



Revista Galega de Administración Pública, EGAP
Núm. 65_enero-junio 2023 | pp. 217-262
Santiago de Compostela, 2023

<https://doi.org/10.36402/regap.v1i65.5007>

© Antonio Javier Ferreira Fernández

ISSN-e: 1132-8371 | ISSN: 1132-8371

Recibido: 21/11/2022 | Aceptado: 29/11/2022

Editado bajo licencia Creative Commons Attribution 4.0 International License

Os encargos a medios propios: Análise do caso do servizo de limpeza da Universidade de Santiago de Compostela

Los encargos a medios propios: Análisis del caso del servicio de limpieza de la Universidad de Santiago de Compostela

65 Regap

Commissioning of own
resources: Case study of the
University of Santiago de
Compostela cleaning service

Regap



ESTUDIOS

ANTONIO JAVIER FERREIRA FERNÁNDEZ

Catedrático de Derecho Administrativo

Universidad de Santiago de Compostela

ferreira.fernandez@usc.es

Resumo: Partindo dun caso real, o encargo á Fundación USC M.P. da xestión do servizo de limpeza da Universidade, preténdense analizar as cuestións problemáticas que presentan os encargos a medios propios e expor as solucións adoptadas, así como as dúbidas que estas solucións suscitaron e suscitan. Trátase de aproximar o lector a unha cuestión complexa, chea de incertezas e dúbidas e que se atopa *sub iudice*. Ao ser un caso aberto, pode servir de pauta a outros operadores xurídicos na medida en que nos atopamos ante unha problemática viva, controvertida e de plena actualidade nun contexto onde a eficiencia debe ser un dos principios basilares da xestión dos recursos públicos.

Palabras clave: Contratación pública, medio propio, xestión de servizos públicos, universidades, xestión directa.

Resumen: Partiendo de un caso real, el encargo a la Fundación USC M.P. de la gestión del servicio de limpieza de la Universidad, se pretende analizar las cuestiones problemáticas que presentan los encargos a medios propios y exponer las soluciones adoptadas, así como las dudas que estas soluciones han planteado y plantean. Se trata de aproximar al lector a una cuestión compleja, llena de incertidumbres y dudas y que se encuentra *sub iudice*. Al ser un caso abierto, puede servir de pauta a otros operadores jurídicos en

la medida en que nos encontramos ante una problemática viva, controvertida y de plena actualidad en un contexto donde la eficiencia debe ser uno de los principios basilares de la gestión de los recursos públicos. **Palabras clave:** Contratación pública, medio propio, gestión de servicios públicos, universidades, gestión directa.

Abstract: Based on a real case, the commission to the USC M.P. of the management of the cleaning service of the University, it is intended to analyze the problematic issues raised by the commissions to own media and expose the solutions adopted, as well as the doubts that these solutions have raised and raise. It is about bringing the reader closer to a complex issue, full of uncertainties and doubts and that is sub judice. Being an open case, it can serve as a guideline for other legal operators to the extent that we are faced with a lively, controversial and current problem in a context where efficiency must be one of the basic principles of public resource management.

Key words: Public contracting, own means, management of public services, universities, direct management.

SUMARIO: 1 Introducción. 2 Caracterización general de los encargos a medios propios. 2.1 Requisitos del medio propio. En particular, el control análogo y el objeto del encargo. 2.2 Los encargos a medio propio y la libre concurrencia. 3 El encargo del servicio de limpieza a la Fundación USC. 3.1 Normativa en la USC. 3.2 Los precedentes. 3.3 La declaración como medio propio de la Fundación USC-Deportiva. 3.4 El encargo. 3.5 Los resultados del encargo. 3.6 El litigio. 4 A modo de reflexión final.

1 Introducción

En 2018, con la llegada de un nuevo equipo rectoral, el encabezado por la candidatura de Antonio López, la Universidad de Santiago de Compostela (en adelante USC) se encontró con la urgencia de hacer frente a una delicada situación económica que obligaba a presentar un plan económico-financiero, con los consecuentes temidos recortes. No era la primera vez que la USC debía presentar un plan de ajuste. En concreto, en 2014 el anterior equipo había tenido que enfrentarse a un plan de reequilibrio económico-financiero, cuya base fue, fundamentalmente, el ahorro en el capítulo de personal, lo que condujo, por un lado, a acudir sistemáticamente a la contratación de personal temporal, con la consecuente precarización, y, por otro, a la merma de los derechos del colectivo de profesorado, creando una inmensa bolsa de acreditados sin perspectiva de promoción. Por tanto, la única posibilidad de generar un efectivo ahorro sin comprometer todavía más las políticas de personal era actuar en el gasto corriente.

En todo caso debe destacarse, desde el principio, que las decisiones adoptadas en su momento por la USC en el marco del plan mencionado se tomaron sobre una base objetiva, sin carga ideológica alguna y con un único fin: gestionar de forma más eficiente y eficaz los servicios instrumentales de la Universidad y, singularmente, su servicio de limpieza de edificios, al que dedicaba nada menos que un 3% de su presupuesto (más de 7 millones de euros).

Es en este contexto en el que se enmarca el encargo realizado a la Fundación USC para la gestión del servicio de limpieza de edificios. A lo largo de estos cuatro años –pandemia de por medio–, se han ido dando los pasos precisos que han culminado

con el encargo realizado en 2021 y de cuyos resultados podremos también dar cuenta en estas páginas.

El encargo a medio propio, tal y como lo ha configurado el legislador en la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de contratos del sector público, es un recurso que ha adquirido en nuestro ordenamiento jurídico una dimensión nada desdeñable. Los datos más recientes, publicados por el Tribunal de Cuentas en el *Informe de fiscalización de la adaptación de los medios propios existentes en el ámbito empresarial estatal no financiero a las exigencias de la Ley 40/2015, de régimen jurídico del sector público, y de la Ley 9/2017, de contratos del sector público*¹, aprobado por el Pleno el 31 de marzo de 2022, señalan que, en el ámbito del sector estatal no financiero, a partir de la entrada en vigor de la LCSP y hasta el 31 de diciembre de 2019 se han formalizado un total de 908 encargos, por un importe de 426.909.083,09 euros.

Por su parte, el *Informe de la Intervención General de la Administración del Estado relativo a los principales resultados de control en materia de contratación pública*², conforme al artículo 332.11 de la LCSP, afirma que los 5 mayores medios propios estatales facturaron en 2019 1.020 M €.

Si a ese volumen sumamos los encargos realizados por el resto de las administraciones (comunidades autónomas, entidades locales, universidades, etc.), nos podemos hacer una idea de lo que esta figura supone en términos económicos.

El caso que aquí se estudia³ destaca también por su importancia cuantitativa en el contexto estatal, al suponer la subrogación de 241 trabajadores y trabajadoras que prestaban servicio en las empresas adjudicatarias de los dos contratos de limpieza existentes, en las ciudades de Santiago de Compostela y Lugo, en las que tiene su sede la USC.

A quien haya seguido el tema de los encargos a medios propios le sonará la internalización del servicio de limpieza viaria del Ayuntamiento de León, en 2015, en la que 116 trabajadores de la anterior empresa adjudicataria, EMILSA, pasaron a formar parte del personal de la entidad local; o la recuperación de la gestión del servicio de abastecimiento urbano de aguas en el Ayuntamiento de Valladolid, que en 2016 subrogó a través de la empresa municipal Aquavall a 163 empleados.

¹ Tribunal de Cuentas. Informe de fiscalización de la adaptación de los medios propios existentes en el ámbito empresarial estatal no financiero a las exigencias de la Ley 40/2015, de régimen jurídico del sector público, y de la Ley 9/2017, de contratos del sector público: <https://www.tcu.es/repositorio/1d6a42f6-0cca-483d-bf5c-70f13301dc1e/11470.pdf>

² Informe de la Intervención General de la Administración del Estado relativo a los principales resultados de control en materia de contratación pública: <https://www.igae.pap.hacienda.gob.es/sitios/igae/es-ES/Control/CFPyAP/Documents/Informe%20OIRESCON%20PCFP19.pdf.xsig.pdf>

³ El estudio de caso es uno de los métodos de investigación comunes en las ciencias sociales y jurídicas y, en particular, en los ámbitos relacionados con la gestión pública. La investigación experimental en este ámbito no es viable por la imposibilidad de controlar las variables relevantes. Otras técnicas, como la entrevista, los cuestionarios o la observación son de difícil ejecución en este ámbito, siendo el estudio de caso una de las técnicas más reconocidas (KAUFMAN, H., *The Forest Ranger: A Study in Administrative Behavior*, H. Hopkins Press, Baltimore, 1960; MCGREGOR, E.B., "Toward a Theory of Public Management Success", Bozeman, B. (coord.), *Public Management*, 40-54, Jossey-Bass Inc. Publishers, San Francisco, 1993; BEHN, R.D., "Case-Analysis Research and Management Effectiveness: Learning How to Lead Organizations Up Sand Dunes", Bozeman, B. (coord.), *Public Management*, 40-54, Jossey-Bass Inc. Publishers, San Francisco, 1993). El objetivo de la investigación a través del estudio de caso es, mediante la técnica deductiva, identificar prácticas que puedan ser relevantes y proporcionar a los gestores públicos herramientas para la toma de decisiones. Estaríamos ante lo que se denomina "*action science*", es decir, ciencia que se enriquece a través del estudio de prácticas consideradas relevantes tal y como la desarrollaron ARGYRIS, C. y SCHÖN, D., *Strategy, Change and Defensive Routines*, Ballinger, Cambridge, MA, 1985.

No hemos encontrado casos que afectasen a un número mayor de trabajadores. Este factor, como se explicará más adelante, tuvo un peso importante en la decisión adoptada, por la responsabilidad social de la institución con los trabajadores y trabajadoras que llevaban años prestando ese servicio a través de empresas externas, y porque el coste de personal era uno de los hechos diferenciales en los contratos vigentes.

Antes de entrar en el análisis del caso, se hace preciso analizar aquellas cuestiones más controvertidas de los encargos, cuestiones que se han tenido muy presentes y han condicionado en gran medida la decisión adoptada por la USC.

2 Caracterización general de los encargos a medios propios

Los encargos a medios propios se encuentran actualmente regulados en la legislación estatal en los artículos 32 y 33 y en la disposición adicional vigesimocuarta de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de contratos del sector público, por la que se trasponen al ordenamiento jurídico español las directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014.

Esta figura es la fórmula a través de la cual los poderes públicos pueden encargar la ejecución de las prestaciones propias de los contratos de obras, suministros, servicios, concesión de obras y concesión de servicios a otra persona jurídica distinta, ya sea de derecho público o de derecho privado, siempre y cuando esta tenga la calificación jurídica de medio propio personificado respecto de ellos.

Se trata de una técnica de cooperación vertical, conocida en terminología comunitaria como contratación doméstica o *in house*, en la que las notas características son cuatro, como señala, entre otros, VILALTA REIXACH⁴:

- la existencia de control análogo al que el ente adjudicador ejerce sobre sus propios servicios;
- la realización de la parte esencial de la actividad del medio propio con el ente adjudicador, complementario del requisito anterior;

⁴ VILALTA REIXACH, M., "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", *Revista Galega de Administración Pública (REGAP)*, n. 56, julio-diciembre 2018, pp. 37-70. Sobre la delimitación conceptual de esta figura existe una abundante doctrina que no viene al caso reproducir aquí, pero entre la que puede destacarse SOSA WAGNER, F. y FUERTES LÓPEZ M., "¿Pueden los contratos quedar en casa? (La polémica europea sobre la contratación *in house*)", *La Ley: Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, n. 3, 2007; NOGUERA DE LA MUJELA, B., "Los encargos *in house* en la Ley de contratos del sector público (LCSP): especial referencia a los mismos en el ámbito local a la luz de la reciente jurisprudencia comunitaria", *Revista de Administración Pública*, n. 182, mayo-agosto 2010; AMOEDO SOUTO, C., "En torno al concepto jurídico de autoprovisión administrativa: dimensión europea y desajustes internos", *Revista de Administración Pública (RAP)*, n. 205, 2018, pp. 81-129; AMOEDO SOUTO, C. y CUTRÍN DOMÍNGUEZ, M., "El impacto de la Ley 9/2017, de contratos del sector público, en la gestión directa de servicios públicos locales a través de medios propios", *Revista de Administración Pública (RAP)*, n. 210, 2019, pp. 393-432; GIMENO FELIÚ, J.M., "Las fronteras del contrato público: depuración conceptual de los negocios jurídicos excluidos desde la perspectiva funcional del Derecho europeo", *Revista española de Derecho Administrativo*, n. 205, abril-junio 2020; AMOEDO SOUTO, C., "¿Hacer en el sector público o comprar al sector privado? La regulación de la autoprovisión administrativa en España", *Revista IUS ET VERITAS*, n. 62, 2021, pp. 98-110.

- la titularidad íntegramente pública del capital o patrimonio del medio propio cuando su personificación tenga carácter jurídico-privado;
- por último, el medio propio debe tener esa condición formalmente reconocida con respecto al ente adjudicador.

Se trata de una institución de construcción, fundamentalmente, jurisprudencial. Puede considerarse a la Sentencia de 18 de noviembre de 1999 del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (ahora TJUE) en el asunto C-107/98, conocido como *Asunto Teckal*, como el inicio de la construcción jurisprudencial y doctrinal de esta institución. En esta sentencia el alto tribunal resuelve una cuestión prejudicial sobre la interpretación del artículo 6 de la Directiva 92/50/CEE del Consejo, de 18 de junio de 1992, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de servicios, estableciendo en el fundamento 50 una de las características principales de los encargos a medios propios por parte de poderes adjudicadores:

«A este respecto, conforme al artículo 1, letra a), de la Directiva 93/36, basta, en principio, con que el contrato haya sido celebrado entre, por una parte, un ente territorial y, por otra, una persona jurídicamente distinta de éste. Solo puede ser de otra manera en el supuesto de que, a la vez, el ente territorial ejerza sobre la persona de que se trate un control análogo al que ejerce sobre sus propios servicios y esta persona realice la parte esencial de su actividad con el ente o los entes que la controlan».

De la posterior evolución jurisprudencial se da cuenta en el considerando 31 de la Directiva 2014/24/UE en los siguientes términos:

«Existe una considerable inseguridad jurídica en cuanto a la medida en que los contratos celebrados entre entidades del sector público deben estar regulados por las normas de contratación pública. La correspondiente jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha sido objeto de diferentes interpretaciones por parte de los distintos Estados miembros e incluso por los distintos poderes adjudicadores. Por tanto, hace falta precisar en qué casos los contratos celebrados en el sector público no están sujetos a la aplicación de las normas de contratación pública.

Esta precisión debe guiarse por los principios establecidos en la correspondiente jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea. El hecho de que las dos partes de un acuerdo sean poderes públicos no excluye por sí mismo la aplicación de las normas de contratación. No obstante, la aplicación de las normas de contratación pública no debe interferir con la libertad de los poderes públicos para ejercer las funciones de servicio público que le han sido conferidas utilizando sus propios recursos, lo cual incluye la posibilidad de cooperación con otros poderes públicos».

Regap



ESTUDIOS

Por su parte, el considerando 34 de la mencionada directiva describe las relaciones jurídicas entre medios propios y entes instrumentales y los poderes adjudicadores declarándolas no sujetas a la contratación pública:

«Se dan casos en los que una entidad jurídica actúa, con arreglo a las disposiciones pertinentes del derecho nacional, como un instrumento o servicio técnico para determinados poderes adjudicadores, y está obligada a cumplir las instrucciones recibidas de estos poderes adjudicadores, sin ejercer influencia sobre la retribución de su ejecución. Dado su carácter no contractual, esta relación meramente administrativa debe quedar fuera del ámbito de aplicación de los procedimientos de contratación pública».

Es interesante, por su relevancia para la concreción jurídica de esta figura, destacar el principio de libertad de administración de las autoridades públicas, reflejado en el artículo 2 de la Directiva 2014/23/UE⁵ y que, en la misma línea, podemos encontrar en los considerandos de la Directiva 2014/24/UE, especialmente en el 5, complementario de los considerandos 31 y 34 mencionados anteriormente:

«Debe recordarse que ninguna disposición de la presente directiva obliga a los Estados miembros a subcontratar o a externalizar la prestación de servicios que deseen prestar ellos mismos o a organizarlos de otra manera que no sea mediante contratos públicos en el sentido de la presente directiva».

Así pues, de la jurisprudencia y directivas europeas y de su transposición a la Ley de contratos del sector público se derivan cuatro modalidades de gestión de servicios públicos por los poderes públicos en función de los sujetos que participan, no de la naturaleza del servicio. A saber:

- Gestión directa con medios propios y encomiendas de gestión (arts. 6.3 y 30 LCSP). Se trata de relaciones administrativas *no sujetas* a la regulación de la contratación pública y que, por tanto, no tienen consideración contractual. En esta modalidad se incluiría también la gestión de servicios públicos prevista en el artículo 85.2.A) de la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las bases del régimen local⁶.

⁵ Artículo 2 de la Directiva 2014/23/UE: "1. La presente Directiva reconoce el principio de libertad de administración de las autoridades nacionales, regionales y locales, de conformidad con el Derecho nacional y de la Unión.

