

**“LOS SUPUESTOS DE
COOPERACIÓN VERTICAL COMO
EXCEPCIÓN EN LA APLICACIÓN DE
LA NORMATIVA DE CONTRATACIÓN
PÚBLICA: LOS ENCARGOS A LOS
MEDIOS PROPIOS
PERSONIFICADOS”**

**“THE CASES OF VERTICAL
COOPERATION AS AN EXCEPTION IN
THE APPLICATION OF THE PUBLIC
PROCUREMENT RULES: ORDERS TO
THE PERSONIFIED THEIR OWNMEANS”**

D^a Beatriz Montes Sebastián

Directora de Asesoría Jurídica de la
Fundación Universidad-Empresa de Valencia

RESUMEN:

La Doctrina In house Providing desarrollada por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea como supuesto de excepción en la aplicación de la normativa de contratación pública, ha sido positivizada en la Directiva 2014/24/UE de Contratación Pública y posteriormente en la Ley 9/2017, de 8 de noviembre de Contratos del Sector Público con la finalidad de dar seguridad jurídica



a un régimen cada vez más extendido y que planteaba no pocos problemas jurídicos, en especial por la llamada "huida del derecho administrativo" y la proliferación de entidades de naturaleza jurídico-privada que actuando como entes instrumentales permitían a los poderes públicos realizar determinadas actuaciones sin aplicar la normativa de contratación pública, aplicando los mismos normas mucho más laxas que las aplicables a la propia Administración. Dichas prácticas en ocasiones generaban problemas de competencia al otorgar ventajas competitivas a entidades que actuando en el mercado, eran financiadas por la propia Administración. En atención al nuevo régimen jurídico en el presente trabajo se pretende analizar el régimen jurídico de los medios propios y los requisitos exigidos para su aplicación.

Palabras clave:

Medios propios, encargo, cooperación vertical, control análogo, control conjunto, contratación pública.

Abstract:

The Directive "In- House Providing", developed and passed by the Court of Justice of the European Union as an assumption of exception in the application of the regulations of public procurement, has been set out in the Directive 2014/24/EU on public procurement and reviewed and updated in 9/2017, as of 8th November on contracts regarding the public Sector with the purpose of giving legal certainty to an increasingly extended regime. This posed a number of legal problems, having regard to the so-called "Guidance for the Administrative law" and the number of high profile cases of a legal-private nature, acting as a

medium, allowed the public authorities to perform certain actions without directly applying the rules of public procurement, as stated. In this way the same rules would be applied in order to enable procurors to make better use of public procurement. Such practices sometimes generated competition problems by allowing unknown bodies to gain an unfair advantage over other bodies acting on the market, and were financed by the administration itself. In view of the new and current legal regime, the aim is to analyse the legal system independently (or from a fresh prospective...), and the requirements required for its application.

Keywords:

In house providing, order, vertical cooperation, control which is similar to that which it exercises over its own departments, joint control, public procurement.

SUMARIO

I. INTRODUCCIÓN

1. Planteamiento general
2. Antecedentes en España
3. La doctrina in house providing del TJUE como excepción en la aplicación de la normativa de contratación pública
4. Problemas planteados en relación a dicha figura

II. POSITIVACIÓN DE LA DOCTRINA IN HOUSE: LOS ENCARGOS A LOS MEDIOS PROPIOS

1. La 4ª generación de las Directivas de Contratación Pública
2. La Ley 40/2015 de Régimen Jurídico del Sector



Público

3. La Ley 9/2017, de 8 de noviembre de Contratos del Sector Público

4. Comparativa con la regulación anterior

III. ELEMENTOS ESENCIALES DE LOS ENCARGOS A LOS MEDIOS PROPIOS

1. Requisitos para ser medio propio

A. Entidad perteneciente al Sector Público y reconocimiento de la condición del medio propio en sus estatutos

B. Control análogo al que se tiene a sus propios servicios

C. Más del 80% por ciento de la actividad del medio propio debe ser realizada para la entidad que realiza el encargo

D. El medio propio no debe tener participación privada

E. Tener medios suficientes para realizar el encargo

2. Régimen de funcionamiento

A. Requisitos de forma y publicidad

B. Normas de contratación

C. Límites a la subcontratación

3. Control previo y posterior de los encargos a los medios propios

A. Informe de intervención y otros controles

B. Informe de los Auditores de Cuentas

C. Recurso especial en materia de contratación

IV. CONCLUSIONES

I. INTRODUCCIÓN

1. PLANTEAMIENTO GENERAL

El objeto del presente estudio es analizar el nuevo régimen jurídico de los medios propios personificados como supuestos de cooperación vertical, tras su positivación.

La Constitución Española (en adelante "CE") establece que las Administraciones Públicas deben perseguir el interés general y someterse a la Ley y al Derecho en el ejercicio de sus funciones y competencias, cumpliendo, entre otros el principio de eficacia. Asimismo, en materia de gasto público, la CE en su artículo 31 prevé la necesidad de cumplir con criterios de eficiencia y economía en su programación y ejecución. Cumpliendo con dichos principios, la Administración tiene discrecionalidad para llevar a cabo sus fines, teniendo potestad de autoorganización en el ejercicio de sus competencias¹.

Una de las actuaciones a desarrollar por las Administraciones Públicas para el aprovisionamiento de bienes y servicios es la contratación pública, suponiendo la misma en la Unión Europea (en adelante "UE") casi un 20% del PIB y en España alrededor de un 18,5%².

¹ La potestad de autoorganización de los poderes públicos ya se reconoció por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (en adelante "TJUE") en la sentencia de 11 de enero de 2005, Asunto C-26/03 Stadt Halle (apartado 48) y en la sentencia de 9 de junio de 2009 del TJUE, en el caso Comisión contra Alemania.

² Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia (en adelante "CNMC"): *"Análisis de la Contratación Pública en*



Además de los principios de eficacia, eficiencia y economía, tras la entrada de España en la Comunidad Económica Europea (actualmente Unión Europea), la normativa aplicable en materia de contratación pública tuvo que atender con carácter prioritario a otros principios fundamentales. Así, el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (en adelante "TFUE"), tenía por finalidad el establecimiento de un mercado único, reconociéndose la libertad de establecimiento y la libre prestación de servicios y mercancías en la UE, siendo aplicables para conseguir dicha finalidad, los principios generales de la Contratación Pública³ de aplicación transversal en todas las fases de la contratación.

La existencia de derecho nacional con una amplia tradición administrativista, unido a la necesidad de aplicar el derecho comunitario, tuvo como consecuencia una normativa de contratos cada vez más compleja y restrictiva, con no pocos problemas de aplicación práctica. En este contexto en el que por un lado las Administraciones deben desarrollar su cometido con sometimiento pleno a la Ley y al Derecho pero con potestad de autoorganizarse, y deben ser eficaces pero también eficientes, es donde se enmarca el tema a tratar como veremos a continuación.

Las encomiendas, así como los Convenios eran figuras

España: Oportunidades de mejora desde el punto de vista de la competencia" de 5 de febrero de 2015, citado en el Módulo II.- Tema 5 del Máster.

³ El principio de igualdad de trato y prohibición de toda discriminación por razón de la nacionalidad, el principio de publicidad y transparencia y el principio de libre competencia, entre otros.

que quedaban fuera de la normativa de contratación pública y que por tanto, permitían a las Administraciones Públicas conseguir los objetivos perseguidos sin necesidad de acudir al mercado y de realizar un procedimiento de licitación pública.

La complejidad de la normativa administrativa y la ausencia de una definición clara de encomienda de gestión, encargo y convenio contribuyeron a que en España y en otros países de la UE se produjera la llamada "*huida del derecho administrativo*", creando las Administraciones Públicas con la finalidad de conseguir un funcionamiento ágil, entes instrumentales que a través de los convenios o las encomiendas de gestión desarrollaban el cometido público que les habían encomendado.

Dicho fenómeno se produjo asimismo por la ausencia de una definición y de un régimen jurídico claro de tales figuras, así como por las limitaciones de las Administraciones públicas para contratar personal debido a las restricciones presupuestarias que existían, en especial, en época de crisis.

