSP –algo que puede observarse fácilmente con la simple lectura de los artículos 32 y 33 de la LCSP–, sino también, y sobre todo, porque incorpora de forma expresa tanto el nuevo marco normativo comunitario que se deriva de la Directiva 2014/24/UE, de 26 de febrero, sobre contratación pública, como la interpretación que de esta ha venido haciendo el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (en adelante, TJUE)².

Esta nueva regulación, además, se dicta con carácter básico, al amparo del artículo 149.1.18 de la Constitución, por lo que, tal y como prevé expresamente la disposición final primera de la LCSP, resulta de aplicación general para todas las administraciones públicas y organismos y entidades dependientes de ellas³. En consecuencia, deberán entenderse derogadas todas las disposiciones –estatales, autonómicas o locales– de igual o inferior rango normativo que se opongan a aquello previsto en la nueva ley.

Es precisamente en este nuevo contexto normativo en el que debemos situar el objeto de nuestro trabajo. Así, en las páginas que siguen a continuación nos proponemos analizar el régimen jurídico de los encargos a los medios propios personificados previsto en la LCSP, poniendo especial atención en los requisitos que se exigen para recurrir a esta figura y las dudas que puede plantear su aplicación práctica. Ahora bien, a partir de aquí, nuestro trabajo pretende también diferenciar la figura de los encargos a medios propios personificados de otro supuesto que, aunque aparentemente puede presentar un perfil muy similar, jurídicamente parece configurarse de un modo distinto. Nos referimos a las transferencias de competencias entre entidades públicas.

Como veremos más adelante, a pesar de que presenta aún unos contornos un poco confusos, con esta denominación pretendemos describir aquellos supuestos en que una determinada entidad pública decide organizar la gestión de sus competencias directamente mediante la

- 1 Sin ir más lejos, el anterior Real decreto 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), ya recogía esta figura y establecía sus requisitos [véanse los artículos 4.1 n) y 24.6 del TRLCSP].
- 2 Es importante retener este dato por cuanto, como iremos viendo a lo largo de nuestra exposición, en materia de contratación pública la jurisprudencia del TJUE ha venido desarrollando un papel fundamental, conformándose como “un sólido y coherente derecho pretoriano, que sirve de fuente interpretativa y que limita aquellas opciones que puedan contravenir las reglas de la Unión Europea”. GIMENO FELIU, J.M., “La «codificación» de la contratación pública mediante el derecho pretoriano derivado de la jurisprudencia del TJUE”, *Revista Española de Derecho Administrativo*, n. 172, 2015, pp. 82-83.
- 3 Se excluye de este carácter básico el apartado c) del artículo 32.6 de la LCSP (véase la disposición final primera de la LCSP), de acuerdo con la corrección de errores publicada en el *Boletín Oficial del Estado*, n. 126, de 24 de mayo de 2018, p. 54197.

creación de una entidad instrumental. En estos casos, a diferencia de lo que sucede con los encargos a medios propios personificados (art. 32.1 LCSP), parecería que no estamos –ni tan siquiera desde un punto de vista formal– ante un acuerdo de voluntades de carácter bilateral, entre dos personas jurídicas diferenciadas, sino ante una decisión organizativa meramente unilateral. En consecuencia, por su propia naturaleza, esta decisión no daría lugar al nacimiento de un *contrato público* –en el sentido del artículo 2.1 de la LCSP– y, por lo tanto, podría quedar también excluida del ámbito de aplicación material de la LCSP.

No obstante, por el momento, dejemos aparcada esta discusión y centrémonos, en primer lugar, en analizar la regulación de los llamados *sistemas de cooperación vertical* [art. 31.1 a) LCSP], especialmente en lo que se refiere a los requisitos que se exigen para que una determinada entidad pueda ser considerada como un medio propio de la Administración.

2 Las relaciones de cooperación vertical en la nueva LCSP

Como ya sabemos, cuando la nueva LCSP regula los llamados *sistemas de cooperación vertical*, alude a los supuestos en que una entidad pública concreta decide encargar la realización de una determinada prestación contractual –la realización de obras, servicios o suministros– a sus propios medios materiales personificados y, por consiguiente, sin necesidad de recurrir contractualmente a ninguna entidad ajena a su propia organización.

Se refiere, por tanto, a una forma de actuación de la Administración pública cuya importancia, como veremos más adelante, reside en el hecho de que se atribuye la realización de prestaciones contractuales a otra persona jurídica diferenciada de un modo *directo*, esto es, al margen de los procedimientos competitivos de adjudicación de los contratos públicos previstos en la normativa contractual. Y es que cuando hablamos de sistemas de cooperación vertical nos referimos a relaciones puramente internas de la Administración que, aunque se formalicen entre dos personas jurídicamente diferenciadas, se producen en el seno de una misma organización administrativa, por lo que, desde un punto de vista material, no dan lugar al nacimiento de un verdadero *contrato público*.

Desde esta perspectiva, como apunta el propio enunciado del artículo 31 de la LCSP, los sistemas de cooperación pública vertical encontrarían su fundamento jurídico en la potestad de autoorganización propia de las diferentes entidades públicas. En efecto, la Administración pública, como cualquier otro sujeto, no está obligada a contratar nada que pueda hacer por ella misma⁴, de manera que el recurso a la contratación externa con los diferentes operadores económicos se convierte en una herramienta jurídica más a disposición de la Administración para el cumplimiento efectivo de sus fines, pero –como bien ha señalado nuestra doctrina– ni el derecho europeo ni nuestra Constitución incluyen preceptivamente un deber de los poderes públicos de garantizar un determinado mercado o nivel de contratación a los empresarios privados⁵.

4 En este sentido, el considerando 5 de la Directiva 2014/24/UE, de 26 de febrero, nos recuerda que ninguna disposición de la directiva obliga a los Estados miembros a subcontratar o externalizar la prestación de servicios que deseen prestar ellos mismos, previsión que se reitera con carácter normativo en el artículo 2 de la Directiva 2014/23/UE, de 26 de febrero, relativa a la adjudicación de contratos de concesión.

5 Se han referido a la potestad de autoorganización como el principal fundamento de los encargos a medios propios personificados, entre otros muchos, SOSA WAGNER, F., “El empleo de los recursos propios por las administraciones locales”, Cosculluela Montaner, L. (coord.), *Estudios de Derecho Público Económico. Libro homenaje al Prof. Dr. D. Sebastián Martín-Retortillo*, Civitas, Madrid, 2003, p. 1317; HUERGO

De hecho, el propio TJUE se ha referido también a estas ideas cuando –por ejemplo, en la Sentencia de 11 de enero de 2005, asunto C-26/03, *Stadt Halle*– afirma que las directivas europeas sobre contratación pública no impiden que una autoridad pública pueda realizar las tareas de interés público que le correspondan con sus propios medios administrativos, técnicos y de cualquier otro tipo, sin verse obligada a recurrir a entidades externas y ajenas a sus servicios, añadiendo que, en tales supuestos, no existiría un contrato a título oneroso celebrado con una entidad jurídicamente distinta de la entidad adjudicadora y, por lo tanto, no habría lugar a aplicar las normas europeas sobre contratación (F. J. 48)⁶.

Ahora bien, una vez admitida genéricamente la posibilidad de que la Administración pública pueda valerse de sus propios recursos materiales –incluso personificados– para el cumplimiento de sus funciones, se nos plantea otra duda igualmente importante: ¿cuáles son los criterios que, de acuerdo con la legislación española, permiten considerar que la Administración actúa a través de “sus medios propios personificados” [art. 31.1 a) LCSP]? En otras palabras, ¿en qué supuestos podemos afirmar que estamos ante una relación de carácter meramente interno?⁷

Para responder esta pregunta debemos tener en cuenta, en primer lugar, que la nueva LCSP establece un régimen diferenciado en función de si el encargo a los medios propios personificados es realizado por un poder adjudicador (art. 32 LCSP) o bien por otra entidad del sector público que no tenga esta consideración (art. 33 LCSP). Es cierto que, desde un punto de vista general, los requisitos que se exigen en ambos casos son conceptualmente similares, pero también lo es que la regulación prevista para los encargos efectuados por las entidades del sector público que no son poderes adjudicadores resulta menos densa y un poco más flexible.

En nuestra opinión, desde un punto de vista meramente formal, esta dualidad de regímenes podría explicarse por el hecho de que la Directiva 2014/24/UE, de 26 de febrero, sobre contratación pública, se refiere únicamente a los contratos públicos formalizados por los *poderes adjudicadores* (art. 1.1 Directiva 2014/24/UE). Por lo tanto, al transponer la normativa comunitaria, los Estados miembros disponen de mayor libertad para regular la contratación del resto de entidades públicas que no tienen dicha condición, respetando siempre, eso sí, los principios de publicidad, transparencia, no discriminación e igualdad de trato que se derivan de las libertades comunitarias.

Sin embargo, más allá de esta constatación formal, creemos que esta previsión puede tener cierto interés por cuanto viene a resolver alguna de las dudas planteadas con el anterior

LORA, A., “La libertad de empresa y la colaboración preferente de las Administraciones con empresas públicas”, *Revista de Administración Pública*, n. 154, 2001, p. 161 o, más recientemente, AMOEDO SOUTO, C., “En torno al concepto jurídico de autoprovisión administrativa: dimensión europea y desajustes internos”, *Revista de Administración Pública*, n. 205, 2018, pp. 85-86.

6 Posteriormente, el TJUE ha venido manteniendo el mismo criterio en otras muchas sentencias. Por ejemplo, en la Sentencia de 10 de septiembre de 2009, asunto C-573/07, *Sea Srl* (F. J. 57) o en la Sentencia de 9 de junio de 2009, asunto C-480/06, *Comisión de las Comunidades Europeas/República Federal de Alemania* (F. J. 45).

7 Como es sabido, la respuesta a esta pregunta nos ha venido dada principalmente por la jurisprudencia del TJUE. A lo largo de sus resoluciones –y, muy especialmente, a partir de la importante Sentencia de 18 de noviembre de 1999, asunto C-107/98, *Teckal Srl*– el TJUE ha ido identificando toda una serie de requisitos y condiciones para poder hablar de la existencia de un medio propio de la Administración. Estos, a su vez, han sido codificados en la mencionada Directiva 2014/24/UE, de 26 de febrero y, mediante la LCSP, incorporados también al derecho interno de nuestro país.

TRLCSP. En efecto, como habíamos apuntado en alguna ocasión⁸, el artículo 24.6 del TRLCSP se limitaba únicamente a regular los encargos efectuados a sus medios propios por los poderes adjudicadores, con lo que parecían excluirse de esta figura los encargos que pudieran realizar a sus propios medios las demás entidades del sector público que no fueran poderes adjudicadores. Todo ello planteaba la paradoja de que precisamente las entidades que, en aras de una mayor flexibilidad y eficacia, se sometían en menor medida a la legislación contractual verían limitada su capacidad de autoorganización de forma mucho más severa, debiendo someter los acuerdos contractuales a los que pudieran llegar con sus propios medios personificados a lo previsto en el TRLCSP.

Con la nueva regulación, se aclara esta situación y se amplía notablemente el ámbito subjetivo de aplicación de esta figura, extendiéndose al conjunto de entidades del sector público, sean o no poderes adjudicadores, si bien en este último caso se prevé un régimen jurídico específico en el artículo 33 de la LCSP.

De todos modos, debemos añadir que, sin negar la posibilidad de que todas las entidades del sector público puedan realizar encargos a sus medios propios personificados al amparo del artículo 31.1 a) de la LCSP, la coherencia de nuestro sistema jurídico-administrativo y la naturaleza instrumental de los diferentes organismos públicos aconseja ser prudentes a la hora de permitir a dichas entidades recurrir a sus medios propios personificados. Si la creación de esos organismos públicos responde verdaderamente a un supuesto de descentralización funcional, que se justifica en razones de eficacia y de especialización, resulta cuanto menos discutible la posibilidad de que estos, a su vez, para el cumplimiento de sus funciones tengan que recurrir a otras entidades instrumentales con personalidad jurídica propia.

En cualquier caso, si centramos nuestra atención en la regulación de los requisitos concretos que se exigen para que los poderes adjudicadores puedan recurrir a sus propios medios personificados prevista en la LCSP, podremos comprobar cómo esta no resulta demasiado innovadora, aunque sí notablemente más exigente⁹. En particular, el artículo 32.2 de la LCSP nos dice:

“Tendrán la consideración de medio propio personificado respecto de una única entidad concreta del sector público aquellas personas jurídicas, de derecho público o de derecho privado, que cumplan todos y cada uno de los requisitos que se establecen a continuación:

a) Que el poder adjudicador que pueda conferirle encargos ejerza sobre el ente destinatario de estos un control, directo o indirecto, análogo al que tendría sobre propios servicios o unidades, de manera que el primero pueda ejercer sobre el segundo una influencia decisiva sobre sus objetivos estratégicos y decisiones significativas [...].

8 VILALTA REIXACH, M., “Los llamados contratos de auto-provisión (o contratos in house providing)”, Yzquierdo Tolsada, M. (dir.), *Contratos. Civiles, mercantiles, públicos, laborales e internacionales con sus implicaciones tributarias*, Tomo XIV, Thomson Reuters-Aranzadi, Navarra, 2014, p. 955. En el mismo sentido, PASCUAL GARCÍA, J., *Las encomiendas de gestión a la luz de la Ley de Contratos del Sector Público*, Boletín Oficial del Estado, Madrid, 2010, pp. 29-30.

9 En este sentido, por ejemplo, NOGUERA DE LA MUELA, B., “Capítulo XII. Cooperación vertical: los encargos a medios propios o servicios técnicos”, Gallego Córcoles, I., y Gamero Casado, E. (coords.), *Tratado de Contratos del Sector Público*, Tomo I, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, p. 688. Igualmente, sin negar que se ha aprovechado la aprobación de la nueva LCSP para recoger con apego literal la normativa europea en esta materia, se ha afirmado que se ha perdido quizá una buena oportunidad para acometer una regulación integral de la autoprovisión administrativa, incluso segregando esta materia en una ley específica. AMOEDO SOUTO, C., “En torno al concepto jurídico de autoprovisión administrativa: dimensión europea y desajustes internos”, cit., pp. 110-111.

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 [...].

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

d) La condición de medio propio personificado de la entidad destinataria del encargo respecto del concreto poder adjudicador que hace el encargo deberá reconocerse expresamente en sus estatutos o actos de creación [...]”.