Dichas autoridades tienen libertad para decidir la mejor forma de gestionar la ejecución de obras o la prestación de servicios, en particular garantizando un alto nivel de calidad, seguridad y accesibilidad económica, la igualdad de trato y la promoción del acceso universal y de los derechos de los usuarios en los servicios públicos.

Dichas autoridades podrán optar por realizar sus funciones de interés público con recursos propios o en colaboración con otras autoridades o confiarlas a operadores económicos".

⁶ La vigente Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de contratos del sector público, eliminó una previsión al respecto de esta forma de gestión que contenía el art. 8.2 de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de contratos del sector público, en referencia a los contratos de gestión de servicios públicos: "2. Las disposiciones de esta ley referidas a este contrato no serán aplicables a 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". Sin embargo, en el art. 32.7.b) de la Ley 9/2017, en relación con el porcentaje de subcontratación permitido a medios propios en la ejecución de encargos, subsiste una referencia en términos similares: "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". A pesar de las dudas que puede suscitar al respecto, entendemos que la modalidad de gestión directa prevista en

- Cooperación horizontal (arts. 6.1 y 31 LCSP): convenios de cooperación entre poderes públicos con la consideración de poderes adjudicadores que son *excluidos* del ámbito de la contratación pública.
- Cooperación vertical (arts. 32 y 33 LCSP): como técnica de *autoorganización* que no tiene la consideración jurídica de contrato, como declara el artículo 32.1 *in fine* de la LCSP cuando establece que el encargo que cumpla los requisitos legalmente establecidos para tener la condición de tal “*no tendrá la consideración de contrato*”, pero en la que intervienen dos sujetos con una relación de dependencia.
- Contratos públicos (art. 2 LCSP): *relación jurídica bilateral, recíproca y onerosa* que celebren las entidades del sector público definidas en el ámbito de aplicación de la ley y en la que el contratista obtenga algún tipo de beneficio económico, ya sea de forma directa o indirecta.

Los encargos a medios propios se articulan, por tanto, como una técnica de autoorganización o cooperación vertical que no puede ser considerada como relación contractual al faltar uno de los elementos esenciales de los contratos: el acuerdo de voluntades. En esta figura la relación jurídica, y el fundamento de su exclusión, se caracteriza por la obligatoriedad de la relación para una de las partes, que ejecuta una orden de forma obligada. No obstante, esta figura es objeto de regulación en nuestro ordenamiento jurídico en la LCSP por su cercanía con el contrato público, aun cuando carezca de naturaleza contractual⁷.

El recurso a una u otra modalidad debe hacerse teniendo en cuenta los principios generales que rigen la actuación de la Administración (*ex* 103 CE) y, en particular, el principio de buena administración, que, como bien ha dicho SÁNCHEZ MORÓN⁸, “*indica que la Administración es necesaria para la sociedad y que lo importante no es solo limitar y controlar sus poderes en beneficio de la libertad de decisión del individuo, sino además lograr que cumpla correcta y diligentemente las tareas que la sociedad le encomienda. Conseguir una buena administración, no solo en el plano de las garantías*

el artículo 85.2.A) no implica el recurso a medio propio y que la eliminación de la referencia en la nueva LCSP responde a la desaparición del contrato de gestión de servicios públicos.

⁷ Como confirma la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado, en las conclusiones sobre el expediente 27/2020: “*Los denominados encargos a medios propios personificados no son contratos públicos y no se pueden considerar como tales a los efectos de la aplicación del artículo 34 del Real decreto ley 8/2020*”. No obstante, la LCSP dispone su aplicación directa en algunos casos, como pone de manifiesto el mismo órgano en las conclusiones del expediente 14/2021, y procedería incluso su aplicación supletoria como indica la Junta: “*A todo ello cabe añadir que, a diferencia de lo que ocurría con el supuesto analizado en nuestro informe 27/2020 sobre la aplicación a los encargos de lo dispuesto en el artículo 34 del Real decreto ley 36/2020, en este caso sí procedería su aplicación supletoria en el hipotético caso de que no cupiese admitir la aplicación directa de la norma (aunque por las razones que hemos expuesto tal cosa sí es posible y necesaria), puesto que estaríamos en presencia de dos figuras jurídicas (contrato público y encargo) que tienen una finalidad o razón de ser común y equivalente, pues ambas son tendentes a la inmediata realización de una prestación o actividad materialmente coincidente que trata de paliar los posibles efectos dañosos de una situación de emergencia prevista legalmente*”. Finaliza el expediente la Junta indicando que, para mayor seguridad jurídica, sería conveniente que se aclarara la cuestión en el propio texto legal mediante las medidas que el legislador considere oportunas.

⁸ SÁNCHEZ MORÓN, M., *Derecho administrativo. Parte general*, 16.ª ed., Editorial Tecnos, Madrid, 2020, p. 64.

jurídicas, sino aumentando la calidad de los servicios y actividades que realiza, es la finalidad primordial del derecho administrativo de nuestro tiempo”.

2.1 Requisitos del medio propio. En particular, el control análogo y el objeto del encargo

Los encargos a medios propios, como ya se ha dicho, se regulan fundamentalmente en los artículos 32 y 33 de la LCSP, conteniendo el primero la regulación relativa a los poderes adjudicadores que realizan encargos a sus medios propios personificados y, el segundo, la regulación de los encargos de entidades pertenecientes al sector público que no tengan la consideración de poder adjudicador a medios propios personificados.

La regulación del encargo a medio propio de la LCSP es exhaustiva en cuanto a los requisitos que debe cumplir el medio propio para tener esa condición. Junto a estas previsiones debe tenerse en cuenta lo previsto en el artículo 86 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de régimen jurídico del sector público (en adelante LRJSP), artículo declarado básico⁹.

Así, al margen de las interpretaciones posibles sobre su aplicabilidad fuera del sector público estatal, este artículo exige determinados requisitos adicionales para que un ente con personalidad jurídica propia pueda ser considerado medio propio y servicio técnico. En particular, el apartado 2 dispone lo siguiente:

«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 resulte 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.

Formará parte del control de eficacia de los medios propios y servicios técnicos la comprobación de la concurrencia de los mencionados requisitos.

En la denominación de las entidades integrantes del sector público institucional que tengan la condición de medio propio deberá figurar necesariamente la indicación “Medio Propio” o su abreviatura “M.P.”».

Ya se han apuntado anteriormente los requisitos esenciales que ha ido configurando la jurisprudencia comunitaria.

⁹ Disposición final cuarta de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público: “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”.

De todos ellos, el más complejo y controvertido es que el medio propio realice la mayor parte de su actividad con el ente adjudicador del encargo. Este requisito se concreta en que más del 80 % de las actividades del ente destinatario del encargo se lleven a cabo en el ejercicio de cometidos que le han sido confiados por el ente adjudicador del encargo y que lo controla, o por otras personas jurídicas controladas del mismo modo por la entidad que hace el encargo.

Con el fin de determinar este porcentaje, la ley toma en consideración el promedio del volumen global de negocios, los gastos soportados por los servicios prestados al poder adjudicador en relación con la totalidad de los gastos en que haya incurrido el medio propio por razón de las prestaciones que haya realizado a cualquier entidad, u otro indicador alternativo de actividad que sea fiable de los tres ejercicios anteriores al de formalización del encargo. En el caso de medios de nueva o reciente creación, el artículo 32.2.b) establece unas reglas especiales para el cómputo.

En desarrollo de esta previsión legal, se dictó la *Circular conjunta, de 22 de marzo de 2019, de la Abogacía General del Estado – Dirección del Servicio Jurídico del Estado y de la Intervención General de la Administración del Estado sobre criterios para el cálculo del cómputo del requisito de actividad exigido por la Ley 9/2017, de 9 de noviembre, de contratos del sector público, en aquellas entidades que sean consideradas medios propios*¹⁰, que tiene por fin “establecer unas pautas u orientaciones al objeto de cubrir un vacío normativo fruto de la ausencia de un desarrollo reglamentario de la LCSP, en relación con los parámetros a considerar para el cálculo del indicador de actividad, requisito delimitado por la normativa contractual como esencial al objeto de la consideración del ente público institucional como medio propio personificado de los poderes adjudicadores o de entidades pertenecientes al sector público que no tengan dicha consideración”.

Esta circular fue complementada con la *Nota técnica de la Oficina Nacional de Auditoría 1/2019 sobre la consideración de la condición de medio propio en la auditoría de cuentas con el objeto de homogeneizar los trabajos de verificación a realizar por el auditor público*¹¹.

La disposición final cuadragesima de la Ley 11/2020 eliminó, así mismo, la necesidad de que el cumplimiento del requisito de actividad, o regla 80/20, quedase reflejado en la memoria integrante de las cuentas anuales del medio propio. Sin embargo, esto no significa que el auditor de cuentas no deba verificar su cumplimiento en las auditorías de cuentas anuales, tal y como consta en la nueva *Nota técnica de la Oficina Nacional de Auditoría 1/2021 sobre la consideración de la condición de medio propio en la auditoría de cuentas*¹².

El criterio de la IGAE para el cómputo del requisito de actividad, manifestado en la Circular conjunta de 22 de marzo de 2019, es restrictivo, entendiendo que solo debe

¹⁰ Circular conjunta, de 22 de marzo de 2019: <https://www.igae.pap.hacienda.gob.es/sitios/igae/es-ES/Documents/Circular%20firmada%20AGE-IGAE%20Medios%20propios.pdf>

¹¹ <https://www.igae.pap.hacienda.gob.es/sitios/igae/es-ES/Control/CFPyAP/Documents/Nota%20Tecnica%20ONA%201-2019%20Medio%20Propio.pdf>

¹² Nota técnica de la Oficina Nacional de Auditoría 1/2021 sobre la consideración de la condición de medio propio en la auditoría de cuentas: <https://www.igae.pap.hacienda.gob.es/sitios/igae/es-ES/Control/CFPyAP/Documents/Nota%20tecnica%20de%20la%20ONA%201-2021%20sobre%20la%20consideracin%20de%20la%20condicin%20de%20medio%20propio%20en%20la%20auditora%20de%20cuentas.pdf.xsig.pdf>

tenerse en cuenta la actividad que como medio propio preste la entidad en cuestión y que tenga su origen en encargos de obligatoria ejecución¹³.

No obstante, el Tribunal de Cuentas, en el *Informe de fiscalización de la adaptación de los medios propios existentes en el ámbito empresarial estatal no financiero a las exigencias de la Ley 40/2015, de régimen jurídico del sector público, y de la Ley 9/2017, de contratos del sector público*, del Tribunal de Cuentas, aprobado por el Pleno el 31 de marzo de 2022¹⁴, no comparte esa concepción restrictiva con base en los siguientes argumentos:

«[...] La ley regula los requisitos que una entidad ha de cumplir para ostentar la condición de medio propio de otra u otras entidades y tener la posibilidad de ejecutar encargos, con independencia de la importancia relativa que estos encargos tengan respecto del conjunto de su actividad, aspecto sobre el que nada exige expresamente. Lo que sí exige la ley es el control efectivo de la entidad que realiza el encargo sobre la actividad y objetivos estratégicos de la entidad obligada a ejecutarlo y que esta última realice la parte esencial de su actividad en beneficio de la entidad que la controla o de otras controladas por aquella, “parte esencial” que se ha cuantificado en la LCSP en un 80 %. Pero la ley no exige que esta “parte esencial” se lleve a cabo bajo la forma jurídica de encargos. Es esclarecedor en este sentido el preámbulo de la LCSP, en el que, en relación con el requisito de actividad que han de cumplir los medios propios personificados, se hace referencia en los siguientes términos “que no pueda realizar libremente en el mercado más de un 20 por ciento de su actividad”. Como puede observarse, el preámbulo de la ley apela a la falta de libertad para actuar en el mercado que debe caracterizar al medio propio personificado, una falta de libertad que es consecuencia necesaria del control que sobre él han de ejercer las entidades que le pueden conferir encargos y de destinar la parte esencial de su actividad a los cometidos realizados en beneficio de estas entidades.

¹³ Circular conjunta, de 22 de marzo de 2019, de la Abogacía General del Estado – Dirección del Servicio Jurídico del Estado y de la Intervención General de la Administración del Estado sobre criterios para el cálculo del cómputo del requisito de actividad exigido por la Ley 9/2017, de 9 de noviembre, de contratos del sector público, en aquellas entidades que sean consideradas medios propios: “Con carácter previo, cabe señalar que no ha de perderse de vista que el artículo 32.2.b) y el 33.2.c) de la LCSP regulan la forma de computar el referido porcentaje de actividad del 80%. Como quiera que la voluntad del legislador ha sido la de establecer distintos indicadores de referencia a utilizar y que se produce una diversidad de circunstancias acreditativas, ha de partirse de la premisa de que estos deberán ser objeto de una interpretación restrictiva y que, en todo caso, incumbe la justificación de su cumplimiento a quien quiera beneficiarse. La comprobación de la veracidad, fiabilidad e integridad de dicho indicador debe tomar base en la necesidad de que la entidad que se configura como medio propio personificado articule sistemas de información que permitan comprobar dichas características, es decir, su cálculo debe estar soportado en los sistemas o registros contables y/o auxiliares que permitan validar el mismo.

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

¹⁴ Tribunal de Cuentas. Informe de fiscalización de la adaptación de los medios propios existentes en el ámbito empresarial estatal no financiero a las exigencias de la Ley 40/2015, de régimen jurídico del sector público y de la Ley 9/2017, de contratos del sector público: <https://www.tcu.es/repositorio/1d6a42f6-0cca-483d-bf5c-70f13301dc1e/11470.pdf>

[...] Los medios propios de naturaleza jurídico-privada desarrollan las actividades para las que han sido creados y, en consecuencia, ejecutan el objeto social acordado por los poderes adjudicadores que los controlan. La normativa europea lo que hace es limitar su actuación en el mercado, precisando que su actividad para personas distintas de los poderes adjudicadores que los controlan no puede exceder del 20 %, o, lo que es lo mismo, exige que su actividad sea esencialmente doméstica, lo que no impide, e incluso hace deseable, que puedan tener una actividad residual en el mercado libre que contribuya a su financiación».

En mi opinión, este criterio más laxo, que permite computar en ese 80 por ciento actividades en modo alguno relacionadas con encargos del ente o entes de que depende, incrementa el riesgo de que los entes adjudicadores, más si cabe en el caso de control conjunto por parte de dos o más, no tengan un control real de los objetivos estratégicos y las decisiones significativas del medio propio, como requiere el requisito de control análogo, lo que favorece una posible conculcación del principio de libre competencia.

Así lo ha entendido la Junta Consultiva de Contratación de Aragón, quien no ha dudado en afirmar que *“El derecho europeo de la contratación pública tiene sus raíces en la creación de un mercado interior efectivo y, con este objetivo, en el derecho de la competencia. Este elemento condiciona las posibilidades de que una entidad, pública o privada, actúe en el mercado y por tanto en un régimen de libre competencia, mientras al mismo tiempo tiene un acceso privilegiado a un “cliente” público para el que realiza la prestación de actividades propias de un contrato público sin tener que pasar por los procedimientos de licitación y, en consecuencia, sin someterse al contraste con las ofertas de otros operadores económicos y en suma a la competencia, en la medida de que con ello se puede estar distorsionando el mercado. [...]”*

Como medio propio quiere decir en función de encargos formalmente realizados o, al menos, en virtud de negocios jurídicos que reúnan las características sustantivas de un encargo, se excluyen expresamente de este porcentaje las actividades realizadas en función del otorgamiento de una subvención, por la sencilla razón de que la realización de la actividad subvencionada es puramente voluntaria para el beneficiario. No se trata de un deber jurídico, sino de una carga o condición cuyo cumplimiento es preciso para patrimonializar las cantidades concedidas o reconocidas como tal subvención. Con mayor razón se excluyen del cómputo las meras transferencias de fondos no condicionadas a la realización de actividades o prestaciones concretas, porque en tal caso la libertad del receptor es todavía mayor. Ni la actividad subvencionada ni la financiada mediante transferencias entran en el cómputo del 80 por ciento como medio propio, aunque sí en el cómputo del conjunto de la actividad de la entidad. No se computarán ni en un apartado ni en otro la actividad de naturaleza pública, como órgano administrativo que ejerce potestades o competencias públicas legalmente atribuidas, por el sencillo hecho de que tales actividades en ningún caso podrían realizarse en régimen de mercado y, por tanto, son neutras a tales efectos”¹⁵.

¹⁵ Informe 5/2022, de 1 de marzo, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón, pp. 13-15.

Además del control análogo, la condición de medio propio personificado deberá cumplir los requisitos establecidos en la LSCP, a saber, que exista conformidad o autorización expresa del poder adjudicador respecto del que vaya a ser medio propio y la verificación por la entidad pública de que dependa el ente medio propio de que cuenta con los medios personales y materiales apropiados para la realización de los encargos, de conformidad con su objeto social.