Todo ello generó desde la perspectiva de la competencia un elemento distorsionador que era necesario clarificar. La finalidad perseguida en este estudio es analizar los aspectos más novedosos de la figura de los medios propios personificados, distinguiéndola de las otras figuras de cooperación administrativa (las encomiendas de gestión y los convenios). Para ello, en este trabajo se analizará el régimen jurídico anterior, los problemas ocasionados en la práctica con su uso y las medidas introducidas tanto por el legislador comunitario como estatal para solucionar tales problemas y clarificar dicha figura.



2. ANTECEDENTES EN ESPAÑA

La falta de regulación clara en relación con las encomiendas de gestión, fue uno de los factores que provocó un uso excesivo e inadecuado de esta figura. Así, la Ley 30/1992 de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común (en adelante "LRJPAC"), ya derogada⁴, contemplaba en su artículo 15⁵ la figura de las "encomienda de gestión".

En relación con el objeto de la encomienda, el citado artículo hacía referencia a una actividad de carácter material, técnico o de servicios competencia de la entidad que la otorgaba. Según la Circular 6/2009 de 14 de julio de la Abogacía General del Estado hasta la entrada en vigor Ley 30/2007, de Contratos del Sector Público (el 30 de abril de 2008) en adelante "LCSP 2007"), se venía entendiendo que las encomiendas de gestión contempladas en la Ley 30/92 podían incluir prestaciones características de un contrato, no

⁴ Derogada por la Ley 39/2015, de 1 de octubre de Procedimiento Administrativo Común (Disposición Derogatoria Única, 2. a).

⁵ "15.1. LRJPAC.- *La realización de actividades de carácter material, técnico o de servicios de la competencia de los órganos administrativos o de las Entidades de derecho público podrá ser encomendada a otros órganos o Entidades de la misma o de distinta Administración, por razones de eficacia o cuando no se posean los medios técnicos idóneos para su desempeño.*"

permitiéndose dicho objeto a partir de la citada fecha⁶. Respecto a las razones que podían justificar su otorgamiento, el artículo 15 hacía referencia a la eficacia en la actuación de la Administración o bien a la ausencia de medios técnicos idóneos para su desempeño en la propia Administración encomendada. Así, las encomiendas de gestión se configuraban en la LRJPAC como una figura de cooperación interadministrativa, que no suponía la cesión de titularidad de la competencia ni de los elementos sustantivos de su ejercicio, no permitiéndose su uso cuando la entidad encomendada fuera una persona física o jurídica sujeta al derecho privado, haciendo la Ley una remisión en ese caso a la propia normativa de contratos del Estado.

Hasta el año 2005 con la Ley 5/2005 de reformas urgentes para el impulso de la productividad y para la mejora de la contratación pública por la que se modificó el Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas del año 2000, no se hizo referencia expresa a la figura de las encomiendas en la normativa de contratación. Así la citada norma modificó su artículo 3.1 para excluir del ámbito de aplicación de la contratación pública *“las encomiendas de gestión que se realicen a las entidades y a las sociedad cuyo capital pertenezca totalmente a la propia Administración Pública.”* Posteriormente, la Ley 42/2006, de 28 de diciembre de Presupuestos Generales del Estado para el ejercicio 2007 modificó nuevamente el artículo 3.1 incorporando los requisitos establecidos por la jurisprudencia existente, en especial del TJUE sobre la

⁶ PALOMAR OLMEDA, ALBERTO. Director. “Encomienda de Gestión. Gestión Pública Actual: Régimen jurídico y mayor eficacia”, Editorial Aranzadi, S.A. 2013, página 122.



doctrina in house. No obstante, es en la LCSP 2007 donde se introduce el término de “medio propio” o “servicio técnico” de la Administración.

Así, existían dos conceptos de encomienda de gestión. El previsto en la Ley 30/92 que contemplaba la encomienda como un instrumento de cooperación administrativa y el previsto en la normativa de contratos que contemplaba la encomienda de gestión como un supuesto de exención de la normativa de contratos, siendo en consecuencia considerado un instrumento de gestión de la Administración para la realización de obras y la prestación de servicios y suministros.

El artículo 4.1. n) y 24⁷ de la LCSP 2007 contempló por

⁷ “Están excluidos del ámbito de la presente ley: n) Los negocios jurídicos en cuya virtud se encargue a una entidad que, conforme a lo señalado en el artículo 26.4, tenga atribuida la condición de medio propio y servicio técnico del mismo, la realización de una determinada prestación. No obstante, los contratos que deban celebrarse por las entidades que tengan la consideración de medio propio y servicio técnico para la realización de las prestaciones objeto del encargo quedarán sometidos a esta ley [...]”

El artículo 24.6 “los entes, organismos y entidades del sector público podrán ser considerados medios propios y servicios técnicos de aquellos poderes adjudicadores para los que realicen la parte esencial de su actividad, cuando éstos ostenten sobre los mismos un control análogo al que pueden ejercer sobre sus propios servicios. Si se trata de sociedades, además la totalidad de su capital tendrá que ser de titularidad pública.” En todo caso se entenderá que los poderes adjudicadores ostentan un control análogo al que tienen sobre sus propios servicios si pueden conferirles encomiendas de gestión que sean de ejecución obligatoria para ellos de acuerdo con instrucciones fijadas unilateralmente por el encomendante y cuya retribución se fije por referencia a tarifas aprobadas por la entidad pública

primera vez los encargos que un poder adjudicador podía realizar a un ente, organismo o entidad del sector público que ostentara la condición de medio propio o servicio técnico de aquél, incorporando la doctrina del TJUE.

En efecto, la LCSP 2007 contemplaba como supuesto excluido de su ámbito de aplicación aquellos negocios jurídicos realizados entre un poder adjudicador y otra entidad, siempre que dicha entidad cumpliera los siguientes requisitos: (i) reconocimiento de la condición de medio propio en sus estatutos o norma de creación, (ii) Control análogo, (iii) desarrollo de la parte esencial de la actividad a favor de la entidad encomendada y (iv) titularidad pública de la totalidad del capital de la sociedad.

Este es el régimen que se mantiene en el Real Decreto Legislativo 3/2011 de 14 de noviembre por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público.- Artículo 4.1.n y 24.6 y hasta la Ley de Contratos actual en la que sí existe una regulación exhaustiva y mucho más restrictiva con la finalidad de reducir su uso por parte de las Administraciones

de las que dependan". "La condición de medio propio y servicio técnico de las entidades que cumplan los criterios mencionados en este apartado deberá reconocerse expresamente por la norma que las cree o por sus estatutos, que deberá determinar las entidades respecto de las cuales tienen esta condición y precisar el régimen de las encomiendas que se les puedan conferir o las condiciones en las que podrán adjudicárseles contratos y determinará para ellas la imposibilidad de participar en licitaciones públicas convocadas por los poderes adjudicadores de los que sean medios propios, sin perjuicio cuando no concurra ningún licitador, pueda encargárseles la ejecución de la prestación objeto de las mismas."



Públicas.

3. LA DOCTRINA IN HOUSE PROVIDING DEL TJUE COMO EXCEPCIÓN EN LA APLICACIÓN DE LA NORMATIVA DE CONTRATACIÓN PÚBLICA

Tras analizar el régimen jurídico existente en España, procede analizar la doctrina desarrollada por el TJUE sobre la "contratación doméstica" o "in house providing", doctrina que fue incorporada en la normativa de contratos española a partir del año 2005, tal y como hemos mencionado anteriormente.

Debemos partir en este sentido de que la doctrina desarrollada por el TJUE en su condición de garante del cumplimiento del ordenamiento jurídico comunitario y en especial de los Tratados constitutivos de la UE, parte del principio de aplicación de la normativa de contratación pública como regla general para cumplir el principio de concurrencia y garantizar la competencia en el mercado. Así, la doctrina de contratos domésticos o in house se configura como una excepción a la aplicación de la normativa de contratación pública que como tal debe ser interpretada de forma restrictiva.