Por lo tanto, de forma similar al anterior artículo 24.6 del TRLCSP, este nuevo precepto impone también el cumplimiento acumulativo de cuatro requisitos. Solo en el supuesto de que se cumplan todos y cada uno de ellos, el encargo efectuado –tal y como prevé el artículo 32.1 de la LCSP– no tendría la consideración de contrato y, en consecuencia, su régimen jurídico quedaría fuera del ámbito de aplicación de la nueva LCSP.

En este punto, queremos llamar la atención sobre la referencia prevista en el artículo 32.1 de la LCSP a la no consideración de los encargos a medios propios como un contrato. En nuestra opinión, esta afirmación podría resultar cuestionable. Desde un punto de vista formal, entendemos que dicha operación, en cuanto supone un acuerdo de carácter oneroso entre dos personas jurídicas diferenciadas, sí que puede configurarse teóricamente como un *contrato* –incluso como un contrato público, en el sentido del artículo 2.1 de la LCSP¹⁰. Otra cosa es que, cuando se cumplan los requisitos que mencionábamos anteriormente, este negocio jurídico pueda quedar legalmente excluido del ámbito de aplicación de la legislación contractual, pues se entiende que, materialmente, no es más que una forma de autoprovisión que no afecta a los objetivos perseguidos por la legislación contractual.

Teniendo esto presente, y por lo que se refiere a la aplicación de estos requisitos, debemos tener en cuenta que, como ha venido señalando reiteradamente el TJUE –por ejemplo, en la ya mencionada Sentencia de 11 de enero de 2005, asunto C-26/03, *Stadt Halle*, F.J. 43– al tratarse de una excepción a la aplicación de las reglas que rigen la contratación pública, su interpretación debe hacerse siempre de una manera restrictiva, correspondiendo la carga de la prueba de la concurrencia de estos requisitos a aquel que pretenda su utilización. Detengámonos un momento a analizar cada uno de dichos requisitos.

10 De forma similar se expresa el artículo 12 de la mencionada Directiva 2014/24/UE, de 26 de febrero, que regula los encargos a medios propios personificados dentro de los “Contratos públicos entre entidades del sector público”. Por su parte, el TJUE también ha venido calificando los encargos que los poderes adjudicadores pueden realizar a sus medios propios personificados como “contratos entre entidades públicas”, sin perjuicio de que estos, si cumplen los requisitos previstos a tal efecto, puedan quedar excluidos del ámbito de aplicación de la normativa de la UE en materia de contratación pública. En este sentido, entre otras, puede verse la ya mencionada STJUE de 18 de noviembre de 1999, asunto C-107/98, *Teckal Srl* (F.J. 50) o, más recientemente, la STJUE de 18 de octubre de 2018, asunto C-606/17, *IBA Molecular Italy Srl* (F.J. 36).

2.1 Primer requisito: la existencia de un control análogo al que se ejerce sobre sus propios servicios

El primer requisito al que debemos hacer referencia es el relativo a la existencia de una relación de control entre las partes que intervienen en dicha relación. En efecto, el artículo 32.2 a) de la LCSP exige que el poder adjudicador que realiza el encargo tenga sobre la entidad proveedora un control, directo o indirecto, análogo al que poseería sobre sus propios servicios o unidades.

Con este requisito pretende demostrarse que la entidad proveedora no tiene un verdadero ámbito de autonomía desde el punto de vista decisorio, por lo que, a pesar de que formalmente pudiera hablarse de un acuerdo de voluntades entre dos personas jurídicamente distintas, desde un punto de vista material una de ellas se configura como un simple instrumento organizativo de la otra. De este modo, materialmente, no resulta posible afirmar que nos encontremos ante la celebración de un verdadero contrato público entre ellas porque –como puso de relieve la ya mencionada Sentencia del TJUE de 18 de noviembre de 1999, asunto C-107/98, *Teckal, Srl*– el requisito de la personalidad jurídica propia de los sujetos contratantes no constituye por sí solo un elemento determinante para hablar de la existencia de un contrato público.

Ahora bien, ¿qué se entiende por control análogo al que se posee sobre los propios servicios? O, más concretamente, ¿qué elementos nos permiten constatar la existencia de dicho control?

La LCSP no se refiere propiamente a ello, aunque, tomando nuevamente como referencia la jurisprudencia del TJUE en esta materia¹¹, el artículo 32.2 a) de la LCSP sí que se ha ocupado de concretar el alcance general de dicho requisito. Así, no se exige que el poder adjudicador tenga sobre la entidad proveedora un control *idéntico* al que se ejerce sobre los propios servicios, pero sí que dicho control debe permitirle ejercer “una influencia decisiva sobre sus objetivos estratégicos y decisiones significativas”.

Como apuntábamos anteriormente, se trataría de demostrar que la entidad que recibe el encargo carece de una voluntad decisoria propia, de manera que pueda concluirse que las tareas que se atribuyen a dicha entidad no se hubieran gestionado de forma distinta a si las hubiera asumido directamente la propia Administración adjudicadora. Sin embargo, más allá de estas consideraciones generales, la determinación concreta del cumplimiento de este requisito exigirá necesariamente de un examen casuístico, que –como ha venido destacando el TJUE desde la Sentencia de 11 de mayo de 2006, asunto C-340/04, *Carbotermo, Spa*. (F.J. 36)–, debe tener en cuenta no solo el conjunto de disposiciones legales aplicables, sino también las circunstancias de hecho que concurren en cada momento.

En este sentido, debemos considerar que el TJUE ha ido identificando toda una serie de indicios que pueden ayudarnos a valorar en mejores condiciones si efectivamente concurre o no dicho control análogo. El primero de estos indicios –sobre el que volveremos más adelante– se refiere a la participación de la Administración matriz en el capital social o patrimonio de la entidad proveedora. Para el TJUE es evidente que el hecho de que la entidad adjudicadora

11 Podemos mencionar, entre otras, la ya citada STJUE de 11 de enero de 2005, asunto C-26/03, *Stadt Halle* (F.J. 50), la STJUE de 13 de noviembre de 2008, asunto C-324/07, *Coditel Brabant SpA* (F.J. 28) o la STJUE de 8 de mayo de 2014, asunto C-15/13, *Technische Universität Hamburg-Harburg* (FF. JJ. 26-29).

posea un alto porcentaje de participación en el capital social de la entidad adjudicadora puede indicar la existencia de una verdadera relación de dependencia estructural entre ellas. No obstante, dicho criterio, por sí solo, no resulta en modo alguno concluyente, puesto que, independientemente de dicha participación, el grado de control que efectivamente se ejerza sobre la entidad proveedora podría ser mínimo.

De ahí que el TJUE haya acudido a analizar otros elementos, como pueden ser la composición de los órganos de decisión de la entidad proveedora o el alcance de las facultades reconocidas a su consejo rector, para determinar el grado de autonomía decisoria de la entidad proveedora y –como se señala en la Sentencia de 10 de septiembre de 2009, asunto C-573/07, *Sea Srl* (F.J. 81)– para comprobar si realmente existe un control reforzado por parte del ente adjudicador, análogo al que se ejerce sobre los propios servicios.

Sin perjuicio de lo anterior, y en relación con la aplicación de este primer requisito, debemos añadir también que la nueva LCSP ha introducido algunas previsiones relevantes. Así, en primer lugar, recoge expresamente la posibilidad de que el control análogo sobre los medios propios personificados pueda ser ejercido tanto de forma individual, por la propia entidad pública adjudicadora, como conjuntamente, junto con otros poderes adjudicadores que sean independientes entre sí (art. 32.4 LCSP).

Ciertamente, esta posibilidad no constituye tampoco ninguna novedad relevante. De hecho, la LCSP se limita a reproducir lo previsto en el artículo 12.3 de la Directiva 2014/24/UE, de 26 de febrero –que, a su vez, encuentra su origen en la jurisprudencia del TJUE¹²–. No obstante, creemos oportuno destacar esta disposición porque, a diferencia del control individual, el artículo 32.4 a) de la LCSP sí que fija una serie de elementos para verificar el cumplimiento de este requisito, evitando que el control análogo pueda diluirse por la concurrencia de distintas entidades públicas que lo ejercen de forma compartida. Estos elementos se basan en la necesidad de representación de los diferentes poderes adjudicadores en los órganos decisorios, la posibilidad de ejercer directa y conjuntamente una influencia decisiva sobre los objetivos estratégicos y sobre las decisiones significativas del ente destinatario del encargo y, finalmente, en la no persecución de intereses contrarios a los propios de sus miembros.

En segundo lugar, tal y como ya sucedía con el artículo 24.6 del anterior TRLCSP, el artículo 32.2 a) de la LCSP mantiene la previsión de que, “En todo caso, se entenderá que el poder adjudicador que puede conferirle encargos ostenta sobre el ente destinatario del mismo un control análogo [...] cuando él mismo o bien otro u otros poderes adjudicadores o personas jurídicas controlados del mismo modo por el primero puedan conferirle encargos que sean de ejecución obligatoria para el ente destinatario del encargo por así establecerlo los estatutos o el actos de creación, de manera que exista una unidad de decisión entre ellos, de acuerdo con instrucciones fijadas unilateralmente por el ente que puede realizar el encargo”.

Por lo tanto, la nueva ley presume “en todo caso”, es decir, con independencia de otros elementos –incluso con independencia de la capacidad real del poder adjudicador de influir en los objetivos estratégicos y decisiones significativas de la entidad proveedora– que la

12 En este caso, podemos mencionar la STJUE de 13 de diciembre de 2008, asunto C-340/04, *Coditel Brabant, SpA*, en la que, al analizar el control ejercido por varios municipios sobre una sociedad cooperativa, afirmaba que la exigencia de un control meramente individual haría imposible la existencia de fórmulas asociativas y tendría como consecuencia la necesidad de convocar una licitación pública en la mayoría de los casos en que una determinada autoridad pública quisiera adherirse a un grupo formado por otras autoridades públicas (FF.JJ. 50-51). Véase también la STJUE de 29 de noviembre de 2012, asunto C-182/11 y C-183/11, *Econord Spa* (FF.JJ. 32-34).

simple posibilidad de conferir encargos de ejecución obligatoria a una determinada entidad sería un elemento suficiente para considerar la existencia de un control análogo al que se tenía sobre los propios servicios¹³.

Nuestra doctrina, muy oportunamente, ha venido criticando dicho planteamiento por cuanto se considera que el hecho de que un encargo singular pueda ser obligatorio para la entidad proveedora no significa, automáticamente, la existencia de un poder real de influencia sobre los objetivos estratégicos o sobre sus decisiones más importantes. En efecto, la obligatoriedad de un encargo no puede considerarse siempre como la causa de la existencia de un control análogo al que se posee sobre los propios servicios, sino que debe considerarse de forma inversa, como su consecuencia. La obligatoriedad, por lo tanto, no sería más que una plasmación práctica de la ausencia de autonomía decisoria del medio propio¹⁴.

En este punto, además, debemos recordar que, aunque es cierto que el TJUE ha considerado que el hecho de que una entidad pública esté obligada a realizar los trabajos que le puedan encomendar otros poderes públicos de acuerdo con las tarifas e instrucciones aprobadas por estos podría ser un indicio para considerar la existencia de un control análogo, no lo es menos que en estos casos el TJUE se refería siempre a entidades que tenían una participación –aunque fuera residual– en el capital social de la entidad proveedora. Por lo que, a pesar del tenor literal del artículo 32.2 a) de la LCSP, deberíamos negar la posible existencia de un control análogo respecto de aquellas entidades que no tienen ningún tipo de participación en el accionariado o patrimonio de la entidad que recibe el encargo.

Finalmente, debemos mencionar también que la nueva LCSP ha previsto que el requisito del control análogo se entenderá cumplido no solo cuando sea el poder adjudicador matriz quien pueda conferirle encargos obligatorios, sino también “otro u otros poderes adjudicadores o personas jurídicas controlados del mismo modo por el primero” [art. 32.2 a) LCSP]. Por lo tanto, la LCSP recoge la posibilidad de realizar encargos horizontales, extendiendo la condición de medio propio respecto de otras entidades públicas que, a su vez, se encuentren en una relación de dependencia respecto de la Administración matriz. Y esta exclusión se produce, aunque, en realidad, desde un punto de vista formal, entre dichas entidades no concurren directamente los requisitos previstos en el artículo 32.2 a) de la LCSP.

2.2 Segundo requisito: la realización de la parte esencial de su actividad con el ente adjudicador

El segundo requisito que exige la LCSP para constatar la existencia de un medio propio personificado de la Administración y, por lo tanto, para excluir de su ámbito de aplicación las relaciones jurídicas que puedan entablarse con ellos consiste en que la entidad proveedora

13 La introducción de dicha presunción trae causa también de la jurisprudencia del TJUE. En particular, de las sentencias dictadas en relación con la sociedad pública española Empresa de Transformación Agraria, SA (TRAGSA) –nos referimos a la STJUE de 8 de mayo de 2003, asunto C-349/97, y a la STJUE de 19 de abril de 2007, asunto C-295/05–. En estas, a pesar de que la participación de las comunidades autónomas en el capital social de TRAGSA era mínima –apenas el 1% del total–, el TJUE vino a admitir expresamente la posibilidad de considerar a TRAGSA como medio propio de aquellas, atendiendo al hecho de que, legalmente, TRAGSA estaba obligada a realizar los encargos que le atribuyeran las comunidades autónomas.

14 Por ejemplo, y entre muchos otros, PERNAS GARCÍA, J.J., *Las operaciones in house y el Derecho comunitario de los contratos públicos*, Lustel, Madrid, 2018, pp. 108-109, o MONTOYA MARTÍN, E., *Los medios propios o servicios técnicos en la Ley de contratos del sector público. Su incidencia en la gestión de los servicios públicos locales*, Fundación Democracia y Gobierno Local, Barcelona, 2009, pp. 53-54.

realice la mayor parte de su actividad –más del 80 %– respecto al ente, o entes, del que depende [art. 32.2 b) LCSP].

Como se ha señalado, la influencia decisoria de un poder adjudicador sobre una entidad concreta no basta, por sí sola, para distinguirla de otros posibles operadores económicos, sino que para hablar de un medio propio es preciso, además, verificar que su actividad se dedica en su mayor parte a su entidad de origen. Y es que, como ha subrayado el TJUE en la citada Sentencia de 11 de mayo de 2006, asunto C-340/04, *Carbotermo SpA*, no puede considerarse que una entidad carece de libertad de acción por el mero hecho de que el ente territorial del que dependa controle sus principales decisiones cuando, a pesar de dicho control, puede desarrollar igualmente una parte importante de su actividad económica con otras entidades u operadores económicos (F.J. 61).