La adecuación del objeto social del medio propio a la actividad que se le encarga es otro de los requisitos que se debe cumplir. El artículo 32.6.a) dispone que el medio propio personificado deberá publicar en la Plataforma de Contratación, entre otra información, los sectores de actividad en los que, estando comprendido su objeto social, sería apto para ejecutar las prestaciones que vayan a ser objeto de encargo.

Esta disposición, comprensible si entendemos que sirve para asegurar la transparencia en los procesos de encargo a medio propio y evitar que un ente pueda resultar adjudicatario en cualquier licitación, ha supuesto la anulación de encargos por la falta de adecuación entre el objeto del negocio jurídico y el objeto social del ente medio propio.

El Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, en su Resolución núm. 120/2019, de 18 de febrero, en un encargo realizado a TRAGSA por la Consejería de Justicia, Administración Pública, Reformas Democráticas y Libertades Públicas de la Comunidad Valenciana, para la “Redacción de proyecto y ejecución de las obras de adecuación funcional del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana”, estima parcialmente el recurso presentado por la Confederación Nacional de Construcción y, en concreto, el referido a la falta de adecuación del objeto social de la mercantil para desarrollar obras en suelo urbano.

Argumenta el Tribunal que cualquier duda que pudiera plantearse respecto a la habilitación de TRAGSA para actuar en la ejecución de obras urbanas debe resolverse, en sentido negativo y al criterio de interpretación estricto aplicable a la figura del medio propio, suponiendo una restricción de la libre competencia en caso contrario.

En el mismo sentido se ha pronunciado el Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León en su Sentencia 229/2021, de 2 de marzo en la que ha entendido acertadamente que la excepcionalidad del sistema de encargo a medio propio exige que el cumplimiento de los requisitos establecidos en la normativa para su aplicación debe ser que sean objeto de una interpretación estricta y una motivación adecuada. Por ello considera que el encargo a TRAGSA de la ejecución de un “Proyecto de ejecución para la finalización de las obras de urbanización de la fase I del Parque Tecnológico de Burgos y sus infraestructuras asociadas” en suelo urbano no encaja en el objeto social del medio propio que no incluye expresamente obras en suelo urbano, no siendo razonable encajar esta actuación en el concepto (presente en su objeto social) genérico de “mejora de los servicios y recursos públicos”, concepto que, por su amplitud, “comprendería cualquier actuación de la Administración”, en opinión del tribunal.

En definitiva, y aun teniendo en cuenta este criterio restrictivo, hay que entender que para valorar la licitud de cada encargo es necesario examinar cada caso, y ello en la medida en que el objeto social no debe describir actividades concretas o listas exhaustivas que puedan limitar el desarrollo de los fines que tiene encomendados como tal el medio propio. En definitiva, la concreción del objeto del medio debe ponerse en relación con la actividad propia del ente adjudicador. Así, la “mejora de los servicios y recursos públicos” es un objeto indeterminado en la medida en que TRAGSA es medio propio de un sinnúmero de administraciones que prestan y gestionan un número indeterminado de recursos y servicios. No ocurriría lo mismo si hablásemos de un medio propio de una única Administración que tiene perfectamente determinado su objeto. En ese caso, la “mejora de los servicios y recursos públicos” se circunscribiría a los propios del ente adjudicador, lo que indirectamente concretaría el objeto.

2.2 Los encargos a medio propio y la libre competencia

No cabe la menor duda de que los encargos a medios propios generan una cierta desconfianza, en la medida que en pueden suponer una restricción a los principios propios del acervo comunitario: igualdad de trato, no discriminación, libre competencia y libertad de empresa. Así se dice expresamente en el considerando 33 de la Directiva 2014/24/UE: *“Es preciso asegurar que la cooperación entre entidades públicas exentas no acabe falseando la competencia con respecto a los operadores económicos privados, hasta el punto de situar a un proveedor de servicios privado en una posición de ventaja respecto de sus competidores”*¹⁶.

En cierto modo, esta prevención frente a los encargos parte de un prejuicio de naturaleza liberal, en el que se da por sentado que la contratación pública y los operadores privados garantizan una gestión más eficiente de los recursos públicos. No viene al caso extendernos en esta consideración que ha sustentado el proceso privatizador y neoliberal que ha dominado la gestión pública del último cuarto del siglo XX. De forma contundente lo ha expresado la actual consejera de la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia, María Pilar Canedo Arrillaga. En su opinión, *“la interpretación de las normas que permiten el recurso a esta figura debe ser restrictiva, dado que nos encontramos ante una excepción a la regla general en virtud de la cual generar tensión competitiva en los procesos de contratación produce nítidas ventajas en los servicios afectados por los procesos que la respetan y en consecuencia en los ciudadanos, en la economía y en la sociedad. Tales ventajas se traducen en un incremento de la tensión competitiva que conlleva mejoras en calidad, innovación y precio, así como*

¹⁶ Una afirmación similar la tenemos en la exposición de motivos de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de contratos del sector público: *“En el Libro I, relativo a la configuración general de la contratación del sector público y elementos estructurales de los contratos, aparece en primer lugar una nueva regulación del llamado «medio propio» de la Administración, encomiendas de gestión o aplicación práctica de la técnica denominada «in house», que pasa ahora a llamarse «encargos a medios propios». [...] En la Ley, siguiendo las directrices de la nueva Directiva de contratación, han aumentado las exigencias que deben cumplir estas entidades, con lo que se evitan adjudicaciones directas que pueden menoscabar el principio de libre competencia”*. Considerando 33 de la Directiva 2014/24/UE: *“Es preciso asegurar que la cooperación entre entidades públicas exentas no acabe falseando la competencia con respecto a los operadores económicos privados, hasta el punto de situar a un proveedor de servicios privado en una posición de ventaja respecto de sus competidores”*.

*un claro incremento en la transparencia que evita o, al menos, limita las discriminaciones entre operadores*¹⁷.

Frente a esta corriente, los encargos a medios propios –y esta será la postura defendida a lo largo de este artículo– son un recurso más para los gestores públicos dentro de las modalidades posibles de gestión, o, tomando la expresión de AMOEDO SOUTO, “*como una opción normal, incluso preferente y más racional en términos de eficiencia*”¹⁸.

El debate en torno a la cooperación vertical o *in house providing* se ha avivado con la entrada en vigor de la Disposición final décima de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de contratos del sector público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014, que modificó el número 8 del artículo 7 de la Ley 37/1992, de 28 de diciembre, del impuesto sobre el valor añadido, declarando no sujetos al impuesto los servicios prestados en virtud de los encargos ejecutados por los entes, organismos y entidades del sector público que ostenten, de conformidad con lo establecido en el artículo 32 de la Ley de contratos del sector público, la condición de medio propio personificado del poder adjudicador que haya ordenado el encargo, en los términos establecidos en el referido artículo 32. Esta medida, si bien no presupone por sí misma que el recurso al encargo a medio propio sea más eficiente que la contratación pública, sí va a tener un claro impacto en las cuentas públicas de los entes adjudicadores.

Esta nueva regulación también ha suscitado un debate en torno a su aplicación en el ámbito local, coincidiendo además con los llamados movimientos de *remunicipalización* a través de entes instrumentales, desencadenados por la necesidad de contención y reducción del gasto público. Esta corriente de opinión también se vio propiciada por informes de diversas instituciones que ponían en cuestión la mayor eficiencia del sector privado frente al público¹⁹.

En el caso objeto de análisis, y a diferencia de los supuestos mencionados, no estamos ante la internalización de un servicio público de interés general competencia de la Universidad. Lo que se ha encargado al medio propio es una actividad auxiliar, complementaria, de las funciones de la Universidad: la limpieza de edificios. Una tarea que, si bien es indispensable para el desarrollo adecuado de la docencia, la investigación y la transferencia del conocimiento a la sociedad o los servicios denominados de extensión universitaria –como la gestión de residencias universitarias por poner un ejemplo significativo–, no es una función propia de la Universidad ni se trata de la gestión de un servicio público dirigido a la ciudadanía.

¹⁷ CANEDO ARRILLAGA, M.P., “Medios propios y competencia en España”, *Economía industrial*, n. 415, 2020, pp. 67-87.

¹⁸ AMOEDO SOUTO, C., “En torno al concepto jurídico de autoprovisión administrativa: dimensión europea y desajustes internos”, cit., pp. 81-129.

¹⁹ Sobre la remunicipalización de servicios pueden verse, entre otros, ÁVILA CANO, E., MERINO ESTRADA, V. y ORTEGA JIMÉNEZ, P., *Manual de remunicipalización de los servicios públicos del agua*, Asociación Española de Operadores Públicos de Abastecimiento Sanitario (Aeopas), Valladolid, 2016; CASTILLO-BLANCO, F.A., “La reinternalización de servicios públicos: aspectos administrativos y laborales”, *Estudios de Relaciones Laborales*, noviembre 2017; ESTEVE PARDO, J., “El movimiento remunicipalizador. Experiencias y expectativas”, *El cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, n. 69, 2017.

Tampoco están en tela de juicio otras cuestiones controvertidas en relación con los encargos a medios propios, como el ejercicio de las funciones que impliquen la participación directa o indirecta en el ejercicio de las potestades públicas o en la salvaguarda de los intereses generales del Estado y de las administraciones públicas, que el artículo 9.2 del Estatuto básico del empleado público reserva al personal funcionario, o el ejercicio de autoridad en los contratos de servicios que el artículo 17 de la LCSP prohíbe.

No obstante, a pesar del matiz expresado, la cuestión de fondo es idéntica: ¿pueden las administraciones públicas, con carácter general, prestar servicios, sean públicos o actividades complementarias, a través de entes que tengan la consideración jurídica de medio propio o se trata de una excepción que ha de considerarse con carácter restrictivo en la medida que limita la libre competencia?

Es posible que, bajo un solo paraguas, el de los encargos a medios propios, estemos analizando realidades muy diferentes. Una, la de los medios propios que desarrollan una actividad, sea auxiliar o no, para una sola entidad, con escasa o nula presencia en el mercado, cuya actividad mayoritaria depende de esa entidad y donde existe una relación clara de dependencia en cuanto a la toma de decisiones del medio propio. Otra, la de los medios propios con una alta autonomía en su actividad, una intensa actividad de mercado y un amplio margen de maniobra que, a pesar de cumplir los requisitos formales exigidos por la ley, la toma de decisiones en sus órganos no está condicionándose por la voluntad del ente o entes matrices.

Este es el caso, por ejemplo, de la Empresa de Transformación Agraria, S. A., S. M. E., M. P. (en adelante, TRAGSA) y de su filial Tecnologías y Servicios Agrarios, S. A., S. M. E., M. P. (en adelante, TRAGSATEC).

Estas dos empresas mercantiles estatales tienen la consideración de medios propios personificados y medios técnicos respecto de la Administración general del Estado, de las comunidades autónomas, de las ciudades autónomas de Ceuta y Melilla, de los cabildos y consejos insulares, de las diputaciones forales del País Vasco, de las diputaciones provinciales y de las entidades del sector público dependientes de cualesquiera de ellas que tengan la condición de poderes adjudicadores. Asimismo, TRAGSA y su filial TRAGSATEC tienen la consideración de medios propios personificados y servicios técnicos de las entidades pertenecientes al sector público que no tengan la consideración de poder adjudicador y podrán recibir sus encargos, siempre y cuando se cumplan los requisitos que establece el artículo 33.

El requisito del control directo se cumple, en el caso de los poderes adjudicadores, por la participación en el capital social de las empresas. Así, con la adquisición de una acción, se considera cumplido, aunque es cuestionable que se pueda inferir de ese grado de participación que el poder adjudicador ejerza directa y conjuntamente una influencia decisiva sobre los objetivos estratégicos y sobre las decisiones significativas del Grupo TRAGSA, en el sentido de la doctrina comunitaria *Teckal*.

En la fecha en la que se escribe este artículo, la composición del capital social del grupo es la tabla 1.

Regap



ESTUDIOS

Tabla 1. Composición del capital social del grupo TRAGSA

Administración accionista	Número	% Participación
Sociedad Estatal de Participaciones Industriales (SEPI)	15.086	51,0024 %
Administración general del Estado	14.426	48,7711 %
Comunidades y ciudades autónomas	19	0,0646 %
Diputaciones	37	0,1258 %
Cabildos	7	0,0238 %
<i>Consells</i> insulares	4	0,0136 %
TOTAL	29.579	100,0000 %

Fuente: Elaboración propia.

En el colectivo de comunidades y ciudades autónomas, diputaciones, cabildos y *consells* insulares, la participación individual es de una única acción, que en porcentaje de participación supone el 0,0034 %.

En palabras de NOGUERA DE LA MUELA, la trasposición de la doctrina *Teckal* a la LCSP de 2007 había dado paso “a un concepto laxo de medio propio”, no ajustado a la senda marcada por la sentencia *Carbotermo*²⁰, en la que se establecía que el análisis del requisito del control análogo debía tener en cuenta más elementos que la mera pertenencia al accionariado de una sociedad para determinar si realmente el ente adjudicador tenía la capacidad para influir en los objetivos estratégicos del medio propio²¹.

La nueva LCSP incorpora la doctrina *Carbotermo* en el artículo 32.2.a), referido a un único ente adjudicador respecto de un concreto medio propio: “Que el poder adjudicador que pueda conferirle encargos ejerza sobre el ente destinatario de los mismos un control, directo o indirecto, análogo al que ostentaría sobre sus propios servicios o unidades, de manera que el primero pueda ejercer sobre el segundo una influencia decisiva sobre sus objetivos estratégicos y decisiones significativas”, y, también en el artículo 32.4.a), cuando el medio propio tenga esta consideración con respecto a dos o más poderes adjudicadores independientes entre sí.

En este segundo caso, las condiciones para la existencia del control conjunto son las siguientes:

²⁰ STJUE de 11 de mayo de 2006, asunto C-340/04. En esta sentencia se insiste en que “Para apreciar si el poder adjudicador ejerce un control análogo al que ejerce sobre sus propios servicios, es preciso tener en cuenta el conjunto de disposiciones legales y circunstancias pertinentes. Del referido examen ha de resultar que la sociedad adjudicataria está sometida a un control que permite que el poder adjudicador influya en sus decisiones. Debe tratarse de una influencia potencialmente determinante, tanto sobre los objetivos estratégicos como sobre las decisiones importantes de dicha sociedad (véase la Sentencia de 13 de octubre de 2005, *Parking Brixen*, C-458/03, Rec. 2005, p. I-8612, apartado 65)”.

²¹ NOGUERA DE LA MUELA, B., “Los encargos *in house* en la Ley de contratos del sector público (LCSP): especial referencia a los mismos en el ámbito local a la luz de la reciente jurisprudencia comunitaria”, cit., pp. 159-190.

- 1.º. *Que en los órganos decisorios del ente destinatario del encargo estén representados todos los entes que puedan conferirle encargos, pudiendo cada representante representar a varios de estos últimos o a la totalidad de ellos.*
- 2.º. *Que estos últimos puedan ejercer directa y conjuntamente una influencia decisiva sobre los objetivos estratégicos y sobre las decisiones significativas del ente destinatario del encargo.*
- 3.º. *Que el ente destinatario del encargo no persiga intereses contrarios a los intereses de los entes que puedan conferirle encargos.*

A pesar de esta regulación más exhaustiva para el control conjunto por dos o más poderes adjudicadores, VILALTA REIXACH critica la solución para el control individual, en los siguientes términos: *“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 propio”*.

Como el autor recuerda, la presunción que incluye la ley sobre el control análogo, cuando establece que se entiende “en todo caso” que el control análogo se cumple si el encargo es de ejecución obligatoria para el ente destinatario, deriva de la jurisprudencia del propio TJUE, en particular de las sentencias de 8 de mayo de 2003, asunto C-349/97, y de 17 de abril de 2007, asunto C-295/05, en relación con la sociedad pública española TRAGSA. En ambos casos, a pesar de que la participación en el capital social de las comunidades autónomas es, como ya vimos, mínima, el alto tribunal admite el carácter de medio propio respecto de aquellas basándose en que TRAGSA estaba obligada a realizar los encargos que le atribuyesen las comunidades autónomas.

Pues bien, como apuntamos antes, es difícil inferir que una comunidad autónoma, con una participación individual en la sociedad TRAGSA que supone mucho menos del 1 %, pueda influir en los objetivos estratégicos o decisiones significativas del grupo, a pesar de que pueda realizarle un encargo en su condición de medio propio que, formalmente, TRAGSA está obligada a ejecutar.

Sirva como ejemplo un caso reciente, todavía en litigio. La Fundación Pública Galega Rof Codina es una fundación del sector público autonómico dependiente de la Comunidad Autónoma de Galicia cuyo objeto es el apoyo a la docencia clínica de la Facultad de Veterinaria de Lugo, la investigación y la asistencia a animales.

En 2013, de conformidad con el artículo 24 de la anterior LCSP, en su calidad de poder adjudicador dependiente de la Comunidad Autónoma de Galicia, la fundación realizó una encomienda de gestión a TRAGSATEC cuyo objeto era la redacción del

proyecto y dirección de obra del Centro de Investigación y Biomedicina Veterinaria CEBIOVET. Esta encomienda fue ampliada hasta en cuatro ocasiones, incluyendo a partir de la tercera ampliación el encargo de redacción y dirección de obra de la remodelación del Hospital Veterinario Universitario – Rof Codina.