La primera sentencia relacionada con esta doctrina es la denominada Sentencia Teckal de 18 de noviembre de 1999, Asunto C-107-98. En dicha sentencia el Tribunal resolvió una cuestión prejudicial planteada por un Tribunal Italiano, entre la empresa TECKAL, el municipio de Viano y la entidad AGAC (Mancomunidad constituida por varios municipios entre ellos el municipio de Viano) sobre la adjudicación por parte del municipio a la AGAC de la gestión del servicio de calefacción y el suministro de gas a determinados municipios. Ante dicha adjudicación realizada sin seguir ningún procedimiento

de adjudicación, la empresa TECKAL interpuso un recurso en los Tribunales Italianos, al entender que el municipio de Viano debería haber realizado el correspondiente procedimiento de licitación. El TJUE analizó el supuesto y concluyó que con carácter general los contratos entre dos poderes adjudicadores debían respetar las directivas de contratación y por tanto, era necesario realizar el correspondiente procedimiento de licitación, estableciendo, no obstante, una excepción a dicha regla general cuando la entidad adjudicadora 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 entes que la controlan.

Por tanto, surge así la primera delimitación de la doctrina in house, exigiendo el Tribunal la concurrencia de dos requisitos: (i) control análogo al que se ejerce sobre sus propios servicios y (ii) desarrollo de la parte esencial de la actividad.

Otra de las sentencias reseñables sobre la Doctrina in house es la STJCE de 11 de enero de 2005, asunto C-26/2003, Stadt Halle y RPL Lochau. En esta ocasión el supuesto de hecho planteado era la adjudicación directa de un contrato de servicios de tratamiento de residuos otorgado por la Stadt Halle, una ciudad de Alemania a una sociedad dedicada al tratamiento de residuos (RPL Lochau) ante el recurso interpuesto por otra sociedad (la sociedad TREA Leuna). Cabe destacar que la mayoría del capital social de la sociedad que resultó adjudicataria pertenecía a la Stadt Halle, existiendo no obstante una participación privada en el capital social de dicha sociedad. En este caso, el Tribunal consideró que *“En el supuesto de que una entidad adjudicadora proyecte celebrar un contrato a título oneroso referente a servicios comprendidos dentro del ámbito de aplicación material de la Directiva, con una sociedad*



jurídicamente distinta de ella en cuyo capital participa junto con una o varias empresas privadas, deben aplicarse siempre los procedimientos de contratación pública previstos en dicha Directiva”.

Por tanto, se completa la doctrina in house al considerar el Tribunal necesario para su aplicación que en el caso de que la entidad a la que se contrata sea una sociedad, el cien por cien del capital sea de titularidad pública.

Otra sentencia importante es la STJCE de 13 de octubre de 2005, asunto C-458/2003, Parking Brixen. El litigio se planteó sobre la adjudicación sin licitación pública del municipio de Brixen de la gestión de dos aparcamientos ubicados en dicho municipio por la sociedad Stadtwerke Brixen AG. El Tribunal concluyó que la gestión de un apartamiento público de pago en el que la contrapartida eran las cantidades a abonar por los usuarios de dicho aparcamiento estaba excluida de la aplicación de las directivas de contratación, al ser una concesión de servicios públicos. Si bien la no aplicación de las citadas directivas no impedía la aplicación de los principios de igualdad de trato, no discriminación y transparencia. El Tribunal vuelve a incidir en el requisito de la titularidad del capital que debe ser público, sin que se pueda abrir a empresas privadas y contempla un aspecto adicional que es el ámbito de aplicación. El Tribunal considera que dado que el objeto de la sociedad es muy amplio y su ámbito de actuación no se circunscribe al de la entidad adjudicadora, teniendo el Consejo de Administración amplias facultades, no se cumplen los requisitos de control y actividad esencial y por tanto, no cabe la aplicación de la doctrina in house en dicho supuesto.

Otra de las sentencias relevantes es la sentencia de 19 de abril de 2007, asunto C-295/05, Asemfo vs.Tragsa. Tragsa era una sociedad participada un 99% por el

Estado y un 1% por Comunidades Autónomas que cumplía servicios esenciales en materia de desarrollo rural y conservación de medioambiente. Dentro de su régimen jurídico se contemplaba la obligación de realizar las prestaciones que le encomendaran el Estado o las Comunidades Autónomas en el ámbito de las actividades que constituyeran su objeto social, fijándose como contraprestación las tarifas fijadas por el Estado. Asemfo presentó una denuncia contra Tragsa dado que no se seguían los procedimientos de adjudicación previstos en la Ley 13/1995 de Contratos de las Administraciones Públicas. El TJUE analizó el supuesto de hecho y respecto del requisito de control análogo consideró que cumplía dicho requisito al estar compuesto el accionariado el 99% por el Estado y el 1% por las Comunidades Autónomas participantes y estar obligada a cumplir el encargo al precio establecido por el Estado. Asimismo afirmó que Tragsa no podía establecer ningún tipo de condición en la prestación de los servicios al estar regulado su régimen jurídico en sus propios Estatutos. Por otra parte, respecto al requisito de la parte esencial de la actividad, Tragsa realizaba por término medio más del 55 % de su actividad con las Comunidades Autónomas y alrededor de un 35 % con el Estado, concluyendo el Tribunal que también cumplía este requisito.

Finalmente, cabe destacar la STJCE de 10 de septiembre de 2009, asunto 573/07, SEA y Municipio de Ponte Nossa. Se plantea un litigio entre Sea y el municipio de Ponte Nossa sobre la adjudicación por este último de un contrato relativo al servicio de recogida, transporte y eliminación de residuos urbanos a Servizi Tecnologici Comuni – Se.T.Co. SpA, sociedad en la que el Municipio tiene una participación minoritaria en el capital social. En esta sentencia, se vuelve a reiterar los principios mencionados en las sentencias de Stat Halle,



Parking Brixen y la Sentencia de la Comisión contra Austria.

A modo de recapitulación, la Doctrina desarrollada por el TJUE en materia in house permitía tales supuestos no siendo aplicable las directivas, siempre que se cumplieran los siguientes requisitos: (i) Control análogo al que ejerce sobre sus propios servicios, considerándose que se cumple dicho requisito cuando se puede ejercer una influencia determinante tanto sobre los objetivos estratégicos como sobre las decisiones importantes de dicha sociedad. La entidad a la que se adjudica el servicio no puede negarse a realizarlo y la determinación de las tarifas se realiza por parte de la entidad adjudicadora; (ii) Parte esencial de la actividad. En la sentencia de Tragsa se habla del 90%; y (iii) cuando se trate de sociedades, la totalidad de la participación debe ser pública.⁸

4. PROBLEMAS PLANTEADOS EN RELACIÓN A DICHA FIGURA

La exclusión de la normativa de contratación de los encargos a medios propios, así como la falta de un régimen jurídico claro, provocó un uso abusivo de esta figura, detectándose por parte del Tribunal de Cuentas y de los órganos de control externo de las Comunidades

⁸ Existen otras sentencias en las que se han tratado supuestos in house o similares, tales como; (i) STJCE de 13 de enero de 2005, asunto C-84/2003, Comisión contra España, (ii) STJCE de 11 de mayo de 2006, asunto C-340/2004, Carbotermo., (iii) STJCE de 13 de noviembre de 2008, asunto C-324/07, Coditel, (iv) STJCE de 9 de junio de 2009, asunto C-480/06 Comisión vs Alemania, (v) STJCE de 19 de julio de 2012, asunto C-182/1, Econord, entre otras.

Autónomas los siguientes problemas⁹: (i) falta de justificación en el expediente del recurso a la encomienda, (ii) falta de cumplimiento de los requisitos exigidos a los medios propios, (iii) atribución de actividades que implicaban el ejercicio de potestades administrativas que por ley solo podían ejercerse por funcionarios públicos, (iv) no determinación de las tarifas por parte de la entidad encomendante y (v) falta de seguimiento y control por parte de la entidad encomendante a su medio propio una vez concedida la encomienda.