El requisito de la realización de la parte esencial de la actividad se nos presenta, por lo tanto, como complementario del requisito del control análogo y opera en un segundo momento –una vez que se ha verificado la concurrencia de dicho control– tratando de evitar que una determinada entidad actúe como medio propio de la Administración y, al mismo tiempo, compita normalmente en el mercado de bienes y servicios¹⁵. En caso contrario, ello podría suponer un falseamiento de la competencia, reconociendo a dicha entidad una posición de partida más ventajosa respecto al resto de operadores privados.

Téngase en cuenta, sin embargo, que la LCSP no prohíbe por completo que el medio propio pueda actuar como un operador económico en el mercado. Solamente exige que la mayor parte de su actividad –como mínimo, un 80 %– se lleve a cabo en el ejercicio de los cometidos que le han sido asignados por el poder adjudicador que hace el encargo [art. 32.2 b) LCSP], por lo que, en su caso, aquellas otras actividades de mercado que pretendan realizarse por el medio propio deben tener un carácter necesariamente residual o marginal y, en ningún caso, pueden superar el 20 % de su actividad¹⁶.

Como en el supuesto anterior, nos encontramos nuevamente ante un requisito que debe ser verificado caso por caso, tomando en consideración no solo las actividades que una determinada entidad está facultada para llevar a cabo según el ordenamiento jurídico o sus propios estatutos internos, sino las que realmente realiza¹⁷. En este punto, sin embargo, hay que tener en cuenta que la nueva LCSP sí que se ha ocupado de concretar la metodología de cálculo de este porcentaje de actividad. Así, el artículo 32.2 b) de la LCSP sigue diciendo:

“[...] para calcular el 80 por ciento de las actividades del ente destinatario del encargo se tomarán en consideración el promedio del volumen global de negocios, los gastos soportados

15 GIMENO FELIU entiende que el requisito de la realización de la parte esencial de la actividad económica con la entidad que lo controla es coherente si se considera que todo el concepto gira en torno a la falta de autonomía contractual del ente controlado. En efecto, si la exención del ámbito de la contratación pública se basa en que el contrato *in house* no es sino una forma de autoprovisión, tal exención perdería su sentido si el ente instrumental se dedicara a proveer también a otros operadores públicos y privados como cualquier otro agente del mercado. GIMENO FELIU, J.M., “La problemática derivada del encargo de prestaciones a entes instrumentales propios: el alcance de la jurisprudencia comunitaria”, Tornos Mas, J. (dir.), *Informe Comunidades Autónomas 2005*, Instituto de Derecho Público, Barcelona, 2006, p. 845.

16 En realidad, la entidad que pretenda configurarse como medio propio solamente podría realizar en el mercado un 1999 % del total de su actividad porque el artículo 32.2 b) de la LCSP exige literalmente que “más del 80 %” de su actividad se realice a cargo de la entidad de la que depende.

17 Véase, por ejemplo, la mencionada STJUE de 11 de mayo de 2006, asunto C-340/04, *Carbotermo SpA*, (F.J. 65). Se refiere también expresamente a esta idea PERNAS GARCÍA, J.J., *Las operaciones in house y el Derecho comunitario de los contratos públicos*, cit., pp. 160-162.

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 puede comprobarse, la LCSP se expresa en términos amplios, permitiendo, incluso, que el cumplimiento de este requisito pudiera acreditarse mediante cualquier “otro indicador alternativo de actividad que sea fiable” [art. 32.2 b) LCSP]. De todos modos, y quizá para limitar la dicha amplitud, la LCSP añade también que en todo caso el cumplimiento de este requisito debe quedar reflejado en la memoria integrante de las cuentas anuales de la entidad proveedora y, en consecuencia, ser objeto de verificación en la realización de la auditoría de dichas cuentas anuales.

En este punto, debemos tener en cuenta asimismo que –como también ha destacado el TJUE¹⁸– para calcular este requisito resulta indiferente quién es el beneficiario de la actuación o, incluso, quién la remunera. Es decir, para determinar el porcentaje del 80 % de la actividad deberíamos contabilizar todas las actuaciones que el medio propio personificado realiza por encargo del poder adjudicador de que se trate, siendo indiferente que, en algunos casos, puedan ser finalmente los usuarios los que asuman el coste de dicha actividad.

Por otro lado, y más allá de las dudas que pueden surgir a la hora de determinar el mercado de referencia de cada uno de dichos encargos, otra de las cuestiones que podríamos plantearnos es cuáles son las actividades que hay que tomar en consideración a la hora de calcular este requisito. Por ejemplo, podríamos preguntarnos: ¿para determinar la condición de medio propio hay que valorar conjuntamente todas las actividades que realiza la entidad proveedora o resulta posible fragmentar este análisis contable y comprobar la concurrencia de este requisito tomando en consideración individualmente cada uno de los diferentes ámbitos materiales de actuación? Como puede intuirse, en algunos supuestos, mediante la fragmentación de los diferentes sectores de actividad en los que realmente actúa el medio propio, se podría facilitar el cumplimiento efectivo del requisito de realización de la mayor parte de su actividad respecto del poder adjudicador del que depende.

A pesar de que esta opción interpretativa ha sido planteada en alguna ocasión ante el TJUE¹⁹, salvo error por nuestra parte, no ha sido acogida aún de forma expresa por el tribunal en sus resoluciones. De todos modos, entendemos que esta interpretación parece ir en contra de la literalidad del artículo 32.2 b) de la LCSP, que se refiere a cantidades globales, referidas al conjunto de actividad.

Finalmente, por lo que respecta a la aplicación de este requisito, debemos realizar aún dos precisiones más en relación con su ámbito de aplicación subjetivo. En primer lugar, debemos mencionar que, como apuntábamos en el apartado anterior, el artículo 32.2 b) de la LCSP prevé que el requisito de realización de más del 80 % de las actividades del ente destinatario puede computarse no solo directamente de los cometidos que le hayan sido conferidos directamente por el poder adjudicador que hace el encargo, sino también de la actividad

18 Véase, por ejemplo, la ya mencionada Sentencia de 11 de mayo de 2006, asunto C-340/04, *Carbotermo, SpA*, F. J. 66.

19 Véanse, por ejemplo, las conclusiones de la abogada general, Sra. Julian Kokott, en el asunto C-458/03, *Parking Brixen*, en las que, a efectos del cómputo del porcentaje de actividad de una determinada entidad, parece afirmarse que podría tomarse en cuenta, de forma diferenciada, los diferentes ámbitos de actividad que realmente desarrolla dicha empresa. Todo ello quizá permitiría analizar la concurrencia de los requisitos de los medios propios no de forma global, sino respecto de cada uno de estos ámbitos (Ap. 83).

que, como en el caso anterior, el medio propio realiza respecto de “otras personas jurídicas controladas del mismo modo por la entidad que hace el encargo”.

Por otro lado, teniendo en cuenta la posibilidad de que sean varios los entes territoriales que controlen una determinada entidad, la LCSP permite que este requisito pueda considerarse satisfecho también si el medio propio de que se trate realiza la parte esencial de su actividad no con uno u otro de dichos entes territoriales, sino con todos ellos considerados conjuntamente [art. 32.4 b) LCSP]. Así, al tomar como referencia la actividad realizada por el conjunto de poderes adjudicadores, se amplía el ámbito de aplicación de la excepción de los encargos realizados a medios propios a un mayor número de supuestos que si, por el contrario, se tomara en consideración solamente el hecho de que esta actividad se desarrollara individualmente respecto de cada uno de ellos.

2.3 Tercer requisito: cuando se trate de personificaciones jurídico-privadas, su capital o patrimonio debe ser de titularidad o aportación pública

En tercer lugar, para poder excluir los encargos que los poderes adjudicadores pueden realizar a sus medios propios personificados del ámbito de aplicación de la legislación contractual, la LCSP exige que, cuando el ente destinatario del encargo sea un ente de personificación jurídico-privada, además, la totalidad de su capital o patrimonio debe ser de titularidad o aportación pública [art. 32.2 c) LCSP].

Se trata, como puede observarse, de un requisito de carácter eminentemente formalista, por cuanto se dirige exclusivamente a analizar la composición del capital o patrimonio de la entidad que recibe el encargo, independientemente de las relaciones de control que realmente puedan establecerse en su seno entre los distintos socios o miembros.

En rigor, esta prohibición absoluta de participación de capital privado es una decisión del legislador español, que no deriva directamente de la Directiva 2014/24/UE, de 26 de febrero. En efecto, aunque es cierto que la normativa comunitaria exige con carácter general que no exista participación directa de capital privado en la persona jurídica que recibe el encargo, introduce una excepción en aquellas modalidades de capital privado que no supongan un control o una posibilidad de bloqueo, que vengan impuestas por la legislación nacional y que no supongan el ejercicio de una influencia decisiva sobre la persona jurídica controlada [art. 12.1 c) Directiva 2014/24/UE, de 26 de febrero].

No obstante, la justificación de la introducción de este requisito en la legislación española podría encontrarse, nuevamente, en la doctrina jurisprudencial del TJUE. Así, en la citada Sentencia de 11 de enero de 2005, asunto C-26/03, *Stadt Halle*, al analizar la relación de instrumentalidad de los poderes adjudicadores respecto de las sociedades mercantiles, el TJUE vino a afirmar que la participación privada en el capital de dichas sociedades, aunque fuera minoritaria, excluía la posibilidad de que pudiera hablarse de la existencia de un control análogo al que se ejerce sobre sus propios servicios. Y es que, según la interpretación del TJUE, las relaciones entre una autoridad pública y sus propios servicios se rigen exclusivamente por consideraciones y exigencias características de la persecución de objetivos de interés general, mientras que, por el contrario, cualquier inversión de capital privado en una

Regap



ESTUDIOS

empresa obedece a consideraciones propias de los intereses privados y persigue objetivos de naturaleza distinta (F. J. 50)²⁰.

Por lo demás, en cuanto a la aplicación de este requisito, debemos realizar dos observaciones generales. En primer lugar, debemos tener en cuenta que el artículo 32.2 c) de la LCSP se refiere únicamente al capital social o patrimonio de la entidad *destinataria* del encargo, siendo indiferente que, a su vez, el poder adjudicador que realice el encargo sí que cuente con participación de capital privado. Como expresamente se menciona en el considerando 32 de la Directiva 2014/24/UE, de 26 de febrero, el elemento decisivo para la aplicación de este requisito recae en la entidad receptora del encargo, por cuanto el mero hecho de que exista participación de capital privado en los poderes adjudicadores que realizan el encargo, en principio, no perjudica la competencia entre los diferentes operadores privados.

Por otro lado, debemos fijarnos también en cómo, a diferencia del anterior artículo 24.6 del TRLCSP, la nueva LCSP no refiere este requisito únicamente respecto de las *sociedades*, sino que exige la titularidad o aportación pública del capital o patrimonio de cualquier ente de personificación jurídico-privada²¹. En este sentido, este requisito comporta, necesariamente, que debamos excluir de la posible consideración como medios propios personificados a toda una serie de entidades del sector público, de forma jurídico-privada, que permiten la participación de capital privado en su organización. Pensemos, por ejemplo, en las sociedades de economía mixta o en las fundaciones en las que participen personas privadas.

Sin perjuicio de las anteriores consideraciones, pueden planteárenos algunas dudas en relación con los consorcios administrativos. Como sabemos, estos se configuran como entidades de derecho público que, de acuerdo con el artículo 118.1 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de régimen jurídico del sector público (en adelante, LRJSP), pueden contar con participación de personas privadas. En este sentido, ¿los consorcios administrativos podrían considerarse medios propios de la Administración a efectos del artículo 32.2 c) de la LCSP?

En nuestra opinión, la respuesta a esta pregunta requiere algunas precisiones. Si hacemos una lectura literal del artículo 32.2 c) de la LCSP –que se refiere únicamente a entes “de personificación jurídico-privada”– deberíamos concluir, *a sensu contrario*, que a los consorcios administrativos, en cuanto entidades de derecho público (art. 118.1 LRJSP), no se les aplica la limitación prevista en dicho precepto. Por lo tanto, aunque pudieran contar con capital privado en su composición, los consorcios sí que podrían ser considerados como medios propios personificados de la Administración, siempre, claro está, que cumplan con el resto de requisitos previstos en el artículo 32 de la LCSP.

20 En términos muy parecidos, pueden verse también la STJUE de 18 de enero de 2007, asunto C-200/05, *Jean Auroux* (FF.JJ. 66-67), o la STJUE de 10 de septiembre de 2009, asunto C-573/07, *Sea Srl* (F. J. 51). En todo caso, debemos mencionar también que la interpretación que ha hecho el TJUE de este requisito ha sido objeto de críticas por algunos autores. Por ejemplo, PERNAS GARCÍA afirma que este criterio del TJUE hace quizás menos atractiva la colaboración público-privada, y cierra algunos caminos destinados a garantizar la viabilidad de la desconcentración de la gestión de servicios para administraciones con pocos recursos, si bien reconoce que ello otorga mayor seguridad jurídica en la aplicación de la excepción *in house* y evita los posibles abusos en su utilización. PERNAS GARCÍA, J. J., “La exigencia de “control análogo” en las encomiendas a medios propios”, *Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica (REALA)*, n. 311, 2009, pp. 268-269.

21 De nuevo, el TJUE, por ejemplo en la Sentencia de 19 de junio de 2014, asunto C-54/12, *Centro Hospitalar de Setúbal EPE*, afirma que dicha exclusión no se basa en la forma jurídica concreta de las entidades privadas que forman parte de la entidad adjudicataria ni tan siquiera en la finalidad comercial de estas últimas –puesto que, en este caso, se trataba de entidades sin ánimo de lucro–, sino en el hecho de que tales entidades privadas obedecían a consideraciones propias de sus intereses privados, que eran de un carácter distinto al de los objetivos de interés público perseguidos por la entidad adjudicadora (F. J. 36).

Además, como apuntábamos, esta opción interpretativa podría alinearse parcialmente con la excepción prevista en el artículo 12.1 c) de la propia directiva. Sin embargo, sin negar las anteriores consideraciones, creemos que en algunos supuestos –en particular, en aquellos consorcios administrativos en que participen entidades privadas con ánimo de lucro²²– quizá deberíamos replantear dicha conclusión y mantener incluso la opinión contraria.