Las obras encomendadas no fueron realizadas directamente por TRAGSATEC, sino que esta entidad subcontrató la obra a Extraco, Construccions e Proxectos, S.A. Después de la recepción de esta, surgieron numerosos defectos de construcción que fueron puestos de manifiesto por la Fundación Rof Codina, iniciando unas negociaciones con TRAGSATEC que fueron infructuosas y que derivaron en la decisión de no abonar las facturas emitidas por la sociedad hasta que los trabajos se ejecutasen con la calidad exigida.

La sociedad TRAGSATEC remitió un burofax el 7 de enero de 2020 en el que se expresaba en los siguientes términos:

“A fecha del presente requerimiento esta deuda se encuentra pendiente de abono por lo que, al amparo de la legislación aplicable, se solicita el inmediato pago de la misma. Asimismo, se les informa que de no hacerse efectivo se iniciarán las acciones legales pertinentes, incluyendo reclamación de intereses de demora por el periodo transcurrido”.

Es, cuando menos, sorprendente que un medio propio se dirija en estos términos a un poder adjudicador que le puede conferir encargos de obligatoria ejecución y que, además, se supone que, en este caso de manera indirecta, ejerce un control análogo al que ejerce sobre sus propios servicios.

El desencuentro se mantuvo, y TRAGSATEC inició un procedimiento monitorio para reclamar las facturas insatisfechas. Ciertamente ni la encomienda ni las sucesivas ampliaciones establecen cláusulas relativas a esta situación, puesto que es de ejecución obligatoria para la sociedad mercantil.

Destaca en la demanda presentada por TRAGSATEC la legitimación activa, expresada como sigue: *“IV.- LEGITIMACIÓN.- Corresponde la legitimación activa a mi representada, al ostentar un contrato de venta de mercaderías firmado con la demandada”.* Obviamente, no se trata de un contrato de venta de mercaderías, sino de un encargo de ejecución obligatoria de conformidad con las reglas establecidas en la LCSP.

Esta confusión entre la formalización de encargos a medios propios y la adjudicación de contratos ha sido puesta de manifiesto por el Tribunal de Cuentas recientemente²², constatando que en no pocas ocasiones los encargos incluyen cláusulas propias de negocios jurídicos bilaterales, como la suspensión del contrato por mutuo acuerdo, la resolución de controversias de común acuerdo por las partes, el establecimiento de penalidades por parte del que realiza el encargo o la aceptación y conformidad previa del medio propio.

No es este el único caso que llama la atención en el ámbito de los encargos a medios propios por parte de entidades públicas.

²² Informe de fiscalización de la adaptación de los medios propios existentes en el ámbito empresarial estatal no financiero a las exigencias de la Ley 40/2015, de régimen jurídico del sector público, y de la Ley 9/2017, de contratos del sector público, del Tribunal de Cuentas, aprobado por el Pleno el 31 de marzo de 2022, en el apartado II.1.5.- Requisitos establecidos en relación con los encargos.

Ineco (Ingeniería y Economía del Transporte S. M. E. M. P., S. A.) es una sociedad mercantil de capital 100 % estatal, dependiente del Ministerio de Transportes, Movilidad y Agenda Urbana a través de sus accionistas (ENAIRES, ADIF, ADIF AV y Renfe). ENAIRES cuenta con un 45,85 % del capital; Renfe Operadora con un 12,78 %; Administrador de Infraestructuras Ferroviarias (ADIF) con un 20,69 % y ADIF Alta Velocidad con el restante 20,68 %.

Según la información de su propia web, “Ineco lleva más de 50 años diseñando soluciones integrales, innovadoras y tecnológicas que han permitido avanzar hacia un nuevo modelo de movilidad más sostenible y más segura, soluciones que contribuyen de manera directa en la mejora de la calidad de vida de millones de personas.

Con un equipo multidisciplinar de 5.000 profesionales, la empresa está presente en todos los continentes donde despliega su experiencia y capacidad para afrontar trabajos técnicamente complejos gracias a su conocimiento especializado y a la aplicación de la tecnología más avanzada y vanguardista”.

Por su parte, el Informe del Tribunal de Cuentas de 31 de marzo de 2022 arroja la siguiente información sobre Ineco: “A partir de la entrada en vigor de la LCSP y hasta el 31 de diciembre de 2019 se han formalizado un total de 908 encargos, por un importe de 426.909.083,09 euros, de los que 455 (un 50 %) han sido recibidos por Ineco, fundamentalmente de los poderes adjudicadores Administrador de Infraestructuras Ferroviarias (ADIF) y Entidad Pública Empresarial ADIF-Alta Velocidad (ADIF-AV)”.

Esta empresa, que opera en el mercado nacional e internacional, fue objeto de una denuncia (Expediente S/0007/19 Medios propios) ante la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC) por parte de varias asociaciones de empresas dedicadas a la prestación de servicios de consultoría técnica en el ámbito de la ingeniería y arquitectura, por falseamiento de la competencia con afectación al interés público por actos desleales tipificados en el artículo 15 de la Ley 3/1991, de 10 de enero, de competencia desleal (LCD), como “violación de normas”; en concreto, la supuesta contravención de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de contratos del sector público (LCSP), en la ejecución por parte de Ineco de encargos de su Administración pública de referencia y por su estrategia de internacionalización.

En la denuncia, las asociaciones representadas alegaron que “[...] la competencia desleal por parte del medio propio al sector privado español se extendería al mercado internacional, donde Ineco también actúa, y a la parte del mercado libre en la que Ineco actúa en competencia con el sector privado. Los contratos obtenidos por Ineco en el extranjero tendrían una especial incidencia en el mercado nacional porque la facturación obtenida por Ineco por parte de entidades distintas a su poder adjudicador debe ser compensada en el mercado nacional mediante encargos adicionales para evitar perder la condición de medio propio, forzando el recurso al encargo para servicios en los que el recurso a esta figura no es más eficiente, y detrayendo esa parte del negocio de empresas del sector privado”.

Si bien la CNMC, en su Resolución de 26 de octubre de 2021 S/0007/19 Medios Propios, concluyó que no existían indicios racionales de que se hubieran producido incumplimientos de la LCSP que acreditasen la existencia de actos de competencia desleal por violación de norma, constitutivos de una infracción del artículo 3 de

Regap



ESTUDIOS

la LDC, los votos particulares de dos de sus consejeros manifestaban que existían indicios que debían analizarse para descartar la afectación del interés general y la competencia desleal.

Por su parte, aunque el Tribunal de Cuentas no concluye que Ineco incumpla los requisitos para ser un medio propio, no deja de manifestar su preocupación por la falta de información sobre su actividad y la posición de las entidades contratantes. *“La actividad de Ineco –dice el Tribunal de Cuentas– como empresa asociada no aporta información suficiente si no se acompaña de los datos que acreditan que la influencia dominante bajo la que se encuentran estas entidades contratantes la ostentan directa o indirectamente los poderes adjudicadores respecto de los cuales Ineco tiene la condición de medio propio”*²³.

Las consideraciones que se acaban de hacer creo que merecen una reflexión sobre la naturaleza de medios propios de estas sociedades. Sería recomendable, por tanto, un desarrollo legislativo que diferencie las reglas aplicables a los encargos a medios propios, estableciendo un mayor control cuando los medios propios lo sean respecto de varios entes y, también, cuando el medio propio opere en el mercado, situación sustancialmente diferente a la del medio propio dependiente de un solo ente y que su actuación en el mercado es irrelevante. Sobre este aspecto volveremos más adelante, en las conclusiones.

3 El encargo del servicio de limpieza a la Fundación USC

3.1 Normativa en la USC

Además de la normativa general ya analizada, la peculiaridad del régimen jurídico de las universidades públicas hace necesario detenerse en primer lugar en la normativa aplicable para el supuesto que nos ocupa: realizar un encargo a un medio propio.

De acuerdo con el artículo 2 de la Ley orgánica 6/2011, de 21 de diciembre, de universidades (LOU), las universidades están dotadas de personalidad jurídica y desarrollan sus funciones en régimen de autonomía y de coordinación entre todas ellas.

Su objeto social exclusivo es la educación superior mediante la realización de las funciones previstas en el apartado 2 del artículo 1, a saber: *“a) La creación, desarrollo, transmisión y crítica de la ciencia, de la técnica y de la cultura. b) La preparación para el ejercicio de actividades profesionales que exijan la aplicación de conocimientos y métodos científicos y para la creación artística. c) La difusión, la valorización y la transferencia del conocimiento al servicio de la cultura, de la calidad de la vida, y del desarrollo económico. d) La difusión del conocimiento y la cultura a través de la extensión universitaria y la formación a lo largo de toda la vida”*.

²³ Informe de fiscalización de la adaptación de los medios propios existentes en el ámbito empresarial estatal no financiero a las exigencias de la Ley 40/2015, de régimen jurídico del sector público, y de la Ley 9/2017, de contratos del sector público, del Tribunal de Cuentas (pp. 70-71).

Las universidades actúan con autonomía para el ejercicio y desarrollo de sus funciones, lo que las habilita, según el artículo 2.k), para el ejercicio de “Cualquier otra competencia necesaria para el adecuado cumplimiento de las funciones señaladas en el apartado 2 del artículo 1”.

Además de la autonomía para decidir su organización, el artículo 84 de la LOU prevé expresamente la potestad de las universidades para la creación de fundaciones y otras personas jurídicas para la promoción y el desarrollo de sus fines²⁴.

Por otra parte, en cuanto a la LCSP, las universidades públicas tienen la consideración de Administración pública según el artículo 3.2.a), considerándose por tanto poderes adjudicadores. Esta clasificación implica que las Universidades públicas pueden recurrir a los encargos a medios propios según lo previsto en el artículo 32 LCSP.

En línea con lo previsto en la LOU, la Ley 6/2013, de 13 de junio, del Sistema Universitario de Galicia, dispone, por una parte, en su artículo 4, que “La organización y la actividad de las universidades públicas del SUG responderá a los principios organizativos constitucional y legalmente establecidos de eficacia, eficiencia en el gasto, jerarquía, desconcentración, descentralización, coordinación y colaboración, con sometimiento pleno a la ley y al derecho”, y, por otra, en su artículo 6, que “Las universidades, cuando para una mejor organización de sus servicios o consecución de sus fines lo consideren oportuno y atendiendo principalmente a los principios de eficacia y eficiencia en el gasto, podrán descentralizar funciones y servicios en personas jurídicas vinculadas a ellas en los términos previstos en la legislación orgánica de universidades”.

Por tanto, las universidades disponen de autonomía, declarada por la legislación estatal, y en nuestro caso también por la autonómica, para decidir la forma de organización de la prestación de sus servicios y, en su caso, la creación de personas jurídicas para desarrollar las funciones atribuidas por ley.

Por último, el artículo 148 de los Estatutos de la USC²⁵ recogen de forma expresa las posibilidades de gestión de sus servicios, en los siguientes términos:

«1. La Universidad asumirá, con carácter general, la gestión directa de sus servicios. Podrán aplicarse las formas de gestión indirecta o la prestación de los servicios a través de sociedades mercantiles u otros entes de derecho privado en la gestión de aquellos servicios de carácter complementario o instrumental.

2. En aquellos casos en que la Universidad opte por la prestación de sus servicios en régimen de gestión indirecta o en régimen de derecho privado, deberá garantizarse que estos se presten en condiciones ventajosas para los usuarios y con

²⁴ Artículo 84 de la Ley Orgánica 6/2011, de 21 de diciembre, de Universidades: “Artículo 84. Creación de fundaciones y otras personas jurídicas. Para la promoción y desarrollo de sus fines, las Universidades, por sí solas o en colaboración con otras entidades públicas o privadas, y con la aprobación del Consejo Social, podrán crear empresas, fundaciones u otras personas jurídicas de acuerdo con la legislación general aplicable. Será de aplicación lo dispuesto en la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de economía sostenible, así como en la Ley 14/2011, de 1 de junio, de la ciencia, la tecnología y la Innovación. La dotación fundacional o la aportación al capital social y cualesquiera otras aportaciones a las entidades que prevé el párrafo anterior, que se realicen con cargo a los presupuestos de la Universidad, quedarán sometidas a la normativa vigente en esta materia. Las entidades en cuyo capital o fondo patrimonial equivalente tengan participación mayoritaria las Universidades quedan sometidas a la obligación de rendir cuentas en los mismos plazos y procedimiento que las propias Universidades”.

²⁵ Decreto 14/2014, de 30 de enero, por el que se aprueban los estatutos de la Universidad de Santiago de Compostela. *Diario Oficial de Galicia* núm. 29, de 12 de febrero.

las máximas garantías de calidad. A estos efectos, se establecerán comisiones de seguimiento y control con participación de los usuarios y de los distintos sectores de la comunidad universitaria».

En este supuesto, la prestación del servicio de limpieza no es una de las funciones principales de la Universidad, aunque se trata de una actividad instrumental o auxiliar esencial para garantizar el correcto desarrollo de las funciones que le son propias.

3.2 Los precedentes

Una vez analizado el marco normativo general, se pasa a exponer el complejo proceso seguido en la Universidad de Santiago de Compostela para la gestión a través de un medio propio de su servicio de limpieza.

En el año 2018 el servicio de limpieza de edificios se venía prestando de forma externalizada con dos contratos, uno para los edificios situados en el Campus de Santiago de Compostela y otro en el Campus de Lugo. Las adjudicatarias eran CLECE, S.A. y Limpiezas San Froilán, S.A. respectivamente, que contaban con un volumen de personal de 252 efectivos en total.

En el primero de los casos, el contrato se había adjudicado el 28 de abril de 2014 por un plazo de cuatro años, desde el 1 de mayo de 2014 hasta el 30 de abril de 2018. El 31 de mayo de 2017 la empresa comunicó a la Universidad su intención de renunciar a la prórroga del contrato “*por estar sufriendo importantes pérdidas económicas derivadas de su ejecución*”, reiterando su solicitud el 28 de septiembre de 2017, añadiendo que “*[...] esta empresa está sufriendo importantes pérdidas económicas en su ejecución, las cuales no mantiene obligación de soportar más allá de la fecha de extinción contractual*”.

La USC en su momento estimó la renuncia a la prórroga presentada por la empresa, mediante mutuo acuerdo con CLECE, S.A. firmado el 30 de abril de 2018, en la que se preveía una prórroga hasta el 31 de diciembre de 2018, con el objeto de proceder a una nueva licitación, garantizando así que no se produjese una interrupción del servicio. Por ende, la prórroga suponía un incremento del precio del contrato primitivo para el nuevo período de un 5 %. La nueva licitación, publicada el 31 de enero de 2018, establecía dos lotes diferenciados, uno para el Campus Sur y otro para el Campus Norte, y se ofertaba con una duración de 2 años y un importe total de 11.749.414,00 €. No obstante, se declaró desierta el 16 de abril de 2018 por no recibir oferta por parte de ninguna empresa.

En el caso del Campus de Lugo, la empresa Limpiezas San Froilán, S.A. finalizaba el contrato el 25 de noviembre de 2018, presentando su renuncia a la posible prórroga prevista en los pliegos, con fecha de 16 de abril de 2018. Por Resolución Rectoral de 3 de mayo de 2018 se declaró la extinción del contrato por cumplimiento, con efectos de 24 de noviembre de 2018, si bien se establecía que la empresa continuaría prestando el servicio objeto del contrato hasta la firma del contrato del nuevo expediente de contratación que la USC licitaría, y cuya fecha prevista de inicio era el 1 de enero de 2019. La elaboración del expediente de contratación aún no estaba en marcha en la fecha de mi incorporación.

Según el criterio técnico de los servicios de contratación, se procedió a negociar una prórroga en los mismos términos que la ejecutada con CLECE, S.A. No obstante, a la vista de la situación, en esta prórroga se motivaba ya la necesidad de realizar un estudio en los siguientes términos: *“Después del proceso electoral celebrado en la USC el pasado mes de mayo y del posterior nombramiento y toma de posesión del nuevo gerente de la institución el 18 de junio de 2018, por parte de éste se formuló a la empresa LIMPIEZAS SAN FROILÁN, S.L.U. la necesidad de ampliar el período de prórroga del contrato hasta el 31 de agosto de 2019, para disponer del tiempo necesario para la toma de decisiones en relación con el servicio a prestar en el futuro y clarificar sus condiciones técnicas y económicas desde todas las perspectivas posibles, sin descartar ninguna alternativa que se pueda considerar viable, ya sea para la gestión directa del servicio, o para la licitación de un nuevo contrato en las oportunas condiciones que garanticen que ésta no quede desierta por razones económicas”*.

Esa última alusión hace referencia a la problemática de este contrato que se detalla a continuación. Los costes del servicio de limpieza están formados, mayoritariamente, por el coste de la mano de obra al ser una actividad intensiva en este recurso. La obligación de subrogar al personal en este tipo de contratos se establecía por previsión convencional y las empresas anteriores habían suscrito acuerdos con el personal en los que sus condiciones se equiparaban a las del personal laboral de la propia Universidad. Por tanto, el coste de la mano de obra era mucho más elevado que en cualquier contrato del mismo sector y los eventuales beneficios de las empresas se reducían considerablemente. Es interesante poner de relieve que la negociación de los acuerdos con el personal para mejorar sus condiciones se materializó en sendos acuerdos de empresa.