Todo ello, según la opinión del Tribunal de Cuentas podía constituir un uso fraudulento de esta figura, que iba en detrimento de la libre concurrencia en el mercado. Así, el Tribunal de Cuentas y los órganos de control externo de las distintas Comunidades Autónomas consideraban necesaria una nueva regulación más completa y sistemática de la figura con un cambio en su denominación legal para evitar posibles confusiones¹⁰, la planificación de la

⁹ Informe de fiscalización de las encomiendas de gestión 30 de abril de 2015 y el Informe de fiscalización sobre la utilización de la encomienda de gestión, regulada en la legislación de contratación pública aplicable, por las entidades del sector público autonómico español durante el ejercicio 2013, de 22 de diciembre de 2016, entre otros.

¹⁰ Informe de fiscalización sobre encomiendas de gestión de la Administración del Principado de Asturias y sus organismos dependientes correspondiente al ejercicio 2013, Informe de fiscalización de las encomiendas de gestión de la Generalitat Valenciana ordenadas en el ejercicio 2013 y ejecutadas en 2013 y 2014, el Informe 30/2016, relativo a las encomiendas de gestión del ejercicio 2013 de la Administración y sus organismos dependientes de la Generalitat de Catalunya, entre otros.



organización administrativa, la justificación de las necesidades a satisfacer y la mayor idoneidad del empleo de la encomienda frente a otras formas posibles de suplir las necesidades a cubrir, así como que la retribución de la encomienda fuera fijada mediante la aplicación de las correspondientes tarifas y que dichas tarifas se ajustaran a los costes reales de la prestación.

Además de las recomendaciones realizadas por el Tribunal de Cuentas y por los órganos de control externo, cabe destacar, el Informe de la Comisión Nacional de Competencia elaborado en el año 2013¹¹ sobre las encomiendas de gestión y su impacto en la competencia.

En dicho Informe, la Comisión consideró que el uso de este instrumento podía suponer una pérdida de eficiencia derivada de la ausencia de la tensión competitiva a la hora de fijar las condiciones de ejecución de las encomiendas que sí está presente en los procedimientos de contratación pública y la afectación al sector de actividad donde opera el medio propio, dada la importancia de las Administraciones como demandantes de bienes y servicios, la generalización de este fenómeno instrumental, y el tamaño considerable de buena parte de estos medios propios. Por ello, recomienda al legislador establecer modificaciones en la normativa en vigor en línea con lo también demandado por el Tribunal de Cuentas y los órganos de control externo de las Comunidades Autónomas.

Así, los problemas planteados entorno a dicha figura, así como la distorsión que su abuso podía ocasionar a

¹¹ Informe de la Comisión Nacional de Competencia "Los medios propios y las encomiendas de gestión: implicaciones de su uso desde la óptica de la promoción de la competencia" de 2 de junio de 2008.

la competencia y los numerosos casos planteados ante los Tribunales de Justicia, provocaron que el legislador tanto comunitario como nacional legislara contemplando muchas de las cuestiones planteadas.

II. POSITIVACIÓN DE LA DOCTRINA IN HOUSE: LOS ENCARGOS A LOS MEDIOS PROPIOS

1. LA 4ª GENERACIÓN DE LAS DIRECTIVAS DE CONTRATACIÓN PÚBLICA

El 26 de febrero de 2014 el Parlamento Europeo y el Consejo aprobaron la cuarta generación de Directivas¹² sobre contratos públicos que entraron en vigor el 18 de abril de 2016. La Directiva 2014/24/UE contempló por primera vez en el ámbito comunitario los supuestos de cooperación horizontal y vertical entre poderes adjudicadores como supuestos de exclusión, siguiendo la doctrina in house del TJUE, si bien flexibilizando alguno de los requisitos exigidos por la misma.

Así, en relación con dicha doctrina, los considerandos 31 y 32 de la Directiva 2014/24/UE hacen referencia a los problemas de inseguridad jurídica en la aplicación

¹² La Directiva 2014/23/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, relativa a la adjudicación de contratos de concesión, la Directiva 2014/24/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, sobre contratación pública y la Directiva 2014/25/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 26 de febrero de 2014 relativa a la contratación por entidades que operan en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales.



de la doctrina del TJUE y la necesidad de regular en qué supuestos es posible no aplicar la normativa de contratación pública. Asimismo, mencionan la aplicación de las normas de contratación pública como regla general, si bien reconociendo 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". Con la cautela de que dicha cooperación entre entidades públicas no acabe falseando la competencia con respecto a los operadores económicos privados.

En cuanto al contenido normativo, el artículo 12 de la Directiva contempla varios supuestos de cooperación entre poderes públicos (cooperación vertical y horizontal), supuestos que conllevan la no aplicación de las Directivas de contratación. En el apartado 1 se prevén los supuestos de cooperación vertical clásicos propios de la doctrina in house. Así, se prevé la posibilidad de que un poder adjudicador adjudique a otra persona jurídica de derecho público o privado un contrato sin aplicar los procedimientos previstos en la directiva cuando se cumplan todos y cada uno de los requisitos siguientes:

(i) Control análogo.- La Directiva considera, siguiendo la doctrina del TJUE, que una persona jurídica ejerce el control análogo al que ejerce sobre sus propios servicios cuando *ejerza una influencia decisiva sobre objetivos estratégicos y decisiones significativas de la persona jurídica controlada*. Dicho control puede ser ejercido también por otra persona jurídica, que sea a su vez controlada del mismo modo por el poder adjudicador ("*relación hermana*"¹³ o "*relación abuela*-

¹³ La relación "hermanas" no ha sido aceptada por el TJUE en su sentencia de 8 de mayo de 2014, asunto C15/2013.

nieta”). El considerando 34 de la Directiva 2014/24/UE establece que para que exista control análogo la entidad debe tener obligación de cumplir las instrucciones recibidas sin ejercer influencia sobre la retribución de su ejecución. El requisito del control análogo se cumple cuando “*la entidad controlada carece efectivamente de autonomía desde el punto de vista decisorio*” respecto de la entidad que la controla¹⁴.

El TJUE¹⁵ considera que *existe un «control análogo» cuando la entidad de que se trate esté sometida a un control que permita a la entidad adjudicadora influir en las decisiones de aquélla. Debe tratarse de una posibilidad de influencia determinante, tanto sobre los objetivos estratégicos como sobre las decisiones importantes de la entidad sometida a control (sentencias, antes citadas, Parking Brixen, apartado 65, Coditel Brabant, apartado 28, y Sea, apartado 65). En otros términos, la entidad adjudicadora debe estar en condiciones de ejercer sobre la entidad de que se trate un control estructural y funcional (sentencia*

“Datenlotsen Informationssysteme”, si bien el Tribunal en este caso entendió que no había control análogo por la circunstancia de que el Estado Alemán no controlaba totalmente a la Universidad, gozando ésta de una amplia autonomía.

¹⁴ MADRIGAL ESTEBAN, M^a JESÚS, “La positivación de la doctrina “in house” y con ella, la de la “Colaboración horizontal” entre poderes públicos para la realización en común de tareas de servicio público”, Actualidad jurídica Uría y Menéndez / 36-2014, página 129.

¹⁵ Apartado 27 de la Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Tercera) de 29 de noviembre de 2012, Econord SpA contra Comune di Cagno y Comune di Varese.



Comisión/Italia, antes citada, apartado 26). El Tribunal de Justicia exige también que dicho control sea efectivo (sentencia Coditel Brabant, antes citada, apartado 46). Así, si bien la Directiva ha aplicado la Doctrina del TJUE, ha flexibilizado los requisitos permitiendo el control análogo indirecto. Tampoco ha establecido como requisito que las tarifas se ajustaran a los costes reales, algo que si estaba contemplado en las propuestas de Directiva anteriores y era exigido por el TJUE.