Concretamente, podría considerarse no solo que –como ya había dicho el TJUE– la participación privada lucrativa perseguirá fines propios a sus intereses, sino que, además, es evidente que esta sí que podría generar un trato preferente de un determinado operador económico, ya que dicha empresa estará en condiciones de obtener una ventaja económica frente al resto de operadores económicos, asumiendo encargos que, en caso de no formar parte de dicho medio propio, no podría realizar o, al menos, no en las mismas condiciones.

En nuestra opinión es importante destacar esta última idea por cuanto la posible obtención de una ventaja económica es uno de los argumentos que utiliza expresamente el considerando 32 de la Directiva 2014/24/UE, de 26 de febrero, para limitar la extensión de la figura de los encargos a medios propios a entidades en las que exista participación directa de capital privado. Por ello, aunque es cierto que dicho considerando no tiene un valor normativo en sí mismo²³, sí que constituye un criterio interpretativo de dichas disposiciones, que podría llevarnos a negar la condición de medio propio a un consorcio administrativo que cuente con la participación de una entidad privada con ánimo de lucro, con lo que, de ser así, ampliaríamos el ámbito de aplicación del criterio de la titularidad pública del capital social o patrimonio previsto en el artículo 32.2 c) de la LCSP más allá de los entes de personificación jurídico-privada, admitiéndose también en algunas entidades de personificación jurídica-pública.

2.4 Cuarto requisito: el reconocimiento formal de la condición de medio propio

Finalmente, para poder excluir los encargos realizados por los poderes adjudicadores a sus medios propios personificados, el artículo 32.2 d) de la LCSP exige un último requisito de carácter formal: que la condición de medio propio personificado de la entidad destinataria del encargo respecto del poder adjudicador concreto que hace el encargo se reconozca expresamente en sus estatutos o actos de creación.

En cuanto a la aplicación de este requisito, lo primero que debemos destacar es que, a diferencia de los anteriores, este no ha sido previsto expresamente por las directivas europeas sobre contratación pública ni tampoco se deriva directamente de la jurisprudencia del TJUE. De hecho, a primera vista, podríamos plantearnos su utilidad por cuanto, como ha puesto de relieve la doctrina, la mera declaración formal de la condición de medio propio no puede excluir, en ningún caso, la necesaria verificación de la existencia de un vínculo real de

22 Téngase en cuenta que, a diferencia de lo que sucedía en la legislación básica de régimen local, la LRJSP parece admitir que puedan formar parte de los consorcios administrativos no solo entidades privadas sin ánimo de lucro, sino también personas privadas que sí que persigan finalidades lucrativas (art. 118.1 LRJSP). De hecho, la disposición derogatoria única de la LRJSP ha derogado expresamente el artículo 87.1 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, de bases del régimen local, que limitaba la posibilidad de constituir consorcios en el ámbito local únicamente a las administraciones públicas y a las entidades privadas sin ánimo de lucro.

23 Véase el apartado 10 de la Guía práctica común del Parlamento Europeo, del Consejo y de la Comisión para la redacción de textos legislativos de la Unión Europea de 2015. <https://eur-lex.europa.eu/content/techleg/KB0213228ESN.pdf>. Sobre el valor de los preámbulos y exposiciones de motivos nos remitimos a la Sentencia del Tribunal Constitucional, n. 170/2016, de 6 de octubre, F.J. 2.

subordinación y dedicación efectiva de esta respecto del poder adjudicador que realiza el encargo, de acuerdo con el artículo 32.2 de la LCSP²⁴.

Sin embargo, hay que tener en cuenta que la LCSP no se ha limitado únicamente a prever el cumplimiento formal de este requisito –que, efectivamente, poco aportaría a la consideración real de una determinada entidad como medio propio personificado de la Administración–, sino que, como veremos seguidamente, ha vinculado a dicho requisito algunas consecuencias prácticas muy relevantes.

Por otro lado, no debemos tampoco menospreciar la importancia del mero reconocimiento formal de la condición de medio propio porque, aunque nos pueda parecer superfluo, de acuerdo con el artículo 32.2 d) de la LCSP, este reconocimiento se configura legalmente como una condición inexcusable para poder excluir las relaciones de cooperación vertical entre dos entidades del ámbito de aplicación de la legislación de contratos del sector público, por lo que, a pesar de su carácter meramente formal, el cumplimiento de este requisito se situaría al mismo nivel que el resto de los requisitos previstos en el artículo 32.2 de la LCSP.

De esta manera, aunque una determinada entidad pública, por sus propias características, pudiera cumplir escrupulosamente con todos los requisitos previstos por la LCSP para considerarse realmente como un medio propio instrumental de la Administración, deberíamos llegar a la conclusión de que, a efectos de la LCSP, no tendría legalmente tal consideración sino a partir del reconocimiento expreso de esta condición en sus estatutos o actos de creación²⁵.

Más allá de estas previsiones, la LCSP concreta también, y con carácter obligatorio, el contenido mínimo de la declaración de una determinada entidad como medio propio personificado. Así, de forma similar a la ya prevista en el anterior artículo 24.6 del TRLCSP, señala que los estatutos o actos de creación “deberán determinar” no solo el poder adjudicador respecto del cual tienen esta condición, sino también el régimen jurídico y administrativo de los encargos que se les pueden conferir [art. 32.2 d) LCSP *in fine*].

Igualmente, se añade que el reconocimiento expreso de la consideración de una entidad concreta como medio propio personificado en los estatutos determinará la imposibilidad de que esta participe en las licitaciones públicas convocadas por el poder adjudicador al que se vincula, si bien es cierto que, posteriormente, la LCSP matiza esta limitación al admitir que, en el supuesto de que no concurra ningún licitador, pueda encargársele directamente la ejecución de la prestación objeto de estas licitaciones [art. 32.2 d) LCSP].

Seguidamente, como decíamos, la LCSP añade algunas comprobaciones materiales previas a la declaración de una determinada entidad como medio propio personificado. Destaca la previsión del artículo 32.2 d) de la LCSP, que impone que esta declaración formal deba ir

24 En el mismo sentido, PERNAS GARCÍA, J.J., “Exigencias y límites a la configuración y a la actuación de los medios propios, como entes encomendados en el marco de las relaciones *in house*”, *Actualidad Administrativa*, n. 12, 2010, p. 1429; ORTIZ MALLOL, J., “La relación de dependencia de las entidades instrumentales de la Administración Pública: algunas notas”, *Revista de Administración Pública*, n. 163, 2004, p. 254, o REBOLLO PUIG, M., “Los entes institucionales de la Junta de Andalucía y su utilización como medio propio”, *Revista de Administración Pública*, n. 161, 2003, quien afirma que lo importante, de todas formas, no es que una norma pueda proclamar expresamente que tal o cual entidad es «medio propio», sino lo que realmente sea dicha entidad (p. 381).

25 Como puede verse, la LCSP exige un reconocimiento expreso [art. 32.2 d) LCSP], por lo que entendemos que no resultaría suficiente con un reconocimiento genérico de esta condición en las normas generales de organización y funcionamiento de la Administración de que se trate, sino que debería realizarse de forma concreta y específica para cada una de las entidades que pretenda constituirse como medio propio personificado.

precedida de la “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”²⁶.

En nuestra opinión, la exigencia de que las entidades que pretendan configurarse como medios propios personificados dispongan de los recursos necesarios para cumplir directamente dichos encargos nos parece muy acertada. Como ya hemos apuntado anteriormente, si el recurso a dichas entidades se justifica por su especialidad y mejor capacidad de gestión, parecería lógico exigirles, como mínimo, que estén en condiciones de cumplir por ellas mismas con los posibles encargos que reciban²⁷. En consecuencia, deberíamos entender que no estamos realmente ante un supuesto de relaciones de *cooperación vertical*, en el sentido de la LCSP, cuando la entidad proveedora que recibe el encargo, al no disponer de unos mínimos medios materiales y personales, se limita a trasladar la ejecución final de las prestaciones encargadas a un tercero, convirtiéndose en una especie de órgano de contratación del poder adjudicador de que se trate.

Obviamente, estas consideraciones tampoco pueden llevarse hasta el extremo de negar a la entidad proveedora cualquier posibilidad de acudir a la contratación con terceros para gestionar las prestaciones que le hayan encargado los poderes adjudicadores. Y es que, como puede imaginarse, en algunos casos la correcta ejecución de la prestación asignada puede justificar la conveniencia de que alguna parte de esta sea subcontratada a otros operadores económicos.

Consciente de esta problemática, el artículo 32.7 de la LCSP se ha ocupado de regular el recurso a la subcontratación por parte de los medios propios personificados. Así, en primer lugar, este precepto prevé que los contratos que puedan celebrar los medios propios personificados en ejecución del encargo quedarán sometidos a la ley y que, 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 Ley [art. 32.7 a) LCSP]. Es decir, los contratos que celebren los medios propios personificados deberán respetar también las previsiones de la LCSP de acuerdo con la tipología del contrato de que se trate. En este sentido, para evitar una “huida del derecho administrativo” en esta materia, se impone a los medios propios personificados que no tengan la consideración de poder adjudicador la obligación de respetar, como mínimo, las reglas previstas para estos en los contratos que puedan formalizar con terceros.

En este punto, sin embargo, pensamos que el legislador español podría haber sido más ambicioso. Y es que, aun con estas cautelas, lo cierto es que mediante el recurso a la subcontratación podría intentar eludirse las garantías que rigen la contratación pública²⁸. De

26 Se presume que se cumple este requisito cuando la entidad de que se trate haya obtenido la correspondiente clasificación respecto de los grupos, subgrupos y categorías que posea [art. 32.2 d) *in fine* LCSP].

27 En términos parecidos se hablan pronunciado también algunos órganos de contratación –véase, por ejemplo y entre otros, el Informe de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado núm. 13/2012, de 27 de septiembre– o el propio Tribunal de Cuentas cuando, en su Informe n. 1198, de 22 de diciembre de 2016, en el que se aprobaba una Moción a las Cortes Generales sobre la necesidad de desarrollar un marco legal para el empleo de los encargos a medios propios, se insiste en la necesidad de asegurar “que el medio propio cuenta, en el momento de realizarse el encargo, con medios suficientes para afrontarlo por sí mismo, sin necesidad de tener que acudir de modo relevante, a la subcontratación” (p. 35).

Véase también, TEJEDOR BIELSA, J.C., “Sociedades locales, idoneidad de medios propios y régimen de contratación”, Gimeno Feliu, J.M. (coord.), *Observatorio de los contratos públicos 2013*, Thomson Reuters-Aranzadi, Navarra, 2014, pp. 361-423.

28 Al mismo tiempo, una utilización abusiva de la subcontratación podría poner en entredicho la motivación real del encargo. GALLEGO CÓRCOLES, I., “Los encargos a medios propios y servicios técnicos en la LRJSP”, *Contratación Administrativa Práctica*, n. 147, 2017, p. 22. En

este modo, si entendemos el recurso a los medios propios personificados como una forma de autoprovisión, que siga a la entidad proveedora en la misma posición jurídica que la del poder adjudicador del que depende, quizá sería más lógico que el régimen jurídico que deba aplicar en desarrollo de dicha actividad sea exactamente el mismo que aplicaría la Administración si actuase a través de uno de sus órganos²⁹.

A partir de aquí, la LCSP introduce una serie de límites cuantitativos máximos a la subcontratación y afirma que “el importe de las prestaciones parciales que el medio propio pueda contratar con terceros no excederá del 50 por ciento de la cuantía del encargo” [art. 37.2 b) LCSP]. Sin embargo, añade que no se considerarán prestaciones parciales aquellas que el medio propio adquiera a otras empresas cuando se trate de suministros o servicios auxiliares o instrumentales que no constituyen una parte autónoma y diferenciable de la prestación principal, aunque sean parte del proceso necesario para producir dicha prestación.

Lógicamente, el porcentaje máximo de subcontratación que puede asumirse en cada caso debería calcularse individualmente, respecto de cada uno de los encargos que los medios propios puedan recibir de los poderes adjudicadores. De hecho, el artículo 32.7 de la LCSP así nos lo confirma, al expresarse de forma singular y referirse, en primer lugar, a los negocios jurídicos que los medios propios celebren “en ejecución del encargo recibido” y, posteriormente, en el apartado b), al fijar el límite porcentual específicamente respecto “de la cuantía del encargo”.

No obstante, la propia LCSP ha previsto algunas excepciones al cumplimiento de dichas limitaciones porcentuales, las cuales, al mismo tiempo, se han visto notablemente ampliadas con la modificación parcial de la LCSP producida por la Ley 6/2018, de 3 de julio, de presupuestos generales del Estado para 2018. De esta manera, actualmente el artículo 32.7 de la LCSP permite excepcionar el límite máximo de subcontratación de los medios propios personificados:

“[...] a los contratos de obras que celebren los medios propios a los que se les haya encargado una concesión, ya sea de obras o de servicios. Igualmente no será de aplicación en los supuestos en los que la gestión del servicio público se efectúe mediante la creación de entidades de derecho público destinadas a este fin, ni a aquellos en que la misma se atribuya a una sociedad de derecho privado cuyo capital sea, en su totalidad, de titularidad pública.

Tampoco será aplicable a los contratos que celebren los medios propios a los que se les haya encargado la prestación de servicios informáticos y tecnológicos a la Administración pública [...].

Excepcionalmente podrá superarse dicho porcentaje de contratación siempre que el encargo al medio propio se base en razones de seguridad, en la naturaleza de la prestación que requiera un mayor control en la ejecución de la misma, o en razones de urgencia que demanden una mayor celeridad en su ejecución [...]”.

el mismo sentido, TEJEDOR BIELSA, J.C., “Sociedades locales, idoneidad de medios propios y régimen de contratación”, cit., p. 405.

29 HERNÁNDEZ CORCHETE, J.A., “Los presupuestos constitucionales de la actividad económica instrumental de la Administración Pública. Una reflexión sobre el fundamento del uso de medios propios”, Parejo Alfonso, L., y Vida Fernández, J. (coords.), *Los retos del Estado y la Administración en el Siglo XXI*, Tomo II, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, p. 2452.

Como puede verse, este precepto recoge diferentes supuestos que no solo no guardan una relación clara entre sí, sino que, además, tampoco tienen una justificación demasiado precisa³⁰. De todos modos, si leemos con atención el vigente artículo 32.7 de la LCSP, veremos cómo este establece principalmente dos tipologías de excepciones.