En el caso de Santiago de Compostela estas condiciones se formalizaron en el *Acuerdo sobre condiciones económicas y sociales de los trabajadores del servicio de limpieza del Campus de Santiago de la Universidad de Santiago de Compostela*, suscrito ante la autoridad laboral por la empresa adjudicataria en ese momento, CLECE, S.A., y que contiene entre sus cláusulas la siguiente previsión:

“1.- Ámbito funcional y personal.

Este acuerdo será de aplicación al personal de limpieza que presta o preste en un futuro sus servicios en el “Servicio de Limpieza del Campus de Santiago de la Universidad de Santiago de Compostela (USC)” y la empresa adjudicataria del mencionado Servicio, que actualmente es la empresa CLECE, S.A., afectando de igual modo a todas las empresas que en el futuro puedan resultar adjudicatarias de este Servicio”.

“14.- Disposición final.

Los firmantes de este Acuerdo remitirán copia de este al Rectorado y a la Gerencia de la Universidad de Santiago de Compostela con el objeto de que, en el caso de

que salga a concurso el Servicio de Limpieza, se incorpore el contenido del acuerdo en el pliego de cláusulas administrativas para la contratación correspondiente”.

Por lo que respecta al Campus de Lugo, existía un acuerdo de similares características denominado “Acuerdo colectivo sobre condiciones económicas y sociales del Campus de Lugo (Universidad de Santiago de Compostela)”, suscrito el 21 de febrero de 2018 entre la empresa adjudicataria –Limpiezas San Froilán S.L.U.– y el Comité de Empresa y que incluye idénticas previsiones sobre la aplicación en futuras licitaciones de las condiciones acordadas por ambas partes, en las cláusulas primera y decimoquinta.

No obstante, cabe recordar que esta información estaba a disposición en los pliegos de cláusulas administrativas y técnicas de los contratos adjudicados, y se tuvo en cuenta por parte de las empresas a la hora de realizar sus ofertas, por lo que no podrían aducir un cambio sobrevenido que afectase al equilibrio del contrato, siendo su vía de escape presentar la renuncia a las eventuales prórrogas previstas.

En el “Informe sobre la viabilidad jurídica y los requisitos de un encargo obligatorio a medio propio personificado para la prestación del servicio de limpieza de edificios en la Universidad de Santiago de Compostela” encargado por la USC al Área de Derecho Administrativo de la Universidad de A Coruña en el marco de este expediente, Amoedo Souto constata que este problema no es aislado. Así, refiere casos similares en el ámbito de la limpieza hospitalaria pública en Galicia (en concreto, el Complejo Hospitalario Universitario de A Coruña donde mediante negociación colectiva el personal de la empresa adjudicataria se equiparó al personal laboral no estatutario del Sergas del grupo E), y también ejemplos de licitaciones declaradas desiertas y de renunciadas a los contratos de limpieza adjudicados porque los costes laborales anulan los márgenes de beneficio empresarial.

De esta situación surgen las primeras experiencias de encargo de este tipo de servicio a medio propio, por situaciones de urgente necesidad y por el período necesario para proceder a su licitación²⁶.

El propio Consello de Contas de Galicia se ha hecho eco de esta realidad. En su Informe de fiscalización de la contratación de los servicios de limpieza en el ámbito hospitalario del Sergas, correspondiente al ejercicio 2015²⁷, no duda en afirmar que “por las cláusulas de subrogación y la paulatina equiparación retributiva acordada entre empresas y trabajadores, el coste económico de estos trabajadores es comparable al que se derivaría de la condición de personal propio, con la circunstancia de que su externalización contractual tiene el coste adicional del beneficio industrial y del IVA”.

²⁶ En concreto, el Informe menciona los casos del Hospital Universitario Marqués de Valdecilla, que realizó un encargo a TRAGSA en el año 2013, o el del Hospital Universitario de Son Llàtzer y del Hospital Joan March en Palma de Mallorca, que se formalizaron con un encargo puente derivado de una licitación previa desierta y que se realizó con subrogación del personal que estaba prestando el servicio. Este tipo de encargos se fueron sucediendo en el tiempo, como en el caso de la encomienda de gestión realizada a TRAGSA por parte de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia para el servicio de limpieza de sus sedes en Madrid y Barcelona, el encargo por parte de la Generalitat Valenciana a TRAGSA de la limpieza de la Ciudad Administrativa 9 de Octubre, o la limpieza de los edificios y dependencias de la Diputación de Lugo, que resolvió en contrato con la empresa adjudicataria por impago de los salarios de los trabajadores y que encargó el servicio a TRAGSA por un período puente de 6 meses hasta su licitación pública.

²⁷ https://www.ccontasgalicia.es/sites/consello_de_contas/files/contents/documents/2015/164_D_Contratacion_Servizo_Limpieza_Hospitalario_Sergas_2015_G.pdf

No es esta una situación desconocida en la gestión indirecta de los servicios públicos, lo que, como se ha dicho, desmonta el mito de que la contratación es la opción más eficiente en el sector público frente a la gestión directa, puesto que no siempre la tensión teórica que producen en el mercado las licitaciones públicas implica que las ofertas presentadas por las empresas sean más eficientes que la prestación con medios propios. Así lo entiende también AMOEDO SOUTO²⁸ cuando dice que *“La ‘normalización’ de la autoprovisión administrativa como alternativa gestora no es coyuntural. Al contrario. Se trata de una alternativa ‘resiliente’, directamente relacionada con las rigideces y carencias endémicas de nuestras administraciones. En particular, no puede explicarse sin tener en cuenta fenómenos tan arraigados como la escasa dotación de personal público, los costes de oportunidad en la gestión de los procedimientos administrativos abiertos de adjudicación de contratos, o las propias malas prácticas de los contratistas de las administraciones (‘adicción al modificado’, dilación en el cumplimiento de plazos de ejecución, tendencia a la captura de rentas públicas, etc.)”*.

Como se acaba de decir, la nueva licitación en los Campus de Santiago de Compostela había quedado desierta y las empresas habían manifestado que el importe estimado del contrato no cubría los costes de la prestación del servicio, fundamentalmente por los costes elevados del personal.

En un primer momento se evaluó la posibilidad de proceder a una nueva licitación, pero las circunstancias económicas de la Universidad de Santiago de Compostela, con un déficit estructural elevado y con un Plan Económico Financiero vigente, no permitían incrementar el importe de la licitación en 1,3 millones anuales más, tal y como se manifestaba, sorprendentemente, en un Informe económico externo elaborado por la consultora responsable del estudio económico de la licitación que había quedado desierta, si se pretendía hacer viable la adjudicación²⁹.

Así, en los meses que restaban de 2018 se analizaron con los servicios correspondientes todas las posibilidades de gestión, incluida la directa.

En el marco de esta reflexión, se constataron dos hechos muy relevantes que están en el germen de la decisión de internalizar el servicio.

Por una parte, la Universidad de Santiago de Compostela cuenta con más de 500.000 metros cuadrados de superficie útil, la mayor parte con usos generales, pero con alrededor de un 30 % que requiere de un tratamiento más específico, al tener usos de investigación o en áreas de conocimiento como Medicina, Odontología o Veterinaria. El contrato licitado en 2014 establecía en los pliegos un marco prestacional rígido, que ni siquiera había sido modificado como consecuencia de la entrada en funcionamiento de nuevos edificios o la supresión de algún servicio. Así mismo, las frecuencias establecidas para la limpieza en función del tipo de uso de la superficie no admitían soluciones flexibles para reorganizar la prestación del servicio ante cualquier eventualidad.

²⁸ AMOEDO SOUTO, C.A., “¿Hacer en el sector público o comprar al sector privado? La regulación de la autoprovisión administrativa en España”, cit.

²⁹ El informe al que se hace referencia fue elaborado por la consultora Pilot CSS y entregado a la Universidad el 4 de julio de 2018.

Por otra, se constató que el cumplimiento de las condiciones del contrato por parte de la empresa no se ajustaba exactamente a la propuesta presentada por la misma. Ni las mejoras presentadas se estaban ejecutando en los términos propuestos ni la cobertura del absentismo se hacía con la intensidad prevista. Aun así, el contrato resultaba gravoso para la empresa por el elevado coste de los salarios, sin que cupiese la posibilidad de una ejecución más eficiente por la excesiva rigidez y, como se ha dicho, del modelo de prestación.

En este contexto, y para explorar las distintas opciones posibles, en mayo de 2019 se encargó a la empresa Into Consulting, una empresa consultora con experiencia en el sector de la limpieza y que, en la actualidad, asiste técnicamente a administraciones públicas en los procesos de licitación de contratos públicos, con el siguiente objeto: estudio del servicio de limpieza en los centros dependientes de la Universidad de Santiago de Compostela (Campus de Santiago y Lugo) y evaluación económica de las distintas modalidades de gestión posibles.

Al mismo tiempo, al estar próximo el vencimiento de las prórrogas pactadas con las dos empresas contratistas, y siendo la limpieza un servicio esencial, se acordaron sendas resoluciones de prórroga forzosa, por razones de interés público, notificadas el 30 de julio de 2019, por el período necesario hasta la formalización del nuevo contrato que vendría a sustituir la prestación del servicio mencionado con efectos desde el 1 de septiembre de 2019 y, en todo caso, por un período máximo de 6 meses³⁰.

En cuanto a las entidades dependientes de la Universidad existentes en ese momento, se constató que ninguna de ellas reunía los requisitos precisos para poder encargarles la gestión del servicio de limpieza. Bien porque la actividad encargada

³⁰ En estas prórrogas, la motivación incluía una visión más completa de la situación del servicio de limpieza, como se desprende de los antecedentes cuarto a séptimo. *Cuarto. En el análisis preliminar de la situación por el nuevo equipo de gobierno se constató que, además de las renunciaciones presentadas por las dos contratistas del servicio de limpieza de edificios, la licitación del contrato de limpieza correspondiente al Campus de Santiago había quedado desierta a mediados de 2018 debido a que el pliego de prescripciones técnicas y el informe que lo acompañan establecían unas condiciones que el precio de licitación no cubría. A mayor abundamiento, se constató que la superficie útil de la que dispone la Universidad excede la necesaria para conseguir las finalidades que le corresponden. Actualmente dispone de más de 500.000 metros cuadrados destinados a la docencia, la investigación y a otros usos con mucha incidencia en la actividad de limpieza como pueden ser las residencias universitarias. Así mismo, se tuvo conocimiento de que en muchos casos las instalaciones están infratilizadas y en otros tienen un uso intenso que ha ido cambiando en los últimos años fruto de la expansión, principalmente, de la actividad investigadora.*

Quinto. La Gerencia de la Universidad de Santiago de Compostela cerró las cuentas del año 2018 con un déficit en el año 2018 de 1,3 millones de euros en términos de contabilidad SEC. Esto obliga a la presentación de un Plan Económico-Financiero que deberá ser aprobado por la Xunta de Galicia y, por lo tanto, a una política de austeridad en el gasto. Las medidas que se pueden adoptar en este Plan deben incidir singularmente en los gastos de suministros y mantenimiento debido a que uno de los objetivos prioritarios para la institución es la renovación generacional del personal. A la vista de lo expuesto, la Gerencia acordó la elaboración de un estudio técnico que determinase el uso de las instalaciones y la frecuencia necesaria para la correcta prestación de los diferentes servicios en condiciones óptimas y que procurasen una reducción del gasto corriente, cuyo encargo se formalizó el 16 de mayo de 2019. La versión preliminar del estudio mencionado fue entregada a la Gerencia el 12 de julio de 2019, y la entrega definitiva se producirá a finales de este mes. Con base en el mencionado documento, se adoptarán las decisiones oportunas sobre las condiciones técnicas que establecerán los niveles de servicio necesarios y que permitirán la celebración de un nuevo contrato.

Sexto. Lo anterior supone que la decisión que se adopte no se pueda materializar hasta después de que finalice la prórroga, lo que provocará un grave perjuicio para la Universidad pues la limpieza de los edificios es una actividad esencial para su correcto funcionamiento. A mayor abundamiento, el inicio del curso académico 2019-2020 el 9 de septiembre exige la continuidad del servicio tanto para las funciones docentes e investigadoras como para otras actividades que presta la Universidad y que son esenciales para el alumnado, como puede ser el Servicio Universitario de Residencias que gestiona la oferta de 1.200 plazas.

Séptimo. La imposibilidad material de interrumpir la prestación del servicio hace necesario acudir a un procedimiento que sólo se puede justificar por su carácter excepcional, y en el que hay que tener en cuenta que el 14 de julio se ha producido la jubilación del jefe del Servicio de Gestión Económica. Este Servicio tiene entre sus funciones la coordinación, gestión y seguimiento de los procedimientos de contratación administrativa y privada y de gestión patrimonial, así como de prestar el asesoramiento general sobre estas materias y suministrar la información necesaria para la toma de decisiones en materia económica.

directamente por la Universidad no alcanzaba el 80 % exigido por la LCSP, en el caso de la Sociedade Xestora de Intereses da USC, S.L.U. (conocida como UNIXEST, S.L.U.), bien porque su objeto social impedía tal encargo y además no existía una declaración formal como medio propio, en el caso de la Fundación USC-Deportiva, cuyas actividades se desenvolvían en un porcentaje superior al 80 % directamente con la Universidad.

Con el fin de disponer de un medio propio que permitiese la realización de encargos de actividades instrumentales de la Universidad, se iniciaron los trámites para la declaración como medio propio de la Fundación USC-Deportiva. El primer trámite fue la aprobación en la sesión del Patronato de 15 de julio de 2019, por unanimidad de sus patronos, de la decisión de solicitar a la Universidad de Santiago de Compostela la declaración de medio propio en los términos establecidos en el artículo 86 LRJSP y en el artículo 32 LCSP.

Además del estudio del servicio y las alternativas para su gestión, era necesario tener la suficiente seguridad jurídica para la eventual toma de decisiones.

Por este motivo, el 29 de noviembre de 2021 se encargó al Área de Derecho Administrativo de la Universidad de A Coruña el informe de viabilidad jurídica ya mencionado.

Por último, un elemento decisivo para tomar una decisión u otra fue la necesidad de presentar un Plan Económico Financiero debido al cierre de cuentas de 2018 en situación de déficit presupuestario.

Esta obligación, prevista en el Plan Galego de Financiamento Universitario 2016-2020 y en la Ley 2/2011, de 16 de junio, de disciplina presupuestaria y sostenibilidad financiera de Galicia, ya se había producido en el año 2014, realizando en ese momento una política de recortes y ajustes que tuvieron una repercusión muy acentuada en las políticas de personal y el mantenimiento de las infraestructuras.

La Cuenta Anual de la USC correspondiente al ejercicio 2018 reflejaba un déficit presupuestario de 2,4 millones de euros y de 1,3 millones después de los ajustes SEC 2010³¹. Varias eran las razones de este resultado, tal y como se expusieron en el Plan Económico Financiero 2019-2020, aprobado por el Consejo de Gobierno el 7 de febrero de 2020 y autorizado por la Consellería de Facenda.

En él se analizaban las causas del déficit, entre las que se mencionaba expresamente el problema con las licitaciones del servicio de limpieza de edificios en los siguientes términos:

“a) La insuficiencia de ingresos para cubrir los gastos estructurales. [...] Además, durante el 2018, el contrato de limpieza de edificios ha quedado desierto por tener un precio insuficiente. Con las condiciones actuales, la Universidad necesitaría de 1 millón anual más para poder contratar este servicio básico y que la licitación

³¹ El Reglamento (UE) N.º 549/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de mayo de 2013, relativo al Sistema Europeo de Cuentas Nacionales y Regionales de la Unión Europea (en adelante SEC 2010) establece la metodología de elaboración de las cuentas económicas que se publiquen a partir del 1 de septiembre de 2014 (artículo 5.1 del Reglamento), sustituyendo a la versión anterior, SEC 1995, publicada mediante el Reglamento 2223/96 del Consejo, de 25 de junio de 1996.

resultase viable. Las prórrogas del contrato con las empresas contribuyeron también al déficit, al incrementarse el precio del contrato en un 5 %”.