(ii) Parte esencial de la actividad. La Directiva define qué se considera parte esencial de la actividad y lo fija en un 80% de las actividades que realiza la entidad encomendada en el ejercicio de los cometidos que le han sido confiados. Otra cuestión que se ha flexibilizado respecto de las propuestas anteriores que exigían al menos un 90%, tal y como exigía el TJUE por ejemplo en la sentencia de Tragsa. Así, la entidad controlada debe realizar para el poder adjudicador que la controla o para otras personas controladas a su vez por dicho poder adjudicador más del 80% de sus actividades, pudiendo desarrollar en el mercado otras actividades hasta un máximo de un 20%. Con ello se pretende que dicha cooperación no falsee la competencia con respecto a los operadores privados, tal y como se contempla en el Considerando 31 anteriormente citado. El artículo 12, en el apartado 5 regula cómo realizar el cálculo de dicho 80%, tomando en consideración el promedio del volumen de negocios total, u otro indicador alternativo de actividad apropiado, como los gastos soportados por la persona jurídica o el poder adjudicador considerado en relación con sus servicios, suministros y obras en los tres ejercicios anteriores a la adjudicación del contrato, y establece que cuando la entidad controlada es de nueva creación o ha realizado una reorganización de actividades que no permite

considerar los tres últimos ejercicios, será suficiente con demostrar que el cálculo del nivel de actividad se corresponda con la realidad, en especial mediante proyecciones de negocio.

(iii) No participación directa de capital privado. - Con carácter general se contempla la no participación directa del capital privado en la entidad controlada, siguiendo la propia doctrina del TJUE, si bien, la Directiva establece una excepción a dicha regla, permitiendo la participación privada en la entidad controlada en aquellos casos en los que la legislación nacional lo permita, si bien sin capacidad de control mayoritario, ni minoritario y sin que pueda ejercer una influencia decisiva sobre la persona jurídica controlada. En ese sentido, el considerado 32 justifica dicha excepción debido a la particularidad de las distintas legislaciones nacionales, en las que pueden existir supuestos en los que la participación privada resulta obligatoria para la prestación de determinados servicios públicos. En todo caso, la participación privada no debe suponer controlar ni bloquear a la persona jurídica, ni otorgar una influencia decisiva en las decisiones. Así, al contrario de lo que venía declarando el TJUE en su doctrina, la Directiva sí permite esa participación privada si bien de forma totalmente residual y siempre que no conlleve ningún tipo de control ni influencia en la entidad controlada. Esta opción no ha sido contemplada en la legislación española, que prohíbe dicha posibilidad, tal y como luego se explicará.

El apartado segundo, del artículo 12 contempla los supuestos "*de cooperación vertical inversa*", en los que la entidad controlada, siendo un poder adjudicador, adjudica un contrato al poder adjudicador que la controla o a otra persona jurídica controlada por el mismo poder adjudicador, siempre que no exista participación directa de capital privado en la persona



jurídica a la que se adjudica el contrato, con la excepción de las formas de participación privada sin capacidad de decisión mencionadas anteriormente. En el apartado tercero se regulan los supuestos de control conjunto, en los que varios poderes adjudicadores controlan a una misma entidad, como por ejemplo Tragsa. En estos casos, se exige la concurrencia de los siguientes requisitos: (i) Control análogo conjunto¹⁶: existirá siempre que se den a su vez los siguientes requisitos: a) Que los Órganos decisorios de la persona jurídica controlada estén compuestos por los distintos poderes adjudicadores participantes. Cada representante puede representar a varios poderes adjudicadores participantes o a la totalidad de los mismos; b) Que los poderes adjudicadores puedan ejercer conjuntamente una influencia decisiva sobre los objetivos estratégicos y las decisiones significativas de la persona controlada y c) Que la persona controlada no persiga intereses contrarios a los intereses de los poderes adjudicadores que la controlan¹⁷. (ii) Parte

¹⁶ Apartados 28 a 33 de la Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Tercera) de 29 de noviembre de 2012, Econord SpA contra Comune di Cagno y Comune di Varese, citada ya anteriormente.

¹⁷ Dichos requisitos son los que ya venía exigiendo la doctrina del TJUE. Así, en la Sentencia Econord, el Tribunal afirmaba "en el supuesto de que se recurra a una entidad que posean en común varias administraciones públicas, el «control análogo» puede ser ejercido conjuntamente por tales administraciones, sin que sea indispensable que cada una de ellas lo ejerza individualmente (véanse, en este sentido, las sentencias, antes citadas, Coditel Brabant, apartados 47 y 50, y Sea, apartado 59). (Sentencia Sea, antes citada, apartado 63). En estas circunstancias, si bien es verdad que en caso de que varias administraciones públicas utilicen una entidad común para llevar a cabo una

esencial de la actividad: Se exige el 80% de la actividad, en los mismos términos explicados anteriormente y (iii) No participación privada, salvo excepciones. En los mismos términos que los explicados en el apartado anterior.

Así, del análisis de la Directiva 2014/24/UE y en especial de su artículo 12 cabe concluir que el legislador comunitario ha positivizado la doctrina del TJUE si bien introduciendo más flexibilidad, clarificando su régimen jurídico y dando seguridad jurídica a los poderes públicos para su aplicación¹⁸.

2. LA LEY 40/2015 DE RÉGIMEN JURÍDICO DEL SECTOR PÚBLICO

La Ley 40/2015 de 1 de octubre de Régimen Jurídico del Sector Público (en adelante "LRJSP") entró en vigor con carácter general el 2 de octubre de 2016 y se aprobó junto con la Ley 39/2015, de 1 de octubre sobre

misión común de servicio público no es desde luego indispensable que cada una de las administraciones públicas tenga por sí sola un poder de control individual sobre la entidad de que se trate, no es menos cierto que el control que se ejerce sobre ésta no puede basarse exclusivamente en el poder de control de la administración pública que tenga una participación mayoritaria en el capital de la entidad en cuestión, pues lo contrario supondría vaciar de contenido el concepto mismo de control conjunto. (Véase, en este sentido, la sentencia de 21 de julio de 2005, Coname, C-231/03, Rec. p. I-7287, apartado 24)";

¹⁸ Véase el Informe 2/2015, de la Comisión Permanente de la Junta de Contratación pública de Navarra, sobre la interpretación del artículo 12 de la directiva 24/2014 de contratación pública.



Procedimiento Administrativo Común. Con ambas leyes se derogó, entre otras, la Ley 30/1992.

La LRJSP regula con carácter individualizado tanto las encomiendas de gestión administrativas que anteriormente se regulaban en el artículo 15 de la Ley 30/1992, contemplándose en el artículo 11, los Convenios que se regulan en los artículos 47 y siguientes y los medios propios estatales que se regulan en el artículo 86.

Respecto del régimen de *los medios propios*, el artículo 86¹⁹ de la Ley regula la figura de los medios propios

¹⁹ Artículo 86. Medio propio y servicio técnico. "1. Las entidades integrantes del sector público institucional podrán ser consideradas medios propios y servicios técnicos de los poderes adjudicadores y del resto de entes y sociedades que no tengan la consideración de poder adjudicador cuando cumplan las condiciones y requisitos establecidos en el Texto Refundido de la [Ley de Contratos del Sector Público](#), aprobado por el Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre. 2. Tendrán la consideración de medio propio y servicio técnico cuando se acredite que, además de disponer de medios suficientes e idóneos para realizar prestaciones en el sector de actividad que se corresponda con su objeto social, de acuerdo con su norma o acuerdo de creación, se dé alguna de las circunstancias siguientes: a) Sea una opción más eficiente que la contratación pública y resulta sostenible y eficaz, aplicando criterios de rentabilidad económica, b) Resulte necesario por razones de seguridad pública o de urgencia en la necesidad de disponer de los bienes o servicios suministrados por el medio propio o servicio técnico. 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.». 3. A la propuesta de declaración de

estatales. Dicho precepto si bien no tiene carácter básico, es de aplicación general a todas las entidades del sector público, estatal, autonómico y local al tener carácter supletorio según la LCSP²⁰.