Por un lado, quedan fuera de la aplicación del límite del 50 % previsto en dicho precepto determinados supuestos que se justifican principalmente en atención al objeto del encargo que se efectúa al medio propio personificado. Sería el caso, por ejemplo, de la exclusión de los contratos de obras que firmen los medios propios a los que se haya encargado una concesión de obras o servicios, así como los supuestos en que el objeto del encargo recaiga en la prestación de servicios informáticos y tecnológicos que tengan como fin garantizar la compatibilidad, la comunicabilidad y la seguridad de redes y sistemas, así como la integridad, fiabilidad y confidencialidad de la información. En estos supuestos, parece que la LCSP establece una exclusión absoluta del límite previsto en el artículo 32.7 b) de la LCSP, pues afirma taxativamente que “no será aplicable”. Por lo tanto, deberíamos entender que la LCSP no ha previsto ningún límite expreso a la subcontratación en estos supuestos.

En cambio, para el resto de encargos que se efectúen a los medios propios personificados no se prevé una exclusión total de la aplicación de los límites porcentuales máximos previstos en el artículo 32.7 de la LCSP, sino simplemente una modulación en atención a la concurrencia de determinadas circunstancias excepcionales. En consecuencia, la regla general deberá seguir siendo la ejecución directa de más del 50 % del encargo por el medio propio al que se atribuye. Y, en todo caso, la excepcionalidad que permita superar dicho límite deberá acreditarse por escrito y justificarse sobre la base de la concurrencia de razones de seguridad y/o urgencia.

Ahora bien, apreciada esta situación excepcional, lo cierto es que en estos casos la LCSP no fija tampoco ningún límite máximo a la subcontratación del medio propio con terceros, por lo que podríamos pensar que esta podría llegar también hasta el 100 % de la prestación objeto de encargo.

Finalmente, aunque de un modo un poco confuso, el artículo 32.7 de la LCSP parece recoger un tercer supuesto que se excluye también automáticamente del ámbito de aplicación del límite máximo del 50 % del importe de las prestaciones parciales que el medio propio puede contratar con terceros. Se trata del supuesto en que “la gestión del servicio público se efectúe mediante la creación de entidades de derecho público destinadas a este fin, ni a aquellos en que la misma se atribuya a una sociedad de derecho privado cuyo capital sea, en su totalidad, de titularidad pública”.

Como en el primer caso, se trataría de una excepción automática y absoluta, que permitiría excluir totalmente la aplicación de los límites previstos en el artículo 32.7 b) de la LCSP. No obstante, esta previsión puede plantearnos también varias dudas en cuanto a su contenido, puesto que no resulta del todo fácil identificar a qué supuestos se está haciendo realmente referencia.

30 En este sentido, destaca que en la exposición de motivos de la Ley 6/2018, de 3 de julio, de presupuestos generales del Estado para 2018, no se haga la más mínima referencia al motivo que justifica la introducción de esta modificación en la LCSP.

Si partimos del tenor literal del artículo 32.7 b) de la LCSP, deberíamos considerar que esta exclusión se entiende referida solamente a los supuestos en que, para el cumplimiento del encargo recibido, el medio propio personificado recurra a su vez a la creación de un ente instrumental, ya sea de derecho público o una sociedad de derecho privado. Esta interpretación se refuerza por el hecho de que, sistemáticamente, esta excepción se sitúa dentro del artículo 32.7 de la LCSP, precepto que regula específicamente los supuestos en que un medio propio puede subcontratar con un tercero la realización de determinadas prestaciones parciales. En consecuencia, parece lógico que la excepción que se introduce deba ir referida necesariamente a este supuesto concreto.

Ciertamente, no podemos negar la posible viabilidad jurídica de esta opción interpretativa, por cuanto la entidad que recibe el encargo no haría más que recurrir a sus propios medios materiales –también personificados– para poder ejecutarlo. Sin embargo, desde un punto de vista organizativo, este esquema parece cuestionable, no solo porque ello podría dar lugar a una sucesiva creación de entidades instrumentales, sino también porque el hecho de que, para el cumplimiento de un encargo, un determinado medio propio personificado tenga que recurrir a otra entidad instrumental parecería alejarse de la exigencia de la disposición de medios personales y materiales apropiados que impone también el artículo 32.2 d) de la LCSP.

Otra posible interpretación de este precepto vendría a decirnos que, en realidad, esta excepción se refiere no a la creación de entes instrumentales por parte de los medios propios personificados, sino a los casos en que son directamente los poderes adjudicadores los que deciden atribuir, desde un inicio, la gestión de un servicio público a una entidad de derecho público o una sociedad de derecho privado cuyo capital sea íntegramente público. De esta manera, si esto fuera así, esta excepción vendría a excluir de la aplicación de los límites previstos en el artículo 32.7 b) de la LCSP los supuestos en que la gestión de un determinado servicio público se realizara de forma directa, mediante la creación de una entidad de derecho público o una sociedad de derecho privado, de capital íntegramente público.

Esta segunda opción interpretativa podría encontrar su fundamento en los propios trabajos parlamentarios de elaboración de la LCSP, pues la justificación de la enmienda que dio lugar a la introducción de este precepto, con su redacción actual, parece expresarse en un sentido similar³¹.

Ahora bien, si esto fuera así, lo que resulta difícil de entender es por qué una previsión de alcance general –referida en realidad a las formas de gestión directa de los servicios públicos– se incluye en el artículo 32.7 de la LCSP, que, recordemos, pretende regular solamente el régimen jurídico de los encargos a medios propios. Lo lógico hubiera sido que, como ya

31 La introducción de esta excepción en el articulado de la LCSP es fruto de la aprobación de una enmienda (la n. 482) del Partido Socialista al proyecto de ley inicialmente presentado en el Congreso de los Diputados, la justificación de la cual se expresaba en los siguientes términos:

“Se confunde el encargo de una obra o servicio concreto con el encargo de «gestionar un servicio», que es lo que hacen habitualmente los entes instrumentales, ya que son una forma de gestión directa de los servicios públicos, especialmente los locales (artículo 85 de la Ley 7/1985, LBRL). De acuerdo con el Proyecto si se pretende encargar una promoción urbanística concreta o de un grupo de viviendas, por mucho que sea en valor del conjunto de las actuaciones de gestión que hay que realizar (elaboración de proyectos, licencias, dirección de obras, acogimiento a la protección oficial, solicitud de ayudas y créditos de los planes de vivienda, selección de adjudicatarios, planes de seguridad y salud, contratación de obras de urbanización y/o edificación, etc.), nunca puede ser comparado económicamente con el valor de la obra a ejecutar (el valor de la obra edificada o urbanizada), que paradójicamente es lo más simple de realizar. Además, va en contra de la normativa específica de las Sociedades Urbanísticas, competencia de las CC.AA., que le imponen la obligación de ser solo promotoras y no constructoras, al prohibirle la ejecución material de las obras y obligarlas a ofertarlas públicamente” (*Boletín Oficial de las Cortes Generales*, Congreso de los Diputados, Serie A, n. 2-2, 16 de marzo de 2017, p. 406).

sucedía con el anterior TRLCSP³², esta previsión se hubiera recogido en los artículos de la ley dirigidos a regular los contratos de servicios o las concesiones de servicios³³.

2.5 Recapitulación

Si se cumplen de forma acumulativa los cuatro requisitos a los que nos hemos venido refiriendo, los encargos contractuales conferidos por un poder adjudicador a otra persona jurídica distinta quedarían excluidos del ámbito de aplicación de la legislación de contratos del sector público. Y es que, aunque formalmente pudiéramos definir dicha relación como un *contrato público*, la LCSP considera que estamos ante una relación meramente organizativa, de carácter interno (art. 31.1 LCSP).

Por lo demás, debe tenerse en cuenta que, tal como prevé expresamente el artículo 32.5 de la LCSP, el incumplimiento sobrevenido de cualquiera de estos requisitos comportará la pérdida de la condición de medio propio personificado y, consecuentemente, la imposibilidad de seguir efectuando encargos a la persona jurídica afectada, sin perjuicio de que, para no afectar a la continuidad de las prestaciones, se podrán concluir aquellos encargos que estuvieran en fase de ejecución³⁴.

Ahora bien, llegados a este punto y antes de dar por finalizado el análisis de los requisitos que se exigen a los poderes adjudicadores para realizar encargos a medios propios personificados, debemos hacer también referencia a la legislación en materia de régimen jurídico del sector público porque, como veremos seguidamente, esta parece haber introducido un nuevo requisito –que puede tener trascendencia– en lo que se refiere, como mínimo, a los encargos a medios propios realizados en el ámbito de la Administración general del Estado (art. 86 LRJSP).

2.6 ¿Un quinto requisito? El carácter subsidiario de los encargos a medios propios personificados en el ámbito de la Administración general del Estado

Como es sabido, la nueva LRJSP se ha ocupado de regular, con carácter general, el régimen jurídico de nuestras administraciones públicas, poniendo especial atención en la regulación del sector público institucional. Es precisamente en este ámbito donde encontramos el artículo 86 de la LRJSP, que parece introducir una novedad relevante –al tiempo que discutible– sobre el régimen jurídico de los encargos a medios propios personificados en el ámbito de la Administración general del Estado. Este precepto, después de prever que las entidades integrantes del sector público institucional podrán ser consideradas como medios propios de los poderes adjudicadores y del resto de entidades del sector público cuando cumplan las condiciones y requisitos previstos en la legislación contractual (art. 86.1 LRJSP), añade:

32 En efecto, el anterior artículo 8.2 del TRLCSP se expresaba en términos muy parecidos a los previstos ahora en la LCSP al excluir de su ámbito de aplicación: “[...] los supuestos en que la gestión del servicio público se efectúe mediante la creación de entidades de derecho público destinadas a este fin, ni a aquellos en que la misma se atribuya a una sociedad de derecho privado cuyo capital sea, en su totalidad, de titularidad pública”.

33 En el mismo sentido, VILLAR ROJAS, F. J., “El impacto de la nueva Ley de Contratos del Sector Público en la gestión de los servicios públicos locales”, *Anuario de Derecho Municipal* 2017, n. 11, 2018, p. 82.

34 Igualmente, el artículo 40 c) de la LCSP prevé que serán anulables los encargos que acuerden los poderes adjudicadores para la ejecución directa de prestaciones a través de medios propios, cuando no observen alguno de los requisitos establecidos en los apartados 2-4 del artículo 32 de la LCSP.



“2. Tendrán la consideración de medio propio y servicio técnico cuando se acredite que, además de disponer de medios suficientes e idóneos para realizar prestaciones en el sector de actividad que se corresponda con su objeto social, de acuerdo con su norma o acuerdo de creación, se dé alguna de las circunstancias siguientes:

- a) Sea una opción más eficiente que la contratación pública y resulta sostenible y eficaz, aplicando criterios de rentabilidad económica.
- b) Resulte necesario por razones de seguridad pública o de urgencia en la necesidad de disponer de los bienes o servicios suministrados por el medio propio o servicio técnico [...]”.

Como puede verse, este precepto no solo anticipaba la necesidad de acreditar que los medios propios personificados dispusieran de los medios suficientes e idóneos para poder cumplir con los encargos que pretenden atribuírseles –obligación que, como mencionábamos, se ha recogido posteriormente de forma expresa en el artículo 32.2 c) de la LCSP– sino que, además, añade una nueva limitación a la utilización de esta figura: el carácter subsidiario de los encargos a medios propios personificados respecto de la contratación pública [art. 86.2 a) LRJSP]. De este modo, excepto cuando se justifique en razones de urgencia o seguridad pública [art. 86.2 b) LRJSP], deberá acreditarse expresamente que el recurso a los medios propios resulta una opción más eficiente y sostenible, en términos económicos, que la contratación pública. Si ello no resulta posible, todos aquellos encargos de actividades contractuales que sean susceptibles de explotación deberían ser, inicialmente, objeto de un procedimiento de licitación de acuerdo con la LCSP.

En este punto, además, hay que subrayar que este requisito no se contempla simplemente como una mera formalidad legal. Al contrario. Mientras que, por un lado, el artículo 86.2 de la LRJSP afirma que el cumplimiento de dicho requisito formará parte del control de eficacia al que se someten las entidades integrantes del sector público institucional, por el otro, el artículo 86.3 de la LRJSP añade que “A la propuesta de declaración de medio propio y servicio técnico deberá acompañarse una memoria justificativa que acredite lo dispuesto en el apartado anterior y deberá ser informada por la Intervención General de la Administración del Estado [...]”.

Con toda seguridad, el hecho de que la Administración, a la hora de decidir el modo concreto de ejercer unas determinadas competencias, deba analizar y justificar detalladamente cuál resulta más adecuado desde un punto de vista de la eficiencia y la eficacia no debe parecernos una idea nada extraña (art. 103.1 CE). No obstante, que, según el artículo 86.2 a) de la LRJSP, dicha elección deba basarse solamente en criterios de “rentabilidad económica” sí que podría resultar criticable. No solo porque parte de una presunción de ineficacia de la gestión directa por parte de la Administración³⁵, sino que, además, viene a limitar la

35 VILALTA REIXACH, M., “La encomienda de gestión en la LRJSP. Régimen jurídico y distinción de figuras afines”, Tornos Mas, J. (coord.), *Estudios sobre las leyes 39/2015 del procedimiento administrativo común de las administraciones públicas y 40/2015 del régimen jurídico del sector público*, Atelier, Barcelona, 2017, p. 102.

Por otro lado, se ha afirmado también que el rigor en la exigencia de este requisito podría conllevar el efecto contrario al querido por el legislador (el ahorro del gasto público). Y es que a la Administración puede resultarle más fácil contratar que “demostrar” todos los requisitos previstos en el artículo 86.2 de la LRJSP. MELLADO RUIZ, L., “Organización y funcionamiento del sector público institucional”, Gosálbez Pequeño, H. (dir.), *La Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público y las Administraciones Locales*, CEMCI, Granada, 2016, p. 290. Igualmente, FONT I LLOVET considera que este criterio no se compadece en absoluto con la configuración constitucional de la Administración pública, que ya descartó la subsidiariedad de la iniciativa económica de los poderes públicos. FONT I LLOVET, T., “Administración pública, libertad y mercado. Los criterios de la reforma administrativa”, *Estudios sobre las leyes 39/2015 del procedimiento administrativo común de las administraciones públicas y 40/2015 del régimen jurídico del sector público*, Atelier, Barcelona, 2017, pp. 3-38.

libertad de decisión en materia organizativa, imponiendo la utilización preferente de una determinada forma de prestación –la gestión indirecta de carácter contractual– únicamente en atención a su beneficio económico³⁶. Todo ello nos pone de relieve, una vez más, la tradicional consideración del legislador español de la contratación pública como una simple operación económica, olvidando, por lo tanto, que las decisiones organizativas en materia de provisión de bienes y servicios constituyen también un instrumento para la consecución de otras finalidades públicas, desligadas del estricto valor económico³⁷.