Entre otras medidas a adoptar para corregir el déficit en los siguientes ejercicios, se incluyó una específica sobre el contrato de limpieza:

“Reducción del gasto asociado al contrato de limpieza de edificios. La Universidad de Santiago de Compostela tiene actualmente dos contratos suscritos para la limpieza de sus edificios situados en Santiago de Compostela y Lugo. El coste anual de estos contratos supera los 8.000.000 €. Ambas contratistas manifestaron la renuncia a las posibles prórrogas y el proceso de licitación para el contrato correspondiente a Santiago de Compostela se ha declarado desierto a mediados de 2018. El anterior pliego de licitación estableció frecuencias de limpieza que no son acordes con los usos actuales de los espacios, debido al descenso del alumnado producido durante los últimos 10 años. En ese mismo período, la Universidad ha incrementado en 80.000 metros cuadrados su superficie construida dedicada a la investigación, lo que supone necesidades diferentes. Sobre esta base, se está trabajando actualmente en la redefinición de la prestación evaluando los usos actuales de los diferentes espacios y planificando los niveles de servicio que den respuesta a las necesidades de la Universidad y permitan la eficiencia en el gasto y la eficacia en la consecución de los fines institucionales. El recurso a medio propio para la prestación del servicio permite un ahorro por dos vías: por una parte, se ahorra el IVA no deducible que anualmente supera los 0,9 millones de euros y por otra parte se ahorra el beneficio empresarial que con el modelo actual (dos empresas distintas, una en cada ciudad donde la USC tiene presencia) supone anualmente unos 0,5 millones de euros. No obstante, los pasos a dar para poder realizar el encargo obligan a la Universidad a hacer una estimación prudente del ahorro que se podrá obtener en el ejercicio 2020 teniendo en cuenta que la previsión es que el encargo se realice durante el segundo semestre del año y que serán necesarias inversiones iniciales en suministros y material. Se estima, a la vista de lo anterior, que con la combinación de las medidas descritas se ahorrén 300.000 euros en el 2020, y 500.000 euros en 2021”.

Como se describirá en la parte final, los resultados han sido mucho mejores de lo esperado.

3.3 La declaración como medio propio de la Fundación USC-Deportiva

La LCSP establece en el artículo 32 que los poderes adjudicadores podrán organizarse ejecutando de manera directa prestaciones propias de los contratos de obras, suministros, servicios, concesión de obras y concesión de servicios, valiéndose de otra persona jurídica distinta a ellos, ya sea de derecho público o de derecho privado, previo encargo a esta.

Además de lo anterior, el apartado 2.c) dispone que, cuando el ente destinatario del encargo sea un ente de personificación jurídico-privada, la totalidad de su capital o patrimonio tendrá que ser de titularidad o aportación pública.

En nuestro caso, la Fundación USC-Deportiva había sido constituida en el año 2007 con el objeto de desarrollar las actividades físico-deportivas que programase la Universidad de Santiago de Compostela y el 100 % del capital aportado era de la propia Universidad.

La composición del Patronato, regulada en sus estatutos, preveía un máximo de doce miembros y un mínimo de tres. En su Patronato no había representantes ajenos a la institución en ese momento, estando formado por cinco patronos: el Rector, miembro nato que ostentaba la Presidencia, la persona titular del vicerrectorado con competencias en actividades físico-deportivas, también miembro nato y que ostentaba la Vicepresidencia, y tres vocales designados por la USC. Los Estatutos preveían, además, la posibilidad de designar otros miembros de entidades que se adhirieran a la Fundación en número que no igualase o superase la representación de la Universidad. Sin embargo, su objeto social no admitía el desarrollo de otras actividades que no fueran las deportivas.

La ausencia de desarrollo normativo del artículo 32 LCSP y la confusión creada con la declaración como básico del artículo 86 LRJSP generaban una cierta incertidumbre en cuanto al procedimiento y requisitos para la declaración de un ente como medio propio. Existían interpretaciones divergentes sobre la aplicación de los requisitos de este último artículo a la declaración de medios propios y servicios técnicos que no formasen parte del sector público estatal y, también, sobre la necesidad de justificar los requisitos establecidos en su apartado 2 únicamente en el momento de creación del medio propio, o declaración de tal condición si el ente ya existía, o en cada encargo que se realizase de conformidad con el artículo 32 LCSP.

En relación con la condición de medio propio, el vacío legal generado por la ausencia de desarrollo reglamentario se colmó, de algún modo, con la publicación por parte de la Intervención General del Estado de la *Resolución de 16 de mayo de 2019 por la que se aprobó la Instrucción para la elaboración del informe a emitir en virtud del artículo 86.3 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de régimen jurídico del sector público*.

Aunque esta instrucción no se aplicaba a la USC, ya que el artículo 86.3 regulaba la propuesta de declaración de medio propio y servicio técnico en la administración general del Estado, que debía ser informada por la Intervención General del Estado, sí ha actuado en la práctica como una especie de *soft law* para el conjunto del sector público³².

Cabe mencionar que el artículo 86.3 ha sido modificado por la disposición final 34.2 de la Ley 11/2020, de 30 de diciembre, de presupuestos generales del Estado, dejando exclusivamente la presentación de la memoria justificativa que regula la resolución de la IGAE para el supuesto de nueva creación de medios propios y servicios técnicos.

³² En este sentido, AMOEDO SOUTO, C.A., "¿Hacer en el sector público o comprar al sector privado? La regulación de la auto-provisión administrativa en España", cit.

Como ya se ha comentado, para la declaración de la condición de medio propio de la Fundación USC-Deportiva se siguieron las directrices establecidas por la IGAE para la declaración y creación de medios propios en el ámbito estatal. Pues bien, los pasos seguidos en dicha declaración han sido los siguientes:

- El Patronato de la Fundación USC-Deportiva, reunido el 15 de julio de 2019, acordó por unanimidad iniciar los trámites para realizar las modificaciones necesarias en los estatutos de la Entidad para solicitar a la Universidad de Santiago de Compostela ser considerada medio propio de esta.
- El rector, como máximo responsable de la entidad solicitante, presentó la propuesta al Consejo de Gobierno, de modificación de la condición jurídica de la entidad Fundación USC-Deportiva para su declaración como medio propio personificado de la USC, de conformidad con el acuerdo adoptado por el Patronato e teniendo en cuenta lo previsto en la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de contratos del sector público, y lo previsto en esta materia en la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de régimen jurídico del sector público. Como documentación de la propuesta se acompañaba:
 1. Certificado de la secretaria del Patronato, de conformidad con las atribuciones conferidas por los Estatutos vigentes, sobre el acuerdo adoptado en la reunión celebrada el 15 de julio de 2019.
 2. Borrador de modificación de los Estatutos de la Fundación con el fin de declararla medio propio personificado de la Universidad de Santiago de Compostela de conformidad con la Ley 40/2015, de régimen jurídico del sector público, y con la Ley 9/2017, de contratos del sector público.
 3. Certificado del Protectorado con la finalidad de acreditar la composición del Patronato, máximo órgano rector de la Fundación.
 4. Certificado acreditativo del carácter 100 % público de la dotación fundacional.
 5. Informe de auditoría independiente con la finalidad de acreditar que más del 80 % del volumen de la actividad de la Fundación USC-Deportiva conforme a las cuentas anuales de los tres últimos ejercicios se realizó por cuenta de la Universidad de Santiago de Compostela.
 6. Declaración responsable del presidente del Patronato de la Fundación USC-Deportiva sobre los medios personales y materiales apropiados para la realización de los encargos de conformidad con su objeto social.
 7. Memoria justificativa de la modificación propuesta de la Gerencia de la Universidad de Santiago de Compostela, donde se realizaba un estudio sobre el cumplimiento de los requisitos, en particular de la suficiencia de

medios materiales y humanos para el desarrollo de sus fines, un análisis de riesgos que evidenciaba la sostenibilidad económica de la Fundación y la correcta ejecución hasta ese momento de los cometidos desarrollados por la entidad.

8. Informe sobre la memoria que acompaña la propuesta de declaración de la Fundación USC-Deportiva como medio propio de la Universidad de Santiago de Compostela emitida por el Servicio de Control Interno, emitido previa solicitud de la Gerencia de la USC.
9. Informe del Servicio de Asesoría Jurídica de la Universidad de Santiago de Compostela.

Se satisfacían así todos los requisitos legales, incluyendo la conformidad expresa de la entidad de la que se pretendía que la Fundación fuera medio propio.

Como ya se ha dicho, la Fundación USC-Deportiva tenía como objeto social la promoción, incentivo y desarrollo de la actividad físico-deportiva universitaria, preferentemente en la comunidad autónoma gallega. Ni el objeto social ni sus fines o actividades fundacionales podrían encajar en el encargo a un medio propio de otra actividad que no fuera la deportiva.

Por este motivo, la modificación de los Estatutos contempló las siguientes modificaciones:

- Modificación de la denominación de la Fundación USC-Deportiva, que pasó a ser Fundación USC M.P.
- Modificación del artículo 3 de los Estatutos, sobre el régimen jurídico y la condición de medio propio, regulando también el régimen de los encargos mediante resoluciones rectorales de obligado cumplimiento³³.

³³ Artículo 3 de los Estatutos de la Fundación USC M.P.: “La Fundación tiene la consideración de medio propio personificado de la Universidad de Santiago de Compostela, debiendo asumir los encargos que esta le ordene, sin que en ningún caso estes puedan implicar la atribución de potestades públicas o el ejercicio de funciones o facultades sujetas al derecho administrativo.

Los encargos, que serán de ejecución obligatoria para la Fundación, se formalizarán mediante resolución rectoral, de conformidad con las reglas previstas en el artículo 32 de la Ley 9/2017, o norma básica que la sustituya, y se llevarán a cabo de conformidad con las instrucciones que se dicten. La Universidad podrá supervisar en cualquier momento la correcta realización del objeto del encargo. Los encargos se retribuirán mediante tarifas aprobadas por la Universidad de Santiago de Compostela de conformidad con sus Estatutos y demás normas aplicables atendiendo, en todo caso, al coste efectivo soportado por la Fundación para las actividades objeto de encargo que se subcontraten con empresarios particulares en los casos en que este coste sea inferior al resultante de aplicar las tarifas a las actividades subcontratadas. Las tarifas se calcularán de modo que representen los costes reales que se pudieran derivar del encargo.

La Fundación no podrá participar en licitaciones públicas convocadas por la Universidad de Santiago de Compostela sin perjuicio de que cuando en una determinada licitación no concurre ningún licitador se le pueda encargar a la Fundación la ejecución de la prestación objeto de esta licitación.

Así mismo, la Fundación publicará en la Plataforma de Contratos Públicos de Galicia y en el perfil del contratante su condición de medio propio de la Universidad de Santiago de Compostela indicando las actividades que, comprendidas dentro de sus fines, puede ejecutar en el caso de ser objeto de encargo.

La Fundación podrá participar en licitaciones públicas convocadas por otros entes del sector público respecto de los que no tenga la condición de medio propio personificado, así como suscribir contratos, acuerdos, convenios o cualquier otro documento de carácter contractual con otros sujetos públicos o privados”.

- Modificación del artículo 6³⁴ sobre los fines de la Fundación para incluir la previsión del artículo 84 LOU, que da cobertura legal a la utilización de fundaciones como personificaciones instrumentales de derecho privado para la satisfacción de los fines de las universidades, mediante la colaboración en la promoción y desarrollo de los fines de la Universidad.
- Modificación de las actividades fundacionales previstas en el artículo 7³⁵, para incluir las actividades y servicios instrumentales prestados a la Universidad de Santiago de Compostela.
- Modificación del artículo 12 sobre la composición del Patronato, que mantiene el número máximo y mínimo de patronos, pero incluye tres miembros natos: la persona titular del Rectorado de la Universidad de Santiago de Compostela, que lo presidirá; la persona titular de la Gerencia de la Universidad de Santiago de Compostela, que ostentará la Vicepresidencia; una persona representante del Consejo Social de la Universidad de Santiago de Compostela.

La propuesta de modificación de los Estatutos fue acordada por el Consejo de Gobierno el 5 de diciembre de 2019 y aprobada definitivamente por el Consejo Social de la USC el 27 de diciembre del mismo año.

Por último, y tras la aprobación formal de los nuevos Estatutos por el Patronato de la Fundación, elevar a público el acuerdo y obtener la autorización por parte del Protectorado de la Fundación, se procedió a su inscripción el 12 de febrero de 2020.

Es conveniente destacar que este proceso no fue impugnado en ningún momento.

3.4 El encargo

Nos situamos en febrero de 2020, y las prórrogas forzosas de los contratos de limpieza en Santiago de Compostela y Lugo terminaban a finales de ese mes.

Sin embargo, el equipo de gobierno aún no disponía de todos los elementos de juicio necesarios para la adopción de una decisión, por una parte, un estudio en profundidad del servicio de limpieza a prestar, que estableciera las frecuencias necesarias en función de la intensidad de uso de las instalaciones y que permitiera una solución organizativa flexible y adaptable según las circunstancias. Por otra parte, tampoco había sido emitido el informe jurídico sobre la viabilidad del encargo a medio propio.

³⁴ Artículo 6 de los Estatutos de la Fundación USC M.P.: *“La Fundación tiene como finalidad de interés general colaborar en la promoción y desarrollo de los fines propios de la Universidad de Santiago de Compostela, contribuyendo a ejercer con eficacia y eficiencia las funciones que la institución tiene asignadas, así como la promoción, incentivo y desarrollo de la actividad físico-deportiva preferentemente en la Comunidad Autónoma Gallega. La finalidad de interés general de la Fundación se podrá ejercer bien por propia iniciativa, bien por medio de los encargos que la Universidad le realice. En particular, la Fundación tiene como fines propios los siguientes: 1. Prestar los servicios que sean necesarios para que la Universidad realice sus funciones básicas y que no supongan el ejercicio de la función de autoridad. 2. Colaborar con la Universidad de Santiago de Compostela en el desarrollo y gestión de aquellas actividades que contribuyan a una mejor asistencia a la comunidad universitaria. [...]”*

³⁵ Artículo 7 de los Estatutos de la Fundación USC M.P.: *“Para la consecución de los fines mencionados en el artículo anterior la Fundación podrá llevar a cabo, con carácter enunciativo y no limitativo, las siguientes actividades: 1. Gestionar, prestar, organizar y realizar actividades y servicios instrumentales de la Universidad de Santiago de Compostela. [...] 9. En general, cuantas actuaciones sean necesarias para la consecución de los fines que constituyen su objeto”*.

Así, por resoluciones de 21 de febrero de 2020, se prorrogaron forzosamente de nuevo los dos contratos de limpieza, por un período de seis meses, lo que era un margen razonable para proceder al cambio de modelo de gestión. Así, en ambas resoluciones se recoge expresamente esta circunstancia, descartando ya la licitación de un nuevo contrato.

Es inevitable la referencia a la pandemia por coronavirus SARS-Cov-2, que llevó a la declaración del estado de alarma por el Gobierno de España el 14 de marzo de 2020 y que alteró cualquier previsión que pudiera haberse realizado. Debemos destacar que esta circunstancia sirvió para realizar el primer encargo a la Fundación USC M.P., por razones de urgencia, para la gestión de la Oficina COVID de la USC, unidad creada *ad hoc* para la gestión de las incidencias –numerosas y variadas– que surgieron durante la pandemia. La capacidad de la Fundación para la prestación de servicios de carácter general quedó una vez más acreditada, con una gestión realizada de forma eficaz y eficiente, como acreditan las cuentas anuales de la Fundación aprobadas en situación de superávit, correspondientes al año 2020.

La versión final del informe técnico sobre el servicio de limpieza fue entregada en marzo de 2020. En cuanto al informe de viabilidad jurídica, tal y como explica Amoedo Souto, *“La primera versión de este informe fue entregada el 11 de marzo, tres días antes de la declaración de estado de alarma realizada por el Real decreto 463/2020, de 14 de marzo.*

Desde entonces, la lucha de contención de la pandemia de la Covid-19 provocó intensas alteraciones en la prestación del servicio universitario y, en particular, del servicio de limpieza de los edificios de la USC.

Por todas estas circunstancias, la entrega del informe ha permanecido paralizada, a la espera de que la situación fuese volviendo a la normalidad”.

Ciertamente, el informe final fue entregado el 16 diciembre de 2020, nueva prórroga forzosa mediante en los dos contratos de limpieza, notificada el 19 de agosto de 2020, que, en este caso, además de las razones de interés público, incluía razones de salud pública para no interrumpir la prestación del servicio.

La crisis sanitaria alteró por completo los protocolos de limpieza y desinfección en el intento de contribuir a su contención, obligando a la contratación de servicios que no estaban previstos en la prestación ordinaria del servicio. Los cierres totales de los primeros meses dejaron paso a situaciones de lo más variopintas en cuanto a la actividad que se podía prestar, con continuas reglas e interrupciones que cambiaban constantemente.

En una Universidad compleja, que conforma un ecosistema propio, es fácil adivinar lo arduo que fue gestionar las actividades habituales de la Universidad, desde la docencia y la investigación o los servicios administrativos hasta las residencias universitarias, cafeterías y comedores, bibliotecas y, más tarde, la recuperación de la actividad cultural y deportiva.

Por este motivo, fue necesario todavía prorrogar una vez más, forzosamente, la prestación del servicio por parte de las contratistas que lo venían desempeñando, que se notificó el 26 de febrero de 2021.

Regap



ESTUDIOS

Una vez más, cabe destacar que ninguna de las prórrogas fue impugnada, ni las anteriores a la pandemia, ni tampoco las posteriores, aunque esta circunstancia es más comprensible.

Los informes técnicos solicitados despejaron cualquier atisbo de duda sobre la pertinencia de la decisión de realizar el encargo a la Fundación.