En primer lugar, cabe destacar la remisión que hace la propia ley a la normativa de contratación pública. Si bien se remite al TRLCSP, dicha remisión debe entenderse realizada tras su entrada en vigor a la Ley 9/2017, de 8 de noviembre de Contratos del Sector Público por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014 (en adelante "LCSP"). Así las entidades pertenecientes al sector público instrumental podrán ser medio propio o servicio técnico de otra entidad siempre que cumplan los requisitos establecidos en la LCSP que será objeto de análisis en el apartado siguiente.

Cabe destacar en relación con la LRJSP que la nueva regulación ha tomado en consideración las recomendaciones realizadas tanto por el Tribunal de Cuentas como por la CNMC y así establece que para poder utilizar dicha figura los medios propios deben

medio propio y servicio técnico deberá acompañarse una memoria justificativa que acredite lo dispuesto en el apartado anterior y deberá ser informada por la Intervención General de la Administración del Estado que vaya a declarar el medio propio y servicio técnico".

²⁰ *Disposición final cuarta. Normas aplicables a los procedimientos regulados en esta Ley y a los medios propios personificados.*

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.



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, algo que siendo obvio no se cumplía correctamente tal y como constataron el Tribunal de Cuentas y los Órganos de control externo en sus informes.

Respecto de las circunstancias que permiten acudir a dicha figura, el legislador ha concretado las dos causas que pueden fundamentar dicho recurso y que son: (i) que sea una opción más eficiente que la contratación pública y resulta sostenible y eficaz, aplicando criterios de rentabilidad económica o (ii) que 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. La concurrencia de dichas circunstancias será una de las cuestiones a analizar en el control de eficiencia que deben realizar las entidades que recurren a dicho instrumento. Vemos así, que al contrario de las causas previstas para otorgar una encomienda de gestión administrativa, en el caso de los encargos lo que se exige es o bien justificar que es una opción más eficiente o bien que existen razones de urgencia para ello. Por tanto, no será necesario acreditar la carencia de medios de la entidad que realiza el encargo, requisito exigido en las encomiendas de gestión administrativa (artículo 11 de la LRJSP) o en la contratación de servicios (artículo 116 de la LCSP). Los encargos a los medios propios no se consideran contratos de acuerdo con el artículo 32 de la LCSP, siendo esta una relación interna, dependiente y subordinada por lo que al no tratarse de un contrato, tampoco es exigible que figure en el expediente la justificación de la entidad que realiza el encargo de carecer de medios para poder acudir a dicha figura.

3. LA LEY 9/2017, DE CONTRATOS DEL SECTOR PÚBLICO

El pasado 8 de noviembre se aprobó la LCSP, que fue publicada en el BOE el 9 de noviembre y que ha entrado en vigor el 9 de marzo de 2018. Además de transponer la directiva de concesiones y de contratación pública y en particular lo dispuesto en el artículo 12 de la Directiva 2014/24/UE, introduce algunas novedades importantes que reflejan aspectos que venían siendo reclamados tanto por el Tribunal de Cuentas como por la CNMC.

La citada norma excluye de su ámbito de aplicación en su artículo 6²¹ a los convenios y las encomiendas de

²¹ Artículo 6. *Convenios y encomiendas de gestión.*

1. *Quedan excluidos del ámbito de la presente Ley los convenios, cuyo contenido no esté comprendido en el de los contratos regulados en esta Ley o en normas administrativas especiales celebrados entre sí por la Administración General del Estado, las Entidades Gestoras y los Servicios Comunes de la Seguridad Social, las Universidades Públicas, las Comunidades Autónomas y las Ciudades Autónomas de Ceuta y Melilla, las Entidades locales, las entidades con personalidad jurídico pública de ellas dependientes y las entidades con personalidad jurídico privada, siempre que, en este último caso, tengan la condición de poder adjudicador.*

Su exclusión queda condicionada al cumplimiento de las siguientes condiciones:

a) *Las entidades intervinientes no han de tener vocación de mercado, la cual se presumirá cuando realicen en el mercado abierto un porcentaje igual o superior al 20 por ciento de las actividades objeto de colaboración. Para el cálculo de dicho porcentaje se tomará en consideración el promedio del volumen de negocios total u otro indicador alternativo de actividad apropiado, como los gastos soportados considerados en relación con la prestación que*



gestión administrativa, regulados los primeros en los artículos 47 y siguientes de la LRJSP y las segundas en el artículo 11 del mismo texto legal.

En relación con la cooperación administrativa, el artículo 31²² de la LCSP contempla la Potestad de auto

constituya el objeto del convenio en los tres ejercicios anteriores a la adjudicación del contrato. Cuando, debido a la fecha de creación o de inicio de actividad o a la reorganización de las actividades, el volumen de negocios u otro indicador alternativo de actividad apropiado, como los gastos, no estuvieran disponibles respecto de los tres ejercicios anteriores o hubieran perdido su vigencia, será suficiente con demostrar que el cálculo del nivel de actividad se corresponde con la realidad, en especial, mediante proyecciones de negocio.

b) Que el convenio establezca o desarrolle una cooperación entre las entidades participantes con la finalidad de garantizar que los servicios públicos que les incumben se prestan de modo que se logren los objetivos que tienen en común.

c) Que el desarrollo de la cooperación se guíe únicamente por consideraciones relacionadas con el interés público.

2. Estarán también excluidos del ámbito de la presente Ley los convenios que celebren las entidades del sector público con personas físicas o jurídicas sujetas al derecho privado, siempre que su contenido no esté comprendido en el de los contratos regulados en esta Ley o en normas administrativas especiales.

3. Asimismo, quedan excluidas del ámbito de la presente Ley las encomiendas de gestión reguladas en la legislación vigente en materia de régimen jurídico del sector público.

²² **Artículo 31. Potestad de auto organización y sistemas de cooperación pública vertical y horizontal.**

1. Las entidades pertenecientes al sector público podrán cooperar entre sí de alguna de las siguientes formas, sin que el resultado de esa cooperación pueda calificarse de contractual:

organización y sistemas de cooperación pública vertical y horizontal. Así, contempla la cooperación vertical con medios propios personificados en el artículo 32 cuando tales entidades tengan la condición de poder adjudicador y en el artículo 33, cuando sean entidades del sector público que no tengan la condición de poder adjudicador.

Respecto a los supuestos de cooperación vertical con medios propios, el artículo 32 realiza una remisión a la LRJSP y en la medida en la que el encargo consiste en una relación interna de dependencia y subordinación no los considera contratos, tal y como ya hemos mencionado anteriormente. En el apartado siguiente analizaremos en concreto los requisitos exigidos por la norma para ser medio propio, así como su régimen jurídico concreto.

En el apartado 3 del artículo 32, se contempla la denominada cooperación vertical inversa, en los términos regulados en el artículo 12.2. de la Directiva 2014/24/UE y en el apartado 4 del artículo 32, los supuestos de control conjunto, trasladando igualmente lo regulado en el artículo 12.3 de la Directiva 2014/24/UE ya explicado anteriormente.

a) Mediante sistemas de cooperación vertical consistentes en el uso de medios propios personificados en el sentido y con los límites establecidos en el artículo 32 para los poderes adjudicadores, y en el artículo 33 para los entes del sector público que no tengan la consideración de poder adjudicador, en el ejercicio de su potestad de auto organización, mediante el oportuno acuerdo de encargo.

b) Mediante sistemas de cooperación horizontal entre entidades pertenecientes al sector público, previa celebración de los correspondientes convenios, en las condiciones y con los límites que se establecen en el apartado 1 del artículo 6.



Así, con la LCSP se transponen las exigencias contempladas en la Directiva 2014/24/UE si bien siendo la Ley más restrictiva en cuanto a los requisitos exigidos y se incluyen novedades principalmente relacionadas con las recomendaciones que tanto el Tribunal de Cuentas y los órganos de control externo como la CNMC venían realizando.

4. COMPARATIVA CON LA REGULACIÓN ANTERIOR

Tras analizar los cambios normativos introducidos en las distintas normas, vemos que la normativa en vigor ha clarificado el régimen jurídico de las encomiendas de gestión, los Convenios y en especial los encargos a medios propios, incorporando la doctrina del TJUE y muchas de las recomendaciones efectuadas por el Tribunal de Cuentas, los órganos de control externo y la CNMC, dando seguridad jurídica a los poderes públicos que pretendan utilizar alguna de estas figuras, si bien estableciendo un régimen mucho más restrictivo y exigente.