Más allá de la oportunidad de este requisito, la regulación actual puede plantearnos otra duda de carácter jurídico: ¿este nuevo requisito es aplicable solamente a los encargos efectuados por la Administración general del Estado o debe ser aplicado por todas las restantes administraciones públicas?

Si partiéramos de la disposición final 14 de la LRJSP –que prevé expresamente que el artículo 86 de la LRJSP no tiene carácter básico–, podríamos llegar a la conclusión de que estos nuevos requisitos son únicamente aplicables a la Administración general del Estado y al sector público estatal³⁸. Ahora bien, la cuestión se complica si tenemos en cuenta también la regulación prevista en la nueva LCSP. En concreto, la disposición final cuarta de la LCSP señala lo siguiente:

“3. En relación con el régimen jurídico de los medios propios personificados, en lo no previsto en la presente ley, resultará de aplicación lo establecido en la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de régimen jurídico del sector público”.

Por lo tanto, este artículo parece afirmar que el régimen jurídico de los encargos a medios propios personificados no solo se integraría por el cumplimiento de los requisitos previstos en el artículo 32 de la LCSP, sino que, con carácter supletorio, además, debería cumplirse también con lo previsto en la LRJSP.

Asimismo, debemos tener en cuenta que la disposición final cuarta de la LCSP sí que tiene carácter básico³⁹, de manera que, como han apuntado algunos autores, deberíamos llegar a la conclusión de que la nueva LCSP ha querido convertir también en básicos, como mínimo por la vía de la supletoriedad, los requisitos previstos en el artículo 86 de la LRJSP y, por tanto, hacerlos extensibles a todo el sector público, tanto estatal como autonómico y local⁴⁰.

36 El concepto de “rentabilidad económica” (*Return on assets*) ha sido definido como el rendimiento promedio obtenido por todas las inversiones de una determinada empresa; en otras palabras, el beneficio generado por cada euro invertido. En este sentido, entre otros muchos, RIVERO TORRE, P., y CUERVO GARCÍA, Á., “Análisis económico-financiero de la empresa”, *Revista Española de Financiación y Contabilidad*, n. 49, 1986, pp. 15-33, o BERNSTEIN, L. A., *Análisis de estados financieros*, Deusto, Bilbao, 1996, pp. 660-663.

37 Sobre la utilización estratégica de la contratación y su consideración como instrumento de consecución de determinadas políticas públicas, podemos remitirnos a GIMENO FELIU, J. M., *El nuevo paquete legislativo comunitario sobre contratación pública. De la burocracia a la estrategia. El contrato público como herramienta del liderazgo institucional de los poderes públicos*, Thomson Reuters-Aranzadi, Navarra, 2014, o PERNAS GARCÍA, J. J. (dir.), *Contratación Pública Estratégica*, Thomson Reuters-Aranzadi, Navarra, 2013. Igualmente crítica resulta la lectura de dicho precepto por BERMÚDEZ SÁNCHEZ, J., “La modificación de los modos de gestión de servicios públicos, en el Proyecto de Ley de régimen jurídico del sector público”, *Documentación Administrativa*, n. 2, 2015.

38 En efecto, el artículo 86 de la LRJSP se encuentra ubicado en el capítulo II (*Organización y funcionamiento del sector público estatal*) del título II (*Organización y funcionamiento del sector público institucional*), que, de acuerdo con la mencionada disposición final 14, apartado 2 c) de la LRJSP, ni tienen carácter de legislación básica.

39 Véase la disposición final primera de la LCSP.

40 En este sentido, por ejemplo, AMOEDO SOUTO, C. A., “Los encargos a medios propios e instrumentales: ¿hacia un nuevo comienzo?”, Gimeno Felii, J. M. (dir.), *Estudio Sistemático de la Ley de Contratos del Sector Público*, Thomson Reuters-Aranzadi, Navarra, 2018, pp. 387-389, o NOGUERA DE LA MUELA, B., “Capítulo XII. Cooperación vertical: los encargos a medios propios o servicios técnicos”, cit., pp. 685-687.

Ciertamente esta es una cuestión compleja y abierta, que no resulta nada fácil de resolver. Sin embargo, en nuestra opinión, optar por una interpretación literal de la LCSP –que permitiera ampliar el ámbito de aplicación de los requisitos previstos en el artículo 86 de la LRJSP a todo el sector público institucional– podría resultar injustificado.

En primer lugar, porque resulta extraño que una limitación tan relevante como la prevista en el artículo 86.2 de la LRJSP no se haya previsto de forma expresa y detallada en el artículo 32 de la LCSP. Téngase en cuenta que, como apuntábamos anteriormente, la aplicación de esta limitación con carácter general supondría un cambio significativo en el régimen jurídico de los encargos a medios propios personificados, por cuanto estos serían subsidiarios respecto de la contratación pública.

Por lo tanto, resulta sorprendente que el articulado de la Ley de contratos del sector público, ni siquiera su exposición de motivos, no haga ningún tipo de alusión a esta importante modificación. Más sorprendente aún cuando otra de las novedades que incorporaba dicho precepto –la exigencia de que los medios propios personificados dispongan de los medios suficientes e idóneos para realizar el encargo (art. 86.2 LCSP)– sí que se ha previsto expresamente en el artículo 32.2 d) de la LCSP.

Pero, sobre todo, creemos que no ha sido esta la voluntad del legislador estatal porque, si leemos con atención el artículo 32.1 de la LCSP, veremos cómo este precepto hace ya una referencia directa a los requisitos previstos en la LRJSP para los encargos a los medios propios personificados y la circunscribe únicamente a los medios propios de ámbito estatal. En efecto, el artículo 32.1 de la LCSP parece distinguir, por un lado, los requisitos que deberían cumplirse por todos los medios propios personificados –que serían los previstos en los artículos 32.2, 32.3 y 32.4 de la LRJSP– y, por el otro, aquellos otros requisitos que, además, son “establecidos para los medios propios del ámbito estatal en la Ley 40/2015, de 1 de octubre [...]”.

Por lo tanto, partiendo de una interpretación sistemática de la LCSP, podríamos concluir que, en nuestra opinión, los requisitos y limitaciones previstos en el artículo 86 de la LRJSP serían aplicables únicamente a las entidades que quieran configurarse como medio propio de la Administración general del Estado, no siendo obligatoriamente exigibles al resto de administraciones públicas.

Por lo demás, téngase en cuenta que la remisión que efectúa la disposición final cuarta de la LCSP a la LRJSP es solamente con carácter supletorio. En consecuencia, podríamos entender que la legislación autonómica que desarrolle la regulación básica estatal sobre el régimen jurídico de los encargos de los poderes adjudicadores a los medios propios personificados podría optar, en su caso, por otra solución, desactivando así el juego de la cláusula supletoria.

3 La redistribución de competencias entre entidades públicas

Como hemos ido exponiendo a lo largo de los apartados anteriores, la posibilidad de que las entidades pertenecientes al sector público puedan encargar la realización de determinadas tareas contractuales a sus medios propios personificados podría resultar una opción

Igualmente, aunque sin pronunciarse de forma clara, parece expresarse en el mismo sentido la reciente Resolución del Tribunal Catalán de Contratos del Sector Público núm. 105/2018, de 15 de junio (pp. 22-23).

organizativa muy útil. Aunque debamos tener siempre presentes sus límites, esta herramienta puede permitir no solo una gestión más ágil de los asuntos públicos, sino también un mejor aprovechamiento de los recursos⁴¹.

No obstante, creemos que en algunas ocasiones nuestras entidades públicas realizan una utilización excesiva de esta figura, no solo porque, como ha puesto de relieve la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia, se recurre de forma abusiva a esta institución, para huir de la aplicación de las normas de contratación⁴², sino también por su innecesariedad. En efecto, a veces la utilización de los encargos a medios propios personificados resultaría prescindible por cuanto la asignación de determinadas tareas que pretende realizarse a otra entidad pública, por su propia naturaleza, no daría lugar al establecimiento de un contrato público entre ellas y, por lo tanto, no estaría sujeto a la LCSP.

En este caso, el punto de partida debemos situarlo en una consideración básica, pero a menudo olvidada: la normativa en materia de contratos del sector público se ocupa solamente de regular el régimen jurídico de los *contratos públicos* –es decir, de los contratos onerosos celebrados por escrito por una entidad del sector público con una persona jurídica diferenciada (ex art. 2.1 LCSP) y que tienen por objeto la realización de una obra, la prestación de un servicio o un suministro–. De esta manera, quedan automáticamente fuera de su ámbito de aplicación aquellos otros supuestos en que, por faltar alguno de estos requisitos, no pueden calificarse como tales.

Desde esta perspectiva, uno de los supuestos que, en nuestra opinión, escaparían al concepto de contrato público podrían ser los procesos de descentralización funcional, en los que, como veremos seguidamente, se produce una redistribución de competencias públicas dentro de una misma organización administrativa. En efecto, cuando una determinada Administración pública decide transferir o asignar directamente la gestión de una determinada función a otra entidad instrumental, no podemos hablar propiamente de un acuerdo de voluntades de carácter oneroso entre dos personas jurídicas diferenciadas –es decir, de un contrato público (ex art. 2.1 LCSP)–, sino que nos encontraríamos ante una decisión organizativa meramente interna, de carácter unilateral. Y, como tal, esta decisión organizativa resultaría excluida del ámbito de aplicación de la normativa contractual.

Aunque es cierto que la nueva LCSP no parece recoger de forma expresa este supuesto, conceptualmente esta sería una figura plenamente conocida y amparada en nuestro ordenamiento jurídico⁴³. Asimismo, su fundamento jurídico podría encontrarse también en la normativa comunitaria. En efecto, el artículo 1.6 de la Directiva 2014/24/UE, de 26 de febrero,

41 En este sentido, se ha afirmado que “los medios propios han sido utilizados como alternativa operativa de los gestores públicos no solo ante las rigideces administrativas (para la dotación de personal público por capítulo I [...]), sino también ante las debilidades de un sector privado también en crisis y con no pocas patologías [...]”. AMOEDO SOUTO, C.A., “Los encargos a medios propios e instrumentales: ¿hacia un nuevo comienzo?”, cit., p. 372.

42 Véase, por ejemplo y entre otros muchos, el documento “Los medios propios y las encomiendas de gestión: implicaciones de su uso desde la óptica de la promoción de la competencia” elaborado por la Comisión Nacional de la Competencia en 2008 y que, entre otros aspectos, alertaba sobre las posibles restricciones a la competencia derivadas de la utilización de los medios propios personificados por parte de las diferentes administraciones públicas. Puede accederse a la versión electrónica de dicho documento en https://www.cnmc.es/sites/default/files/1186066_1.pdf

43 Téngase en cuenta, por ejemplo, el artículo 85.2 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las bases del régimen local. En este sentido se expresa también VILLAR ROJAS, F.J., “El impacto de la nueva Ley de Contratos del Sector Público en la gestión de los servicios públicos locales”, cit., p. 82.

partiendo de la libertad organizativa de los Estados miembros para establecer la prestación de sus servicios, permite excluir de su ámbito de aplicación:

“Los acuerdos, las decisiones y los demás instrumentos jurídicos mediante los cuales se organiza la transferencia de competencias y responsabilidades para desempeñar funciones públicas entre poderes adjudicadores o agrupaciones de los mismos y que no prevén que se dé una retribución por la ejecución de un contrato, se consideran un asunto de organización interna del Estado miembro de que se trate y, en ese sentido, en modo alguno se ven afectados por la presente Directiva”.

Como puede comprobarse, este precepto vendría a recoger un supuesto aparentemente distinto de los encargos a medios propios personificados que hemos analizado anteriormente. Y es que, a diferencia de aquellos, se parte de la inexistencia de un *contrato público*, en el sentido de las directivas europeas sobre contratación, en los supuestos en que un poder adjudicador se limita a atribuir genéricamente y de forma unilateral determinadas competencias o tareas administrativas a otra entidad pública. Como avanzábamos, en estos supuestos no existe –no formal ni materialmente– un intercambio oneroso de prestaciones entre dos personas jurídicas diferenciadas. De hecho, no habría ninguna selección de una oferta –y, por tanto, de un adjudicatario–, sino solamente la asignación directa y unilateral de una determinada tarea a una entidad pública concreta⁴⁴.

Más allá de estas nuevas previsiones normativas de la Directiva 2014/24/UE, de 26 de febrero, debemos añadir que el TJUE ha tenido también ocasión de pronunciarse sobre estos supuestos, aunque, de momento, de manera puntual. Así, con algunas breves referencias anteriores⁴⁵, debemos destacar especialmente la Sentencia de 21 de diciembre de 2016, asunto C-51/15, *Remondis GmbH*. En este procedimiento el tribunal vino a enjuiciar la atribución que determinadas autoridades locales alemanas habían realizado de sus competencias en materia de recogida y tratamiento de residuos a un consorcio administrativo creado por ellas. Ante la constatación de que dicho consorcio, por el volumen de actividades que realizaba con terceros, no cumplía con los requisitos para ser considerado como un medio propio personificado de acuerdo con la normativa contractual y que la atribución de dichos servicios al consorcio tampoco pretendía establecer una relación de cooperación entre las partes, el TJUE llega a la conclusión de que la normativa europea en materia de contratación pública:

“[...] debe interpretarse en el sentido de que no constituye un contrato público un acuerdo entre dos entidades territoriales, como el controvertido en el litigio principal, sobre la base del cual éstas adoptan un estatuto por el que se crea un consorcio de entidades, con personalidad jurídica de Derecho público, y por el que se transfiere a esa nueva entidad pública determinadas competencias de las que disfrutaban esas entidades hasta entonces y que en adelante corresponderán al consorcio de entidades” (F. J. 55).