El estudio técnico concluía que era necesaria una redefinición a todos los niveles de la prestación del servicio. Ni las frecuencias eran adecuadas para las intensidades de uso, ni se habían aplicado técnicas que mecanizasen y mejorasen la prestación del servicio, ni existían fórmulas que flexibilizasen la adaptación del personal a las circunstancias de forma ágil y eficiente. En las conclusiones del informe sobre la situación del servicio, se puede leer *“En base a la situación actual, descrita, se pretende cambiar el modelo de gestión, bien a través de una nueva adjudicación o bien a través de la Fundación USC. Para ambos casos, y para la consecución de los objetivos previstos, no se considera válida una tipología de pliego de condiciones similar al actual.”*

El servicio “ideal” no está definido, por lo tanto, debe ser la acción conjunta de la USC y el conocimiento y experiencia de la adjudicataria (o Fundación) quienes lo definan beneficiándose ambos de esta alianza, con objetivos de la máxima eficiencia a medio plazo”.

Es decir, además de los eventuales ahorros del beneficio empresarial y de la exención de la aplicación del IVA a los encargos, existía una certeza sobre que la prestación del servicio podía ser más eficaz y eficiente.

Se formulaban dos escenarios, uno optimista, en el que se incluía un incremento del 1,5 % del coste salarial, y uno pesimista, con un incremento del 2 %. Por otra parte, el estudio realizaba también una comparativa entre la prestación del servicio con el modelo con el que se venía prestando, o aplicando un nuevo modelo de gestión basado en frecuencias y niveles de servicio.

Las cifras resultantes, en términos estrictamente económicos, aconsejaban el cambio del modelo de gestión, pasando a prestarlo desde la Fundación.

Fuera cual fuera la opción elegida, solo el cambio en la prestación del servicio suponía ahorros, sin IVA, que oscilaban entre los 3,8 millones y los 5,9, en función de la externalización o no y del escenario realista u optimista.

La diferencia entre la gestión mediante la Fundación o la externalización oscilaba entre 1,3 millones y 1,2 millones a favor de la primera opción.

En cualquier caso, en el estudio técnico se incluyeron determinados gastos que en opinión de la USC se podían reducir, probablemente porque después de dos años y medio de mandato y una pandemia, el conocimiento sobre la Universidad y la Fundación eran muy precisos. Por poner un ejemplo, la estructura de personal de gestión que el informe estimaba necesaria estaba sobredimensionada y estaba basada en las ofertas que, normalmente, presentan las empresas de limpieza, muchas de ellas grandes multinacionales con magníficos gabinetes jurídicos dedicados al éxito en las licitaciones públicas, pero en las que la dedicación del personal propio de la empresa vinculado al contrato es ínfima. Por otra parte, los costes de suministros parecían sobreestimados, aun teniendo en cuenta la advertencia del informe sobre

la imposibilidad de la Fundación de acceder a descuentos derivados de economías de escala como las empresas del sector.

Por su parte, el informe de viabilidad jurídica de Amoedo Souto despejaba las dudas sobre el procedimiento para realizar el encargo y resolvía alguna de las incertidumbres generadas en los primeros años después de la entrada en vigor de la LCSP.

Por su importancia, merece un tratamiento singular la subrogación del personal en la Fundación, una de las cuestiones más controvertidas en los procesos de internalización de servicios en el sector público.

Basta decir que para poder prestar el servicio desde la Fundación era una premisa básica la viabilidad de esta subrogación del personal existente, sin el cual un servicio como el de la limpieza no sería posible.

El informe de viabilidad jurídica se detiene específicamente en esta cuestión, en su apartado 2.6, destacando dos hechos jurídicos que confirmaban la posibilidad y, sobre todo, la obligatoriedad de la subrogación del personal que prestaba el servicio de limpieza en la USC a través de las dos empresas contratistas.

En primer lugar, la Fundación USC es una entidad de derecho privado, por lo que no se veía afectada por las restricciones introducidas por la Ley 3/2017, de presupuestos generales del Estado para el año 2017, que solo eran aplicables a entidades de derecho público y sociedades mercantiles públicas.

En segundo lugar, a partir de la entrada en vigor de la nueva LCSP, en marzo de 2018, el artículo 130 abre la puerta a la subrogación obligatoria del personal de contrata públicas en tres supuestos: *ex lege*, por convenio colectivo o por acuerdo de negociación colectiva de eficacia general. Pues bien, los convenios colectivos aplicables en el sector de la limpieza obligan a la subrogación del personal en los términos previstos en el artículo mencionado y en el artículo 44 del Estatuto de los trabajadores.

El informe de viabilidad jurídica analiza también los precedentes de encargos que incluyeron la subrogación del personal habilitada mediante cláusula convencional, concluyendo que *“la inclusión de una cláusula subrogatoria en el contenido del encargo obligatorio ha sido aceptada pacíficamente, de conformidad con el artículo 130 de la LCSP y 44 ET”*.

El requisito, previsto en el artículo 32 LCSP, de verificación de que la entidad cuenta con los medios humanos y materiales necesarios para la prestación del servicio, hacía que esta cuestión fuera especialmente relevante.

Es interesante, en este punto, hacer referencia al proceso de remunicipalización del servicio de aguas del Municipio de Valladolid, gestionado desde hace 5 años por una empresa municipal y que ha sido objeto de hasta diez resoluciones judiciales. Ha sido uno de los encargos a medio propio más relevantes, por el volumen de trabajadores afectados, 163 en total, y, a tenor de las noticias, un ejemplo de cambio en el modelo de gestión que ha permitido mejorar radicalmente el servicio prestado.

Sobre la cuestión del personal, el fundamento jurídico cuarto de la Sentencia 150/2017, del Juzgado Contencioso/Administrativo núm. 3 de Valladolid, confirmada

posteriormente por la Sentencia de 21 de mayo de 2019, del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León, dispone:

“Desde un punto de vista negativo hay que señalar que el acuerdo impugnado no adopta ninguna decisión sobre asunción de personal necesario para la gestión directa de los servicios ni tampoco para el funcionamiento de la entidad pública empresarial local creada aunque es evidente que la utilización de ese personal es consustancial a la decisión adoptada en cuanto que no es posible hacer efectiva la gestión directa del servicio si no se cuenta con personal suficiente para llevar a cabo las actuaciones que exige dicha gestión.

Siendo esto así y, hay que insistir en ello, aunque el acuerdo impugnado no adopta ninguna decisión sobre la asunción de personal, es necesario analizar si la normativa aplicable permite que la entidad pública empresarial creada disponga de personal propio para poder cumplir con su objeto dado que, de no ser así, la decisión sobre la gestión directa, aunque fuera sostenible y eficiente, no sería eficaz en cuanto que no podría llevarse a cabo produciéndose, de facto, una falta de prestación del servicio incompatible con el carácter básico y obligatorio del mismo en los términos que luego se dirán”.

En el fundamento jurídico quinto, la resolución judicial dispone lo siguiente sobre la aplicabilidad a este caso de la sucesión prevista en el 44 ET:

El artículo 44 del Estatuto de los trabajadores se refiere, en lo esencial, al mantenimiento de la relación laboral cuando se produce una sucesión de empresas. No existe ninguna duda respecto a la aplicación de este artículo en los supuestos en los que el sujeto que asume la nueva actividad es de naturaleza pública, Administración o un ente dependiente de ella, siendo esencial para que se produzca la sucesión que exista la transmisión de una “entidad económica” que mantenga su identidad, entendida como un conjunto de medios organizados suficientes para llevar a cabo una actividad económica.

En la configuración del encargo a realizar había dos cuestiones más que eran muy relevantes para su resolución. Por una parte, en la fecha en que se produjese definitivamente, era preciso disponer del equipamiento necesario y, por otra parte, la aprobación de las tarifas a aplicar debía ser previa a la formalización del encargo y, de conformidad con el artículo 32 LCSP, atender al coste efectivo soportado por el medio propio, representando los costes reales.

Por resolución rectoral de 7 de mayo de 2021, se realizó un encargo a la Fundación cuyo objeto era la ejecución de las actuaciones necesarias para iniciar el proceso de cambio de modelo del servicio de limpieza de edificios y locales de la USC.

En concreto, se encomendaban las siguientes actividades:

“Proveer de los medios necesarios para iniciar el cambio de modelo de gestión do servicio de limpieza, entre otros:

- *letrado/a asesor/a experto/a en negociación colectiva y defensa, asistencia y asesoramiento jurídico en entes del sector público autonómico para llevar a cabo las actuaciones previas a la formalización del cambio de modelo de gestión;*
- *elaboración de documentación e informes para la planificación y la prestación del servicio de limpieza de edificios;*
- *negociación con las empresas adjudicatarias actuales para la adquisición o alquiler del material y equipamiento con los que cuenta en la actualidad;*
- *asistencia técnica para el suministro del material, asesoramiento en innovación tecnológica, optimización de procesos y realización de trabajos especiales”.*

La duración prevista era hasta el 31 de agosto de 2021 y su importe ascendía a 22.260,27 euros. Entre las actividades que se llevaron a cabo con más relevancia, está la apertura de un período de consultas con los trabajadores, que no era obligatorio, pero sí recomendable para que el proceso se desarrollase sin obstáculos. Esta actuación derivó en un acuerdo el 1 de julio de 2022 que, fundamentalmente, garantizaba por escrito que se mantendrían los contratos y condiciones laborales existentes hasta ese momento.

Este encargo se encuentra *sub iudice* por las demandas presentadas por CLECE, S.A., con solicitud de medida cautelarísima, desestimada por el Juzgado Contencioso-Administrativo núm. 1 de Santiago de Compostela, y por la Asociación Profesional de Empresas de Limpieza (ASPEL).

Resumidamente, en ambas demandas se alega la insuficiencia de medios de la Fundación para llevar a cabo el encargo, la inadecuación de su objeto social para desarrollar el objeto del encargo, exceso de subcontratación y que el encargo a medio propio es una opción menos eficiente que la contratación pública.

En cuanto a la formalización del encargo del servicio de limpieza, reproducimos a continuación la conclusión séptima del informe de viabilidad jurídica que establecía los pasos a realizar:

“SÉPTIMA. – E encargo singularizado del servicio de limpieza a la Fundación USC M.P. deberá satisfacer los siguientes requisitos:

- a) *Previamente al inicio de la operativa de encargo entre la USC y la Fundación, esta deberá haber publicado en la plataforma de contratos públicos de Galicia y en su perfil de contratante su condición de tal respecto de la propia USC, y los sectores de actividad en los cuales, estando comprendidos en su objeto social, sería apta para ejecutar las prestaciones que vayan a ser objeto de encargo. Entre estos sectores deberán incorporarse las tareas de limpieza.*
- b) *El encargo deberá ser formalizado y autorizado por el Rector de la Universidad de Santiago de Compostela.*

c) El documento de formalización establecerá el plazo de duración del encargo y los demás extremos necesarios para la correcta ordenación de la prestación del servicio por el medio propio.

d) El documento de formalización del encargo deberá recoger la compensación que se fije a favor de la Fundación por la realización del mismo, por referencia a tarifas de servicio de limpieza aprobadas por la propia USC. Estas tarifas deberán reflejar el coste efectivo soportado por el medio propio por la realización de las tareas de limpieza encargadas, excluyéndose por tanto IVA y beneficio industrial”.

Así, el 23 de julio de 2021, el Consejo de Gobierno de la USC acordó proponer al Consejo Social la aprobación de las tarifas aplicables al servicio de limpieza de edificios y locales de la USC para los encargos realizados a la Fundación Universidad de Santiago de Compostela M.P. que, a su vez, fueron aprobadas en la sesión del Consejo Social celebrada el 29 de julio de 2021.

Para su elaboración, se tuvo en cuenta la proyección de costes realizada al efecto por Into Consulting y el informe presentado por la Gerencia de la Fundación USC M.P. con fecha 19 de julio de 2021. El análisis de costes incluye todos los gastos a realizar por la Fundación en la ejecución del encargo, determinando el coste/hora de la prestación del servicio en 21,81 €.

Finalmente, por Resolución rectoral de 6 de agosto de 2022, se formalizó el encargo de la prestación del servicio de limpieza de edificios y locales, con una duración de 3 años desde el 1 de septiembre de 2021 al 30 de agosto de 2024, pudiendo ser prorrogado por períodos anuales hasta un máximo de 2 años³⁶.

El importe total del encargo, de conformidad con las tarifas aprobadas, asciende a 22.518.280,84 € para los tres años iniciales, con un desglose que se muestra en la tabla 2.

³⁶ El expediente de la resolución de encargo incluyó la siguiente documentación:

1. Resolución rectoral y anexos:

– Anexo I: Memoria justificativa del gerente de la Fundación USC M.P., conformada por el gerente de la USC, de la concurrencia de los requisitos de eficacia, eficiencia y rentabilidad del encargo de gestión para la ejecución del servicio de limpieza de edificios y locales de la Universidad de Santiago de Compostela.

– Anexo II. Documento técnico de encargo de prestación del servicio de limpieza de edificios y locales de la Universidad de Santiago de Compostela.

– Anexo III. Encargo de tratamiento de datos.

2. Informe sobre la existencia de crédito adecuado para la ejecución del servicio de limpieza de edificios y locales de la Universidad de Santiago de Compostela.

3. Informe del Servicio de Asesoría Jurídica de la Universidad de Santiago de Compostela.

Además, la Resolución rectoral contenía entre sus cláusulas la subrogación obligatoria del personal adscrito a la prestación del servicio, la advertencia de la limitación de subcontratación de prestaciones parciales al 50% del importe del encargo y demás extremos señalados en el informe de viabilidad jurídica. Por último, la resolución fue objeto de publicación en el Perfil del Contratante de la Fundación USC M.P. y en el de la Universidad de Santiago de Compostela ese mismo día. Con posterioridad, se notificó a las empresas contratistas la finalización del contrato el 31 de agosto, requiriendo la lista de personal, así como la información necesaria para proceder a la subrogación con efectos de 1 de septiembre de 2021. Del mismo modo, se notificó al personal la subrogación para proceder a la formalización de los trámites administrativos y laborales correspondientes.

Tabla 2. Desglose del importe total del encargo.

Anualidad	Horas	Importe/hora	Importe
2021	114.719,45	21,81 €/hora	2.502.031,20 €
2022	344.158,35	21,81 €/hora	7.506.093,61 €
2023	344.158,35	21,81 €/hora	7.506.093,61 €
2024	229.438,90	21,81 €/hora	5.004.062,41 €
TOTAL			22.518.280,84 €

Fuente: Elaboración propia.

3.5 Los resultados del encargo

Como se ha mencionado, el acuerdo suscrito con los trabajadores el 1 de julio de 2021 y la ordenación de los trámites a seguir supuso una subrogación del personal exenta de problemas y pacífica socialmente.

En cuanto a los suministros y medios materiales precisos para la efectiva prestación del servicio, el encargo previo realizado a la Fundación y la colaboración de CLECE, cediendo una parte de los mismos, permitió no solo garantizar la transición, sino que también posibilitó *que* los 400.000 euros de inversión previstos en el encargo para el año 2021 no fueran necesarios, consumiendo solo 132.000 euros en total.

En cuanto a los demás medios necesarios, se procedió a la contratación de una persona para la jefatura del servicio de limpieza y al alquiler del material necesario. Con todo, sobre la reducción de gasto que esta opción ya significaba para la USC, el desempeño durante el año 2021 supuso una reducción mensual del 11,6 % en el coste de la limpieza, o en números absolutos de 358.465 € en los cinco meses de encargo de 2021, sin IVA.

La modificación en las condiciones de prestación del servicio explica en gran medida esta reducción. Además de la revisión de las frecuencias de limpieza en función de la clasificación de los espacios según su uso en tres tipologías, la aplicación de fórmulas flexibles para el traslado de trabajadores entre edificios, optimizando las jornadas y contribuyendo a la reducción de la cobertura de absentismo, son elementos clave para la prestación del servicio, sin que se registrase ninguna queja ni incidencia durante el casi año y medio en que la Fundación ha asumido esta actividad.

Sin embargo, el margen de mejora aún no se ha agotado, pendiente de implantar una mayor mecanización en las tareas de limpieza que redunden, a su vez, en la reducción de horas de servicio necesarias.

En el informe de pérdidas y ganancias de la Fundación a 31 de octubre de 2022, la Fundación presenta un resultado de 780.000 euros, y es importante tener en cuenta que durante el *año* 2022 se acordó con los trabajadores una paga única por

Regap



ESTUDIOS

productividad por importe de 200.000 euros. Los compromisos alcanzados en la negociación colectiva vinculan la productividad del personal al resultado económico de la actividad, revirtiendo una parte en sus retribuciones.

En cuanto a las inversiones materiales y gastos derivados de la actividad, ascienden a 198.000 euros, lo que representa un ahorro con respecto al coste proyectado inicialmente que ascendía a 400.000 euros.

De confirmarse la tendencia, se procederá a la revisión de las tarifas fijadas por la Universidad de Santiago de Compostela para adecuarlas al coste real y efectivo soportado por la Fundación.