Así, las encomiendas de gestión previstas en el artículo 11 de la LRJSP, se configuran como un supuesto de cooperación interadministrativa en las que no se contemplará ninguna prestación propia de un contrato. Algo similar ocurre con los Convenios contemplados en el artículo 47 y siguientes de la LRJSP en los que se contempla su contenido, duración y extinción con carácter básico y por tanto aplicable a todas las Administraciones públicas (incluidas la autonómica y la local). Ambos supuestos, se configuran como supuestos de cooperación interadministrativa que quedan fuera de la normativa de contratación pública (artículo 6 de la LCSP).

Finalmente y respecto a los encargos a medios propios,

se cambia su denominación legal "*nomen iuris*" para evitar, tal y como ocurría anteriormente, la confusión entre esta figura y la regulada en la Ley 30/92 y se regula de forma más detallada los requisitos y exigencias necesarios para poder usar dicho mecanismo.

Por tanto, se puede concluir que "*los convenios se diferencian de las encomiendas de gestión en que los primeros son consecuencia de la manifestación de la libre voluntad de las partes, que no tienen por qué pertenecer a la misma esfera pública, como sí ocurre en las encomiendas de gestión, derivada de un acuerdo de voluntades en pie de igualdad que busca un interés común, mientras que en las encomiendas de gestión, no existe un acuerdo de voluntades en condiciones de igualdad*²³". Respecto de la diferencia entre las encomiendas y los encargos, las encomiendas no pueden tener por objeto prestaciones características de un contrato, ni realizarse a favor de entidades sujetas al derecho privado, siendo su causa la eficiencia o la falta de medios propios de la entidad encomendada. En los encargos por su parte el objeto es una prestación de carácter contractual, se pueden realizar a favor de entidades sujetas al derecho privado, si bien es necesario que la entidad que recibe el encargo sea un medio propio, siendo la causa la eficiencia o la seguridad y urgencia.

²³ PINTOS SANTIAGO, JAIME, "¿Por qué le llaman convenios administrativos cuando quieren decir contratos públicos y viceversa? Distinción entre estas figuras y otras afines. Revista de Derecho Administrativo, número 103, Editorial ABELEDOPERROT, S.A., 2016, página 177.



III. ELEMENTOS ESENCIALES DE LOS ENCARGOS A LOS MEDIOS PROPIOS

1. REQUISITOS PARA SER MEDIO PROPIO

A. Entidad perteneciente al Sector Público y reconocimiento de la condición del medio propio en sus Estatutos

El artículo 86 de la LRJSP prevé que *"las entidades integrantes del sector público institucional podrán ser consideradas medios propios y servicios técnicos de los poderes adjudicadores y del resto de entes y sociedades que no tengan la consideración de poder adjudicador cuando cumplan las condiciones y requisitos previstos en la normativa de contratos. Así, el primer requisito que debe cumplir un medio propio para recibir un encargo es ser una entidad perteneciente al sector público²⁴. Dicha exigencia no constituye ninguna novedad al estar ya contemplada en la normativa anterior.*

Adicionalmente, y de acuerdo con el mismo precepto, será necesario incluir en la denominación social del medio propio, tal condición, bien con la denominación "medio propio" o bien con las siglas "m.p."

Asimismo, en los Estatutos del medio propio deberá figurar tal condición, así como el poder adjudicador²⁵

²⁴ Ver Informe de la Sindicatura de Cuentas de Asturias sobre los medios propios de 12 de noviembre de 2015, <http://www.sindicatur.es/upload/informes/IDEncomiendas135517.pdf>. Página 31.

²⁵ O entidad del Sector Público que no tenga la condición de poder adjudicador en el caso del artículo 33 de la LCSP.

respecto del cual tiene esa condición, el régimen jurídico y administrativo aplicable a los encargos y la imposibilidad de participar en licitaciones aprobadas por la entidad de la que depende el medio propio, salvo que éstas se quedaran desiertas.

Como novedad en la LCSP se establece la obligatoriedad con anterioridad al reconocimiento de la entidad como medio propio del cumplimiento de dos requisitos: (i) La conformidad o autorización expresa del poder adjudicador respecto del que vaya a ser medio propio y (ii) la verificación por la entidad pública de que dependa el ente que vaya a ser medio propio, de que cuenta con los medios materiales apropiados para la realización de los encargos de conformidad con su objeto social, requisito que también se encuentra contemplado en el artículo 86 de la LRJSP. Así, el juicio de idoneidad debe realizarse por parte de la entidad que apruebe el encargo con carácter previo a su otorgamiento.

En este sentido cuando el medio propio se encuentre clasificado en el grupo, subgrupo y categoría de las actividades comprendidas en el encargo se presumirá que éste cumple el requisito de idoneidad exigido. Respecto al cumplimiento de dicho requisito, la Ley en su disposición transitoria cuarta, otorga un plazo de seis meses (hasta el 9 de septiembre de 2018) para adecuar sus Estatutos Sociales.

B. Control análogo al que se tiene sobre los propios servicios

Respecto al requisito de control análogo, el artículo 32²⁶

²⁶ Dado que el régimen jurídico de los encargos a medios propios cuando la entidad no tenga la condición de poder



regula la necesidad de que la entidad que aprueba el encargo ejerza un Control, directo o indirecto, análogo al que ostentaría sobre sus propios servicios o unidades, de manera que el primero pueda ejercer sobre el segundo una influencia decisiva sobre sus objetivos estratégicos y decisiones significativas. En todo caso se entenderá que ostenta sobre el medio propio un control análogo al que ejerce sobre sus propios servicios o unidades cuando él mismo o bien otro u otros poderes adjudicadores o personas jurídicas controlados por el primero puedan conferirle encargos que sean de ejecución obligatoria por así establecerlo los estatutos o el acto de creación, de manera que exista una unidad de decisión entre ellos, de acuerdo con instrucciones fijadas unilateralmente por el ente que puede realizar el encargo. Por otra parte, la compensación se establecerá por referencia a tarifas aprobadas por la entidad pública de la que dependa el medio propio personificado, aplicando a las unidades ejecutadas las tarifas correspondientes. Dichas tarifas se calcularán de manera que representen los costes reales de realización. En este sentido, la Ley ha cerrado la puerta que quedaba abierta por la Directiva, en cuanto a la posibilidad de que los medios propios percibieran una cantidad superior a los costes reales como retribución por la realización del encargo.

Respecto al control análogo indirecto, la Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Quinta) de 8 de mayo de 2014, en el Asunto "Technische Universität Hamburg-Harburg y Hochschul-Informationssystem GmbH contra Datenlotsen Informationssysteme GmbH" analizó

adjudicador previsto en el artículo 33 es coincidente con el régimen jurídico del artículo 32, no entraré a analizar el artículo 33 de forma individualizada, haciendo mención expresa del artículo únicamente en aquellos casos en los que exista alguna diferencia.

la adjudicación de un contrato in house sin aplicar la Directiva 2004/18 por parte de la Technische Universität Hamburg-Harburg (Universidad Politécnica de Hamburgo) a Hochschul-Information-System GmbH (HIS), con el fin de adquirir un sistema de gestión informático para la enseñanza superior.

De los autos remitidos al Tribunal de Justicia se desprende que HIS es una sociedad de responsabilidad limitada de Derecho privado, cuyo capital está controlado en una tercera parte por el Estado Federal alemán y en dos terceras partes por los 16 *Länder* alemanes, correspondiendo a la Ciudad de Hamburgo un 4,16% de dicho capital. HIS no estaba participada por la Universidad, si bien ambas entidades estaban parcialmente controladas por el Estado alemán.