44 Se ha referido a la elección de una oferta como elemento indispensable para la existencia de un contrato público la STJUE de 2 de junio de 2016, asunto C-410/14, *Falk Pharma*, F. J. 38. Sobre este supuesto, véanse también el *Libro Verde de la Comisión sobre la modernización de la política de contratación pública de la UE* (COM 2011 15 final, de 27 de enero), pp. 23-24 y, de forma más detallada, el *Documento de trabajo de los servicios de la Comisión Europea relativo a la aplicación de la normativa sobre contratación pública a las relaciones entre poderes adjudicadores (cooperación público-pública)* [SEC (2011) 1169, de 4 de octubre], pp. 19-20.

45 Por ejemplo, podemos citar la Sentencia de 20 de octubre de 2005, asunto C-264/03, *Comisión de las Comunidades Europeas/Francia*, F. J. 54.

Por lo tanto, el TJUE considera también que jurídicamente no puede hablarse de un contrato público cuando es un determinado poder adjudicador –o varios en este caso– quienes deciden atribuir *ex novo* a otra entidad pública el ejercicio de unas determinadas funciones públicas. Su argumentación, como veremos seguidamente, reside también en el hecho de que, aunque dicha atribución pueda suponer la gestión de un servicio, en realidad en estos supuestos no existiría un verdadero contrato oneroso celebrado por escrito entre dos personas jurídicas diferenciadas, sino una simple opción organizativa de la Administración⁴⁶, por lo que, en consecuencia, ante la ausencia de un contrato público, para articular dichos traslados competenciales no sería necesario acudir a los procedimientos de adjudicación previstos en la normativa contractual.

Como puede imaginarse, todas estas previsiones pueden resultar de enorme interés para nuestras administraciones públicas, ya que vienen a limitar, en parte, la tendencia notablemente expansiva que ha experimentado la noción de contrato público en los últimos años. Al mismo tiempo, estas previsiones vendrían a garantizar un espacio de decisión organizativa propia –al margen de la legislación contractual e, incluso, de la figura de los encargos a medios propios personificados– que permitiría a las diferentes entidades del sector público poder acordar directamente la gestión de determinadas competencias o actividades mediante la creación –o modificación– de otras entidades públicas instrumentales⁴⁷.

Sin embargo, como no puede ser de otra manera, la aplicación de esta excepción debe realizarse también de forma estricta y sujeta al cumplimiento de determinados límites, para evitar que cualquier mera relación intersubjetiva atributiva de un servicio pudiera considerarse como un supuesto de redistribución de competencias entre entidades públicas excluido del ámbito de aplicación la legislación contractual.

En este sentido, para examinar brevemente cuáles podrían ser los condicionantes a la posible utilización de esta figura, debemos remitirnos nuevamente a la mencionada Sentencia de 21 de diciembre de 2016, asunto C-51/15, *Remondis GmbH*, en la que el TJUE afirma que tal supuesto de transferencia de competencias:

“[...] sólo existe si se refiere, a la vez, a las responsabilidades derivadas de la competencia transferida y a los poderes que son el corolario de ésta, de modo que la autoridad pública que es ahora competente dispone de autonomía decisoria y financiera, lo que corresponde comprobar al órgano jurisdiccional remitente” (F. J. 55).

46 Entre nosotros, HUERGO LORA se ha expresado en sentido similar cuando, al analizar el supuesto planteado en la mencionada Sentencia *Remondis GmbH*, en concreto, la creación de un consorcio por varias entidades públicas y la posterior delegación de funciones, afirma que “Es difícil confundir eso con un contrato público porque se trata de una auténtica delegación de competencias intersubjetiva y no del encargo de la prestación de un servicio”. HUERGO LORA, A., “Los convenios interadministrativos y la legislación de contratos”, *Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica*, n. 8, 2017, p. 21. Anteriormente, había puesto de relieve también esta idea, entre otros, REBOLLO PUIG, M., “Los entes institucionales de la Junta de Andalucía y su utilización como medio propio”, cit., p. 376.

47 En este sentido también han parecido entenderlo la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado, por ejemplo, en su Informe 10/2010, de 23 de julio, o el Tribunal Catalán de Contratos del Sector Público, en su Resolución 113/2018, de 20 de junio. Igualmente, véase la instrucción relativa a la descentralización funcional y a los medios propios del Ayuntamiento de Barcelona, aprobada por Decreto de la Comisión de Gobierno n. 218/536, de 26 de julio (*Gaseta Municipal del Ayuntamiento de Barcelona* de 30 de julio de 2018). En contra de esta idea, EZQUERRA HUERVA, A., “La gestión directa de servicios locales mediante personificación interpuesta: una potestad organizativa sujeta a la legislación de contratos”, *Observatorio de Contratación Pública*, 30 de septiembre de 2018. <http://www.obcp.es/index.php/mod.opiniones/mem.detalle/id.371/relcategoria.121/relmenu.3/chk.3a0f412a61f01b39aa322f484b03b9ff> (4 de octubre de 2018).

Por lo tanto, parecería que, más allá de los sujetos concretos que intervienen en dicha relación⁴⁸, el TJUE determina la aplicación de este supuesto basándose en su objeto, es decir, tomando principalmente como referencia el contenido y alcance de esta cesión de competencias. De este modo, partiendo de esta perspectiva, dedicaremos los dos últimos apartados de este trabajo a analizar, al menos de forma inicial, la posible repercusión de dichas limitaciones.

3.1 Asunción de responsabilidades y autonomía decisoria

Desde nuestro punto de vista, el primer elemento que deberíamos valorar para determinar la existencia de un supuesto de transferencia de competencias entre entidades públicas excluido del ámbito de aplicación de la normativa contractual guarda relación con su contenido inmediato, es decir, con el conjunto de facultades (y deberes) que pretenden transferirse mediante dicha reordenación competencial.

En este punto, el TJUE parte de un concepto funcional. Y es que considera indiferente que la transferencia de competencias entre entidades públicas venga impuesta por una norma jurídica, por una autoridad de rango superior o, incluso, que sea acordada voluntariamente –recordemos que la Sentencia *Remondis GmbH* se refería específicamente a la creación voluntaria de un consorcio administrativo–. Lo determinante es que esta suponga la asunción de las responsabilidades vinculadas a la competencia que se transfiere, en particular de la obligación de cumplir las funciones que implica dicha competencia y los poderes que son el corolario de esta (F.J. 49).

Se trataría de demostrar que, efectivamente, la entidad pública que recibe dicha atribución competencial pasa a ocupar, a todos los efectos, el papel y lugar de la Administración cedente, disponiendo de plena capacidad de decisión sobre el ejercicio de dichas funciones. De este modo, la atribución competencial tendría como consecuencia que la entidad anteriormente competente se vea liberada de la obligación y del derecho de ejecutar esa función, que pasaría a confiarse a la entidad que asume dicha cesión.

Fijémonos cómo, en este supuesto, a diferencia de los encargos a medios propios personificados (art. 32.1 LCSP), la transferencia de competencias no se limitaría solamente a la encomienda de una prestación meramente contractual –realización de obras, suministros o servicios–, que deba ser realizada de acuerdo con las instrucciones fijadas por el poder adjudicador, sino a la atribución de un conjunto de funciones y responsabilidades concretas en un ámbito material determinado.

De todos modos, ello no supone que la entidad que pretende realizar esta asignación competencial quede desprovista de cualquier forma de control o influencia sobre esta. Al contrario. En primer lugar, como es obvio, podrá participar plenamente en el ejercicio de dichas funciones a través de los propios órganos decisorios de la entidad que recibe la competencia, que deberían permitirle también influir en la toma de las decisiones estratégicas

48 En este punto, sin poder entrar en más detalle en esta cuestión, queremos simplemente apuntar que la referencia que se prevé en el artículo 1.6 de la Directiva 2014/24/UE, de 26 de febrero, a los poderes adjudicadores no debe interpretarse *a priori* en un sentido limitativo o excluyente de otras posibles entidades del sector público. En nuestra opinión, obedece tan solo al hecho de que, como es sabido, la mencionada directiva limita su ámbito de aplicación solamente a los procedimientos de adjudicación celebrados por los poderes adjudicadores, pero no a los contratos que puedan firmar otras entidades que no tengan dicha consideración.

y más importantes⁴⁹. Por lo tanto, sin necesidad de ningún negocio jurídico y, menos aún, de un encargo en el sentido del artículo 32 de la LCSP, la entidad pública delegante podría mediatizar plenamente la actuación de la entidad que recibe dicha transferencia –y sin que ello suponga ninguna merma de su autonomía de acción– a través de los órganos sociales.

Pero es que, además, como ha destacado también el TJUE en la Sentencia *Remondis GmbH*, la autonomía de acción que se reconoce a la entidad que recibe la transferencia competencial no debe entenderse tampoco como una total desvinculación por parte del ente delegante. Al contrario, tal y como se afirma expresamente en dicha resolución, la transferencia de una competencia no significa que la entidad que resulta ahora competente deba sustraerse a toda influencia por parte de la entidad cedente, que puede conservar cierto derecho de supervisión de las funciones derivadas de ese servicio y ejercerse a través de un órgano como la junta general, formada por representantes de las entidades territoriales anteriormente competentes (F.J. 52). No obstante, se añade que dicha capacidad de influencia debe ser necesariamente limitada, excluyéndose toda injerencia en la forma concreta de ejecución de las funciones comprendidas en la competencia transferida⁵⁰.

Por último, conviene tener también presente que el hecho de que la transferencia que pretende efectuarse pueda tener un carácter no permanente no supondría tampoco ningún obstáculo para poder excluir este supuesto del ámbito de aplicación de la normativa contractual. Y es que el TJUE, nuevamente en la Sentencia *Remondis GmbH*, sigue diciendo que no será necesario que la transferencia de competencias tenga carácter irreversible, puesto que el reparto de competencias dentro de un Estado no puede considerarse congelado, de manera que son posibles reorganizaciones sucesivas (F.J. 53).

Sin perjuicio de las anteriores consideraciones, no se nos escapa que, aunque a nivel teórico todas estas limitaciones parecen estar bien fundamentadas, en la práctica puede resultar bastante complejo diferenciar realmente cuándo estamos ante un supuesto de atribución competencial directa o cuándo en un mero intercambio oneroso de prestaciones contractuales entre dos personas jurídicas diferenciadas. En otras palabras, la delimitación de qué constituye una mera ejecución material de una prestación a cambio de una remuneración de aquello que, por el contrario, supone un acto por el cual una Administración pública, unilateralmente y en el marco de sus facultades institucionales, realiza una transferencia de determinadas funciones públicas a otra entidad se nos antoja problemática. Y, en todo caso, requerirá de un examen casuístico que tenga en cuenta todas las circunstancias legales y fácticas que concurran en cada caso.

49 Piénsese, por ejemplo, que, aunque el artículo 85 *ter* de la LBRL remite la forma de designación y el funcionamiento de la junta general a los estatutos sociales, nada impide que se acuerde la designación del pleno o junta de gobierno local como junta general de una determinada sociedad mercantil municipal. Y lo mismo podríamos afirmar de los organismos autónomos o entidades públicas empresariales municipales, de acuerdo con el artículo 85 *bis* de la LBRL.

50 En este punto, el abogado general, Sr. Paolo Mengozzi, en sus conclusiones al asunto C-51/15, *Remondis GmbH*, de 30 de junio de 2016, considera que no estaríamos ante un supuesto de transferencia de competencias entre entidades públicas si se previera una facultad de resolución unilateral atribuida a la Administración cedente en caso de ejecución inadecuada de la función. Y es que se considera que tal posibilidad pertenece a una lógica contractual, ajena a las transferencias de competencias. Una devolución de competencias podría, por el contrario, ser el resultado de una nueva reorganización de las funciones públicas en cuestión.

3.2 Ausencia de retribución y autonomía financiera

En segundo lugar, más allá del haz de potestades y deberes que pretenden transferirse con esta decisión organizativa, a la hora de analizar los supuestos de transferencias de competencias entre entidades públicas, el TJUE ha prestado también atención a los intercambios económicos que, en su caso, se derivan de dicha atribución.

El punto de partida es que, como hemos ya apuntado, los *contratos públicos* son siempre contratos de carácter oneroso (art. 2.1 LCSP) en el sentido de que una entidad del sector público recibe una prestación –una obra, un suministro o un servicio– a cambio de una contraprestación. Por tanto, para poder hablar de un contrato público debe producirse necesariamente un intercambio de prestaciones⁵¹. En cambio, frente a esta situación, para poder verificar la existencia de un supuesto de transferencia de competencias entre poderes adjudicadores –tal y como expresa el artículo 1.6 de la Directiva 2014/24/UE, de 26 de febrero– deberíamos poder acreditar que los intercambios económicos que puedan producirse no se deben a una mera retribución por la ejecución de un contrato, sino que son un elemento accesorio de dicha operación.

En otras palabras, en estos supuestos no estaríamos ante el pago de un precio por la realización de una prestación, sino que, salvando las distancias, podríamos decir que estas aportaciones tendrían una naturaleza cuasisubvencional, en cuanto se configuran como un presupuesto básico e indispensable para la puesta en marcha y el correcto funcionamiento de dicha entidad y de las competencias que se le asignan.

Desde esta perspectiva, y de acuerdo con el TJUE, la directiva no impide que dichas operaciones organizativas puedan dar lugar a intercambios patrimoniales. Al contrario. Ahora bien, en todo caso, como se apunta en la Sentencia *Remondis GmbH*:

“[...] la reasignación de los medios utilizados para el ejercicio de la competencia, que se transmiten por la autoridad que deja de ser competente a la que pasa a ser competente, no puede analizarse como el pago de un precio, sino que constituye, por el contrario, una consecuencia lógica, incluso necesaria, de la transferencia voluntaria o de la redistribución impuesta de dicha competencia de la primera autoridad a la segunda” (F. J. 45).

Como en el caso anterior, la comprobación de este requisito exigirá también un análisis casuístico, que deberá tomar en consideración principalmente el sistema de financiación de la entidad receptora de dichas funciones. Así, como decíamos, debería poder acreditarse que las posibles aportaciones que realiza la entidad cedente no se configuran como una mera remuneración contractual, de carácter sinalagmático por la prestación de un servicio concreto, sino que, como apunta el TJUE, son la consecuencia lógica de la atribución competencial efectuada.