3.6 El litigio

Este encargo, como era esperable, ha sido objeto de un recurso especial de contratación por parte de ASPEL, presentado ante el Tribunal Administrativo de Contratación Pública de Galicia (TACGal) en el que, además, solicitaba la adopción de una curiosa medida cautelar: la suspensión de la ejecutividad de la Resolución rectoral de 6 de agosto de 2021 aduciendo que, si no se suspendía y finalmente se estimaba el recurso especial que se presentaría el último día del plazo posible, la Fundación ya habría dado comienzo a la ejecución del encargo y se produciría un grave perjuicio porque CLECE tendría que recuperar la prestación del servicio volviendo a tramitar las altas en la Seguridad Social del personal adscrito entonces a la Fundación.

Recordamos en este punto que la última prórroga forzosa finalizaba el 31 de agosto de 2022, por lo que es cuestionable que, de estimarse el recurso especial, la empresa CLECE pudiera seguir prestando el servicio sin haber concurrido a un proceso de licitación, cuando la finalización del contrato sin haber sido objeto de encargo supondría la asunción del servicio por parte de la Universidad de Santiago de Compostela directamente y, por tanto, la subrogación de los trabajadores.

Sea como fuere, ASPEL presentó el recurso especial el 30 de agosto de 2021, por lo que TACGal, mediante resolución núm. 179/2021 inadmitió a trámite el recurso por extemporáneo, al haber superado los quince días hábiles previstos en el artículo 50. 1. f) LCSP.

Resuelto este recurso, la Universidad de Santiago de Compostela recibió la notificación judicial de demanda en el Juzgado Contencioso-Administrativo núm. 1 de Santiago de Compostela por parte de CLECE, S.A. por Decreto de 5 de noviembre de 2021.

De forma resumida, la demanda se basa en cuatro argumentos:

- El modelo de gestión directa (encargo a medio propio personificado) acordado por la USC no es la opción más eficiente, sostenible y eficaz, aplicando criterios de rentabilidad económica.
- Es más costosa la ejecución del servicio de limpieza a través del medio propio personificado que a través de una contratación pública.

- La Memoria no contiene todos los costes necesarios para la ejecución del encargo.
- La exención del IVA no puede fundamentar la mayor eficacia y eficiencia del encargo a medio propio.
- El medio propio (Fundación USC M.P.) carecía de los medios personales y materiales para llevar a cabo el objeto del encargo.
- Falta de adecuación del objeto social de la Fundación a las actividades propias del encargo.

Sobre esas premisas, la empresa solicita que se declare nulo y no conforme a derecho el acto impugnado, por contener un encargo a medio propio personificado que vulnera los requisitos legales para su validez.

En la documentación aportada junto con la demanda, presentan un informe pericial sobre el Estudio del servicio de limpieza en los centros dependientes de la Universidad de Santiago y Lugo de Into Consulting y la evaluación económica de las distintas modalidades de gestión.

En las conclusiones afirman que el cálculo de los costes es erróneo, que no se ha tenido en cuenta la falta de estructura de la Fundación para asumir el encargo, lo que incrementa los costes de personal, ni que la Fundación no puede deducir el IVA de compras e inversiones, por lo que tendrá que asumir los incrementos adicionales que esto supone.

Afirman además que, al ser las tarifas revisables³⁷, el riesgo de la prestación del servicio es asumido por la USC, cuestión más que evidente cuando el poder adjudicador realiza un encargo por su propia configuración jurídica: el objeto del encargo es de realización obligatoria, el precio lo fija el ente adjudicador y, de forma coherente, aprueba las tarifas a las que está sometido el encargo, que deben reflejar el coste real y efectivo del objeto del encargo, porque el medio propio no debe incurrir en pérdidas pero no admite el beneficio empresarial previsto en los contratos públicos.

Por último, afirman que *“no es más eficiente ni eficaz desde el punto de vista de la rentabilidad económica la gestión del servicio de limpieza a través de la Fundación en lugar de una contratación pública”*.

En la contestación a la demanda se presentó, por parte de la Fundación USC M.P., un informe-dictamen, firmado por los profesores Miguel Vázquez Taín y María Bastida Domínguez el 31 de mayo de 2022, con el siguiente título: *“Encargo de gestión realizado por la Universidad de Santiago de Compostela (USC) a la Fundación USC M.P. para la ejecución del servicio de limpieza de sus edificios y locales. Valoración del cumplimiento de las exigencias normativas en materia económica y organizativa”*.

³⁷ Recordemos que el acuerdo de aprobación de las tarifas contenía la siguiente previsión: *“Las tarifas entrarán en vigor en el momento de su aprobación y serán objeto de revisión con carácter anual, o de manera extraordinaria, cuando concurren circunstancias de variabilidad de precios de mercado o de cambios sustanciales que así lo aconsejen, con arreglo al mismo procedimiento seguido para su aprobación”*. Esto es así, precisamente, para garantizar su ajuste al coste real y efectivo del servicio.

En él, se valora el encargo de gestión desde el punto de vista de su eficiencia, eficacia, economía y sostenibilidad de la ejecución del servicio mediante la Fundación y, además, se analizan los argumentos y las conclusiones contenidas en la demanda y el dictamen pericial presentado por CLECE.

En el informe-dictamen se analiza, en primer lugar, el estudio de costes de Into Consulting, junto con las afirmaciones de la demanda presentadas por CLECE y el informe pericial aportado; en segundo lugar, la ejecución real en los meses correspondientes a 2021 y, por último, la ejecución real en los tres primeros meses de 2022.

Para el primer apartado, se analiza también la ejecución de los contratos suscritos en 2014 y la última licitación fallida, y del estudio de los mismos se concluye que entre 2014 y 2021 el coste del servicio se incrementó en un 13 %. Por su parte, las empresas redujeron paulatinamente el personal adscrito al servicio, sin que ese hecho se reflejase en el coste del servicio.

Es ilustrativa la conclusión del informe:

“Por todo lo anterior, concluimos que la ejecución del servicio de limpieza de los edificios y locales de la USC mediante encargo de gestión a la Fundación USC, como medio propio, es claramente más eficiente y eficaz que la opción de contratación externa, suponiendo un importante ahorro económico para la USC, que asciende a 864.000 euros anuales, sin tener en cuenta el efecto de la no deducibilidad del IVA para esta, y a 1.844.000 euros si consideramos también el IVA no deducible, lo que garantiza la sostenibilidad de la ejecución del servicio y contribuye a la sostenibilidad financiera y a la estabilidad presupuestaria de la institución”.

En la prueba solicitada del procedimiento contencioso el juez solicitó un nuevo dictamen pericial independiente, emitido por perito independiente el 30 de septiembre de 2022. El perito realiza un cálculo de costes de la opción de contratación externa y de encargo a la Fundación USC M.P., en el que incluye dos opciones de aplicación del IVA sobre los gastos de estructura en el segundo caso, que denomina Opción A y Opción B.

Sus conclusiones son las siguientes: *“En cualquiera de las dos opciones resultaría más sostenible, eficaz y eficiente, desde el punto de vista de la rentabilidad económica, realizar el encargo del servicio de limpieza en los centros dependientes de la USC a la Fundación USC M.P. obteniéndose un ahorro de 2.763.555,92 euros en la opción A y de 2.184.849,89 euros en la opción B con respecto a acudir a una licitación pública para la adjudicación del servicio de limpieza”.*

El 31 de mayo de 2023 está fijada la vista oral, habrá que esperar a la sentencia.

4 A modo de reflexión final

Del análisis realizado del encargo a la Fundación USC, así como del resultado de otros encargos puede concluirse que la percepción de que lo público, por el hecho de ser público, es más ineficiente no es cierta. La Administración pública tiene muchos fines, además del tradicional ejercicio de potestades administrativas, y en todos

necesita flexibilidad y agilidad para prestar un mejor servicio público. Por ello, debe valerse de todos los medios que tenga a su disposición, medios que, a su vez, deben estar sometidos a controles y a límites. La racionalización y la optimización de sus estructuras pasa también por mejorar la calidad de los servicios que presta, porque su destino último es la sociedad a la que sirve.

El encargo a medios propios personificados permite esa optimización de recursos, está sometido a las reglas fijadas por el legislador con base en el derecho comunitario, y no supone, a nuestro entender, una huida del derecho, porque está sometido a límites: no implica el ejercicio de autoridad y los entes que pueden ser medio propio están sujetos a controles financieros y a los principios de publicidad, transparencia, eficacia y eficiencia en sus actuaciones. A todo lo anterior se suma la estricta regulación de los requisitos para la configuración de un medio propio y los que debe cumplir el negocio jurídico del encargo, lo que garantiza su regularidad y acierto.

En cuanto al encargo a medio propio realizado por la Universidad de Santiago de Compostela a la Fundación USC M.P. para el servicio de limpieza de edificios, sirvan, para quien pueda estar interesado, las reflexiones que se han realizado como guion para formalizar un encargo, con las adaptaciones que se necesiten en función de la actividad y del medio propio que pretenda utilizarse.

Es preciso destacar lo que ha sido el elemento esencial de este proceso. Como en todas las actuaciones de la Administración, lo más importante es la motivación a la hora de tomar una decisión. Y para la toma de decisiones es fundamental disponer de información *útil* que conforme la voluntad, justificando la decisión y basándola en criterios de eficacia, eficiencia y en el principio de buena administración. Consideramos que tanto el estudio previo sobre las características y necesidades reales del servicio como el informe sobre la viabilidad jurídica del encargo a medio propio han sido un aval para el expediente.

El estudio previo puso de manifiesto datos que era difícil obviar y que apuntaban a que la fórmula de gestión indirecta había encarecido un servicio que, por muy instrumental que pueda ser, es esencial para el desarrollo de cualquier actividad.

Además, ante la rigidez y burocracia que siempre se achaca a la Administración, los pliegos que regían el contrato dificultaban una flexibilización del servicio para adaptarlo a los cambios operados en la Universidad, en especial a nuevos usos y frecuencias de limpieza en las instalaciones.

No todo es achacable a las empresas contratistas, las administraciones no siempre disponen de recursos para llevar a cabo un seguimiento de la ejecución de los contratos que compruebe fielmente si se cumplen las condiciones pactadas o que pueda solicitar los cambios necesarios para adaptar con rapidez la prestación del servicio. Por otra parte, la imposición de penalizaciones ante eventuales incumplimientos no garantiza que la prestación del objeto del contrato mejore; todos conocemos empresas adjudicatarias que, una vez celebrado el contrato, adelgazan hasta la mínima expresión los medios destinados a su ejecución, olvidando al mismo tiempo todas aquellas promesas en forma de mejoras que las hizo acreedoras de ese contrato y

Regap



ESTUDIOS

que soportan las penalizaciones porque, aun así, les compensa. Para no ser injustos, también se debe reconocer que otras muchas cumplen a la perfección su cometido.

La opción de utilizar un medio propio para la prestación del servicio abre la posibilidad de un mayor control sobre la actividad y la posibilidad de reorganizarla, ajustándola a las necesidades reales de la institución, aumentando su eficiencia sin disminuir la calidad.

Es cierto que, en este caso, el medio propio era idóneo al tratarse de una estructura creada por y para la Universidad, cuya finalidad es apoyar sus fines, y cuya actividad y estrategia es decidida por la propia institución. Justamente, es ese perfil de medio propio el que creemos que debe utilizarse para la figura del encargo, que difícilmente puede suponer una restricción de la libre competencia porque solo puede desarrollar esas actividades para la Administración de la que depende.

En cuanto a que este recurso pueda suponer escapar de los controles de derecho administrativo, no se puede compartir en modo alguno esta tesis. En su condición de fundación del sector público, toda la actividad de la Fundación USC es objeto de un intenso control. En la contratación de personal debe regirse por los principios de publicidad, igualdad, mérito y capacidad. En la contratación administrativa, está sometida a las reglas de preparación y adjudicación de contratos de la LCSP. En cuanto al régimen presupuestario, de contabilidad, de control económico-financiero, está también sometida a controles externos.

Por último, en cuanto a los resultados, después de casi un año y medio de prestación del servicio, solo podemos afirmar que es posible mejorar la eficacia y la eficiencia de un servicio con voluntad y decisión.

Son múltiples las voces, con independencia de su mayor o menor adhesión al uso de la fórmula del encargo a medio propio, que piden un desarrollo normativo del contenido de los artículos 32 y 33 LCSP. La doctrina y diversos organismos de control concuerdan en la necesidad de definir con precisión los requisitos para que un ente pueda ser medio propio, como el cómputo del porcentaje de actividad para cumplir la regla del 80/20, el control análogo, o las reglas por las que debe formalizarse y regirse la vida del encargo, y las que deben operar en cuanto a su publicidad y la subcontratación de la actividad encargada, siendo esta última un elemento especialmente sensible para que los encargos no se conviertan en elemento de distorsión de la contratación pública.

Compartimos esa necesidad porque contribuiría a la seguridad jurídica del negocio y evitaría judicializaciones posteriores. No obstante, consideramos también que es posible una configuración más adecuada de esta figura que evite el eventual menoscabo de la libre competencia.

Por tanto, la propuesta consiste en que, además de regular con mayor precisión las reglas del encargo –en especial las relativas a su ejecución, seguimiento, control y resolución–, los medios propios solo puedan serlo cuando el control del ente adjudicador sobre sus objetivos estratégicos y sus decisiones principales sea real. Una participación minoritaria en un consejo de administración no puede entenderse como decisiva y, aunque en la teoría los fines del medio propio no sean contrarios a

los fines del ente que realiza el encargo, este debe poder actuar con el medio propio como lo hace con sus propios servicios, bajo el principio de jerarquía, si en algún momento la ejecución del encargo no se cumple en sus debidos términos.

Igualmente, consideramos que debería haber un mayor control en aquellos medios propios que operan en el mercado. En este año y medio, la Fundación USC M.P. ha adquirido solvencia técnica y profesional suficiente para concurrir, con posibilidades de éxito, a licitaciones públicas en el sector de actividad de la limpieza. Sin embargo, no es ese su fin ni su objeto social lo contempla, porque supondría una alteración de las reglas de mercado, aunque el importe del contrato se ajustase al 20% de actividad que puede desarrollar para otros entes.

Bibliografía

- AMOEDO SOUTO, C., “¿Hacer en el sector público o comprar al sector privado? La regulación de la autoprovisión administrativa en España”, *Revista IUS ET VERITAS*, n. 62, 2021, pp. 98-110.
- AMOEDO SOUTO, C., “En torno al concepto jurídico de autoprovisión administrativa: dimensión europea y desajustes internos”, *Revista de Administración Pública (RAP)*, n. 205, 2018, pp. 81-129.
- AMOEDO SOUTO, C. y CUTRÍN DOMÍNGUEZ, M., “El impacto de la Ley 9/2017, de contratos del sector público, en la gestión directa de servicios públicos locales a través de medios propios”, *Revista de Administración Pública (RAP)*, n. 210, 2019, pp. 393-432.
- ARGYRIS, C. y SCHÖN, D., *Strategy, Change and Defensive Routines*, Ballinger, Cambridge, MA, 1985.
- ÁVILA CANO, E., MERINO ESTRADA, V. y ORTEGA JIMÉNEZ, P., *Manual de remunicipalización de los servicios públicos del agua*, Asociación Española de Operadores Públicos de Abastecimiento Sanitario (Aeopas), Valladolid, 2016.
- BEHN, R.D., “Case-Analysis Research and Management Effectiveness: Learning How to Lead Organizations Up Sand Dunes”, Bozeman, B. (coord.), *Public Management*, 40-54, Jossey-Bass Inc. Publishers, San Francisco, 1993.
- CANEDO ARRILLAGA, M.P., “Medios propios y competencia en España”, *Economía industrial*, n. 415, 2020, pp. 67-87.
- CASTILLO-BLANCO, F.A., “La reinternalización de servicios públicos: aspectos administrativos y laborales”, *Estudios de Relaciones Laborales*, noviembre 2017.
- ESTEVE PARDO, J., “El movimiento remunicipalizador. Experiencias y expectativas”, *El cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, n. 69, 2017.
- GIMENO FELIÚ, J.M., “Las fronteras del contrato público: depuración conceptual de los negocios jurídicos excluidos desde la perspectiva funcional del Derecho europeo”, *Revista española de Derecho Administrativo*, n. 205, abril-junio 2020.
- KAUFMAN, H., *The Forest Ranger: A Study in Administrative Behavior*, H. Hopkins Press, Baltimore, 1960.

Regap



ESTUDIOS

- McGREGOR, E.B., "Toward a Theory of Public Management Success", Bozeman, B. (coord.), *Public Management*, 40-54, Jossey-Bass Inc. Publishers, San Francisco, 1993.
- NOGUERA DE LA MUELA, B., "Los encargos in house en la Ley de contratos del sector público (LCSP): especial referencia a los mismos en el ámbito local a la luz de la reciente jurisprudencia comunitaria", *Revista de Administración Pública*, n. 182, mayo-agosto 2010, pp. 159-190.
- SÁNCHEZ MORÓN, M., *Derecho administrativo. Parte general*, 16ª ed., Editorial Tecnos, Madrid, 2020, p. 64.
- SOSA WAGNER, F. y FUERTES LÓPEZ M., "¿Pueden los contratos quedar en casa? (La polémica europea sobre la contratación in house)", *La Ley: Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, n. 3, 2007, pp. 1669-1680.
- VILALTA REIXACH, M., "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", *Revista Galega de Administración Pública (REGAP)*, n. 56, julio-diciembre 2018.