Nuevamente, la acreditación de este requisito puede resultar compleja. Más si tenemos en cuenta que otra de las novedades que prevé la LCSP en relación con el régimen jurídico de los encargos que los poderes adjudicadores pueden realizar a sus medios propios personificados reside precisamente en limitar la retribución que estos pueden percibir únicamente por

51 Así lo ha puesto de relieve en muchas ocasiones el TJUE. Entre muchas otras, podemos mencionar la STJUE de 25 de marzo de 2010, asunto C-451/08, *Helmut Müller GbmH* (F. J. 45), la STJUE de 18 de enero de 2007, asunto C-200/05, *Jean Aroux/Commune de Roanne* (F. J. 45), o, más recientemente, la STJUE de 18 de octubre de 2018, asunto C-606/17, *IBA Molecular Italy Srl* (FF. JJ. 28-29).

referencia a tarifas aprobadas por la entidad encomendante basándose en el coste efectivo soportado por el medio propio para las actividades objeto de encargo [art. 32.2 a) LCSP].

En cualquier caso, complementando las consideraciones anteriores, el TJUE ha considerado también que la entidad a la que se transfieren las competencias debe disponer de autonomía financiera, negándose esta cuando “la autoridad inicialmente competente conserva la responsabilidad principal relativa a las referidas funciones, si se reserva el control financiero de estas o si debe aprobar previamente las decisiones que pretenda tomar la entidad a la que se adhirió” (F.J. 49).

Ahora bien, de nuevo, esta autonomía financiera del ente receptor no debe entenderse tampoco como una total desvinculación de la Administración cedente, sino que puede suponer también algún tipo de participación, con el límite de que en ningún caso deberían conferir a la entidad que realiza dicha transferencia obtener el control financiero directo de la actividad objeto de transferencia.

Desde esta perspectiva, por ejemplo, el TJUE –en la Sentencia *Remondis GmbH*– ha reconocido que no constituye una remuneración el hecho de que la autoridad que tome la iniciativa de la transferencia de una competencia o que decida la redistribución de una competencia se comprometa a asumir la carga de eventuales excesos de costes en relación con los ingresos que puedan resultar del ejercicio de esa competencia (F.J. 46). Dichas previsiones no se configurarían como el pago de un precio, sino como un mecanismo de garantía destinado a terceros, para evitar procedimientos de insolvencia de las entidades públicas.

4 A modo de conclusión: encargos a medios propios personificados vs. transferencias de competencias entre entidades públicas

Como anunciábamos en la introducción, a lo largo de este trabajo hemos intentado exponer, en primer lugar, algunas de las principales novedades de la LCSP en lo que se refiere al régimen jurídico de los medios propios personificados, especialmente en cuanto a los requisitos previstos en el artículo 32 de la LCSP para poder ser considerado como tal. A partir de aquí, en la parte final de nuestra exposición, nos hemos hecho eco de otro de los instrumentos de que pueden disponer nuestras administraciones para organizar la prestación de sus funciones públicas al margen de la vía contractual: las transferencias de competencias entre entidades públicas.

Por supuesto, el objetivo de nuestra exposición no reside en buscar torticeramente alternativas a la debida aplicación de la normativa contractual, sino simplemente poner de relieve los diferentes instrumentos que nos ofrece nuestro ordenamiento jurídico, intentando evitar el recurso a figuras –como pueden ser los encargos a medios propios personificados– para finalidades que pueden ser conseguidas mediante otros procedimientos menos complejos e igualmente válidos. Aunque somos conscientes de que, como hemos apuntado, se trata de situaciones complejas, no siempre bien definidas y que, a buen seguro, requieren de un mayor análisis.

regap



ESTUDIOS

En todo caso, llegados a este punto, para finalizar nuestro trabajo quedaría simplemente preguntarnos: ¿qué nos aporta, desde un punto de vista jurídico, esta distinción? ¿Qué importancia tiene la figura de la transferencia de competencias en relación con la utilización de los medios propios personificados?

En nuestra opinión, la principal aportación de estas dos categorías jurídicas residiría no solo en su función descriptiva, sino sobre todo en su función prescriptiva⁵², en la medida que de ellas se derivan dos regímenes normativos diferenciados. Así, mientras que los encargos a medios propios personificados se sujetan a los estrictos límites previstos en el artículo 32 de la LCSP, los supuestos de transferencias de competencias entre entidades públicas, al no tener la consideración de contratos públicos (ex art. 2.1 LCSP), quedarían fuera del ámbito de aplicación de la LCSP. En consecuencia, no les resultarían de aplicación los condicionantes previstos para los encargos a medios propios personificados: por ejemplo, las limitaciones a la subcontratación o la necesidad de que la entidad que recibe dicha transferencia realice la mayor parte de su actividad para la entidad de que dependa.

Una buena muestra de la aplicación práctica de esta diferenciación conceptual y jurídica la podríamos encontrar en la ya mencionada instrucción relativa a la descentralización funcional y a los medios propios del Ayuntamiento de Barcelona –*Gaseta Municipal del Ayuntamiento de Barcelona* de 30 de julio de 2018– en la que se prevé que la asignación de la gestión de determinados servicios, actividades o competencias por parte del Ayuntamiento de Barcelona a entes o sociedades que conforman supuestos de descentralización funcional o personificaciones de servicio no constituyen un encargo a medios propios en el sentido del artículo 32 de la LCSP. Por lo tanto, estas fórmulas de gestión directa no deben formalizarse en la forma prevista en el artículo 32 de la LCSP.

Obviamente, el hecho de que estas atribuciones competenciales constituyan actuaciones que la entidad instrumental de que se trate asuma como propias en virtud de las correspondientes previsiones estatutarias no impediría, en ningún caso, que esta entidad, además, pudiera recibir al mismo tiempo otros encargos puntuales o no habituales, de acuerdo con el artículo 32 de la LCSP.

En definitiva, la transferencia de competencias se nos presentaría como una tercera forma de excepcionar determinadas relaciones entre entidades públicas de la aplicación de la legislación contractual –junto con los encargos a los medios propios personificados y las relaciones de cooperación entre entidades públicas⁵³–. Esta excepción pone de nuevo el acento en un elemento central del sistema económico: los límites de la libertad organizativa de la Administración pública. Y es que, en realidad, con esta excepción se trata de determinar la capacidad de que dispone realmente la Administración para decidir por ella misma el cumplimiento directo de sus finalidades, es decir, hasta dónde puede llegar el ejercicio de actividades por parte del poder público, con independencia del mercado o del hecho de

52 Sobre las funciones de los conceptos jurídicos, DIEZ SASTRE, S., *La formación de conceptos en el Derecho Público*, Marcial Pons, Madrid, 2018, pp. 142-150.

53 Sobre el régimen jurídico de los convenios entre entidades públicas excluidos de la LCSP, nos remitimos a SANTIAGO IGLESIAS, D., “Capítulo XI. Cooperación horizontal: los convenios interadministrativos”, Gallego Córcoles, I., y Garnero Casado, E. (coords.), *Tratado de Contratos del Sector Público*, Tomo I, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, pp. 620-660, y VILALTA REIXACH, M., “Los convenios interadministrativos a la luz de la Ley de Contratos del Sector Público”, Gimeno Feliu, J.M. (dir.), *Estudio Sistemático de la Ley de Contratos del Sector Público*, Thomson Reuters-Aranzadi, Navarra, 2018, pp. 325-368.

que puedan existir también operadores económicos privados que puedan estar interesados en la gestión de dichas actividades.

Bibliografía

- AMOEDO SOUTO, C., "En torno al concepto jurídico de autoprovisión administrativa: dimensión europea y desajustes internos", *Revista de Administración pública*, n. 205, 2018.
- AMOEDO SOUTO, C. A., "Los encargos a medios propios e instrumentales: ¿hacia un nuevo comienzo?", Gimeno Feliu, J. M. (dir.), *Estudio Sistemático de la Ley de Contratos del Sector Público*, Thomson Reuters-Aranzadi, Navarra, 2018.
- BERMÚDEZ SÁNCHEZ, J., "La modificación de los modos de gestión de servicios públicos, en el Proyecto de Ley de régimen jurídico del sector público", *Documentación Administrativa*, n. 2, 2015.
- BERNSTEIN, L. A., *Análisis de estados financieros*, Deusto, Bilbao, 1996.
- DÍEZ SASTRE, S., *La formación de conceptos en el Derecho Público*, Marcial Pons, Madrid, 2018.
- EZQUERRA HUERVA, A., "La gestión directa de servicios locales mediante personificación interpuesta: una potestad organizativa sujeta a la legislación de contratos", *Observatorio de Contratación Pública*, 30 de septiembre de 2018. <http://www.obcp.es/index.php/mod.opiniones/mem.detalle/id.371/relcategoria.121/reلمenu.3/chk.3a0f412a61f01b39aa322f484b03b9ff> (4 de octubre de 2018).
- FONT I LLOVET, T., "Administración pública, libertad y mercado. Los criterios de la reforma administrativa", *Estudios sobre las leyes 39/2015 del procedimiento administrativo común de las administraciones públicas y 40/2015 del régimen jurídico del sector público*, Atelier, Barcelona, 2017.
- GALLEGO CÓRCOLES, I., "Los encargos a medios propios y servicios técnicos en la LRJSP", *Contratación Administrativa Práctica*, n. 147, 2017.
- GIMENO FELIU, J. M., "La problemática derivada del encargo de prestaciones a entes instrumentales propios: el alcance de la jurisprudencia comunitaria", Tornos Mas, J. (dir.), *Informe Comunidades Autónomas 2005*, Instituto de Derecho Público, Barcelona, 2006.
- GIMENO FELIU, J. M., *El nuevo paquete legislativo comunitario sobre contratación pública. De la burocracia a la estrategia. El contrato público como herramienta del liderazgo institucional de los poderes públicos*, Thomson Reuters-Aranzadi, Navarra, 2014.
- GIMENO FELIU, J. M., "La «codificación» de la contratación pública mediante el derecho pretoriano derivado de la jurisprudencia del TJUE", *Revista Española de Derecho Administrativo*, n. 172, 2015.
- HERNÁNDEZ CORCHETE, J. A., "Los presupuestos constitucionales de la actividad económica instrumental de la Administración pública. Una reflexión sobre el fundamento del uso

Regap



ESTUDIOS

- de medios propios”, Parejo Alfonso, L., y Vida Fernández, J. (coords.), *Los retos del Estado y la Administración en el Siglo XXI*, Tomo II, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017.
- HUERGO LORA, A., “La libertad de empresa y la colaboración preferente de las Administraciones con empresas públicas”, *Revista de Administración pública*, n. 154, 2001.
- HUERGO LORA, A., “Los convenios interadministrativos y la legislación de contratos”, *Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica*, n. 8, 2017.
- MELLADO RUIZ, L., “Organización y funcionamiento del sector público institucional”, Gosálbez Pequeño, H. (dir.), *La Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público y las Administraciones Locales*, CEMCI, Granada, 2016.
- MONTOYA MARTÍN, E., *Los medios propios o servicios técnicos en la Ley de contratos del sector público. Su incidencia en la gestión de los servicios públicos locales*, Fundación Democracia y Gobierno Local, Barcelona, 2009.
- NOGUERA DE LA MUELA, B., “Capítulo XII. Cooperación vertical: los encargos a medios propios o servicios técnicos”, Gallego Córcoles, I., y Gamero Casado, E. (coords.), *Tratado de Contratos del Sector Público*, Tomo I, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018.
- ORTIZ MALLOL, J., “La relación de dependencia de las entidades instrumentales de la Administración pública: algunas notas”, *Revista de Administración pública*, n. 163, 2004.
- PASCUAL GARCÍA, J., *Las encomiendas de gestión a la luz de la Ley de Contratos del Sector Público*, Boletín Oficial del Estado, Madrid, 2010.
- PERNAS GARCÍA, J.J., “La exigencia de “control análogo” en las encomiendas a medios propios”, *Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica (REALA)*, n. 311, 2009.
- PERNAS GARCÍA, J. J., “Exigencias y límites a la configuración y a la actuación de los medios propios, como entes encomendados en el marco de las relaciones *in house*”, *Actualidad Administrativa*, n. 12, 2010.
- PERNAS GARCÍA, J. J. (dir.), *Contratación Pública Estratégica*, Thomson Reuters-Aranzadi, Navarra, 2013.
- PERNAS GARCÍA, J. J., *Las operaciones in house y el Derecho comunitario de los contratos públicos*, Iustel, Madrid, 2018.
- REBOLLO PUIG, M., “Los entes institucionales de la Junta de Andalucía y su utilización como medio propio”, *Revista de Administración pública*, n. 161, 2003.
- RIVERO TORRE, P., y CUERVO GARCÍA, Á., “Análisis económico-financiero de la empresa”, *Revista española de financiación y contabilidad*, n. 49, 1986.
- SANTIAGO IGLESIAS, D., “Capítulo XI. Cooperación horizontal: los convenios interadministrativos”, Gallego Córcoles, I., y Gamero Casado, E. (coords.), *Tratado de Contratos del Sector Público*, Tomo I, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018.

- SOSA WAGNER, F., "El empleo de los recursos propios por las administraciones locales", Cosculluela Montaner, L. (coord.), *Estudios de Derecho Público Económico. Libro homenaje al Prof. Dr. D. Sebastián Martín-Retortillo*, Civitas, Madrid, 2003.
- TEJEDOR BIELSA, J. C., "Sociedades locales, idoneidad de medios propios y régimen de contratación", Gimeno Feliu, J. M. (coord.), *Observatorio de los contratos públicos 2013*, Thomson Reuters-Aranzadi, Navarra, 2014.
- VILALTA REIXACH, M., "Los llamados contratos de auto-provisión (o contratos in house providing)", Yzquierdo Tolsada, M. (dir.), *Contratos. Civiles, mercantiles, públicos, laborales e internacionales con sus implicaciones tributarias*, Tomo XIV, Thomson Reuters-Aranzadi, Navarra, 2014.
- VILALTA REIXACH, M., "La encomienda de gestión en la LRJSP. Régimen jurídico y distinción de figuras afines", Tornos Mas, J. (coord.), *Estudios sobre las leyes 39/2015 del procedimiento administrativo común de las administraciones públicas y 40/2015 del régimen jurídico del sector público*, Atelier, Barcelona, 2017.
- VILALTA REIXACH, M., "Los convenios interadministrativos a la luz de la Ley de Contratos del Sector Público", Gimeno Feliu, J. M. (dir.), *Estudio Sistemático de la Ley de Contratos del Sector Público*, Thomson Reuters-Aranzadi, Navarra, 2018.
- VILLAR ROJAS, F. J., "El impacto de la nueva Ley de Contratos del Sector Público en la gestión de los servicios públicos locales", *Anuario de Derecho Municipal 2017*, n. 11, 2018.

Regap



ESTUDIOS