El TJUE en este caso consideró que *“el control ejercido por la Ciudad de Hamburgo sobre la Universidad sólo se extiende a una parte de la actividad de esta última, a saber, únicamente en materia de adquisiciones, pero no en los ámbitos de la enseñanza y de la investigación, en los que la Universidad dispone de una amplia autonomía. Reconocer la existencia de un «control análogo» en una situación de control parcial como ésa sería contrario a la jurisprudencia citada en el apartado 26 de la presente sentencia”* Así, en este caso el TJUE no consideró un supuesto de contratación in house el encargo realizado a HIS por la Universidad Alemana al considerar que la misma no ejercía un control análogo sobre HIS.

C. Más del 80 por ciento de la actividad del medio propio debe ser realizada para la entidad que realiza el encargo



La Ley en el mismo sentido que la Directiva 2014/24/UE establece como requisito que más del 80% de las actividades del ente destinatario del encargo se lleven a cabo en el ejercicio de los cometidos que le han sido confiados por el poder adjudicador que hace el encargo y que lo controla o por otras personas jurídicas controladas del mismo modo por la entidad que hace el encargo.

A estos efectos, para calcular el 80% de las actividades del ente destinatario del encargo se fijan los parámetros definidos en el artículo 12.5 de la Directiva.

Así, a estos efectos, para calcular el 80 por ciento de las actividades del ente destinatario del encargo, la norma establece que se tendrá en consideración *el promedio del volumen global de negocios, los gastos soportados por los servicios prestados al poder adjudicador en relación con la totalidad de los gastos en que haya incurrido el medio propio por razón de las prestaciones que haya realizado a cualquier entidad, u otro indicador alternativo de actividad que sea fiable, y todo ello referido a los tres ejercicios anteriores al de formalización del encargo.*

Cuando debido a la fecha de creación o de inicio de actividad del poder adjudicador que hace el encargo, o debido a la reorganización de las actividades de este, el volumen global de negocios, u otro indicador alternativo de actividad, de acuerdo con lo establecido en el párrafo anterior, no estuvieran disponibles respecto de los tres ejercicios anteriores a la formalización del encargo o hubieran perdido su vigencia, será suficiente con justificar que el cálculo del nivel de actividad se corresponde con la realidad, en especial mediante proyecciones de negocio."

A la vista de las alternativas mencionadas, y de que tal y como luego se dirá es necesario que el auditor de

cuentas del medio propio verifique el cumplimiento de dicho requisito y que dicha verificación conste en su informe de auditoría, será necesario consensuar con éste alguna de las fórmulas empleadas de cálculo del 80%, debiendo responder en todo caso a un indicador de actividad de la entidad.

En relación con dicho requisito cabe destacar la Sentencia del Tribunal de Justicia de 8 de diciembre de 2016, en el Asunto "Undis Servizi Srl contra Comune di Sulmona" en la que el Tribunal considera *"Dado que una autoridad pública tiene la posibilidad de realizar las tareas de interés público que le corresponden con sus propios medios administrativos, técnicos y de cualquier otro tipo, sin verse obligada a recurrir a entidades externas y ajenas a sus servicios (véase, en este sentido, la sentencia de 11 de enero de 2005, Stadt Halle y RPL Lochau, C-26/03, apartado 48), el Tribunal de Justicia ha justificado el reconocimiento de la excepción por lo que respecta a las adjudicaciones denominadas «in house» por el vínculo interno que existe, en ese caso, entre el poder adjudicador y la entidad adjudicataria, incluso si ésta es una entidad jurídicamente distinta del primero. En esos casos, puede considerarse que el poder adjudicador recurre, en realidad, a sus propios medios y que la entidad adjudicataria forma casi parte de los servicios internos de aquél"*.

D. El medio propio no debe tener participación privada

En relación con la limitación de la participación privada en el capital del ente controlado exigido por la Directiva, la LCSP contempla en su artículo 32.2.c) que



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

Vemos así que la Ley no ha contemplado la posibilidad de que pueda existir una participación privada en el capital, sí prevista en la Directiva. Asimismo, además de imponer el cumplimiento de dicho requisito a las sociedades de capital, lo ha ampliado a otras entidades, como las asociaciones y las fundaciones del sector público, positivizando de este modo la doctrina del TJUE en esta materia, en la que no solo hacía referencia a las sociedades de capital, sino también consideró su aplicación a asociaciones sin ánimo de lucro²⁷.

En este sentido, en relación con las fundaciones y teniendo en cuenta su naturaleza jurídica, en nuestra opinión el requisito de patrimonio de titularidad pública, se cumple con independencia de que la entidad que realice la aportación sea pública o privada, al convertirse dicho patrimonio en público desde el momento de la aportación, sin que el propio régimen de las Fundaciones conceda al aportante ningún derecho sobre las aportaciones, ni sobre el patrimonio de la

²⁷ Ver Sentencia del TJUE de 19 de junio de 2014, asunto C-574/12 asunto "Centro Hospitalar de Setúbal y SUCH", en la que el Tribunal consideró: "Cuando la entidad adjudicataria de un contrato público es una asociación de utilidad pública sin ánimo de lucro que, al adjudicarse ese contrato, cuenta entre sus socios no sólo con entidades pertenecientes al sector público, sino también con instituciones privadas de solidaridad social que desarrollan actividades sin ánimo de lucro, no se cumple el requisito relativo al «control análogo», establecido en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia para que la adjudicación de un contrato público pueda considerarse una operación «in house», por lo que resulta de aplicación la Directiva 2004/18/CE".

propia Fundación.

E. Tener medios suficientes para realizar el encargo

Otro de los requisitos exigidos para que una entidad tenga la condición de medio propio es que éste tenga medios técnicos y humanos suficientes para realizar el encargo. Dicho requisito era una de las demandas más reiteradas por parte del Tribunal de Cuentas, que en sus informes reclamaba la necesidad de que el medio propio contara con medios suficientes para poder ejecutar el encargo. El recurso a la subcontratación por parte del medio propio por no tener medios suficientes constituía según el Tribunal de Cuentas un fraude de ley, dado que, el medio propio actuaba frecuentemente como intermediario en la contratación, aplicando reglas más laxas en las contrataciones de los bienes y servicios que la propia entidad que aprobaba el encargo. En este sentido se pronunciaba el Tribunal de Cuentas en su informe sobre las encomiendas de gestión de la Administración General del Estado y sus organismos y entidades del año 2015: *"El empleo de esta figura tiene solo sentido, [...] cuando se seleccione un medio propio que cuente con medios especialmente cualificados o especializados, idóneos para el desempeño de las actividades que constituyen su objeto, es decir la realización de la prestación en que aquella consiste.[...] no hay establecido un límite general a la subcontratación. El riesgo derivado de esta situación consiste en definitiva en que la administración encomendante pueda realizar el encargo a un ente instrumental que carece de medios o de disponibilidad para llevarlo a cabo, a pesar de lo cual se encontraría obligado a realizarlo en virtud del art. 24.6 del TRLCSP,*



estando por ello abocado a la subcontratación, sin aplicar en este caso la legislación reguladora de la contratación pública con la misma extensión y rigurosidad que la prevista para el caso de que las AAPP fueran el órgano de contratación, configurándose la encomendaria como una mera entidad intermediaria con cuyo concurso se habilita un cambio de régimen jurídico en materia de contratación pública, mucho más rápido y flexible en su tramitación, pero también con muchas menos garantías para el interés público²⁸.

2. RÉGIMEN DE FUNCIONAMIENTO

A. Requisitos de forma y publicidad

Dispone la LCSP que los encargos que reúnan los requisitos exigidos por la norma no tendrán la consideración de contrato²⁹, debiendo cumplir no

²⁸ Informe de fiscalización del Tribunal de Cuentas del año 2015, página 29.

²⁹ Conclusiones del Abogado General en el asunto C- 567/15 en el que se afirma "Bajo el régimen in house la entidad adjudicadora no contrata, desde una perspectiva funcional, con otra entidad distinta, sino que lo hace, en realidad, consigo misma, dada la vinculación que mantiene con la entidad formalmente diferente. En puridad, no puede hablarse de adjudicación de un contrato, sino de un mero encargo o encomienda, no rechazable por la otra «parte». La inexistencia de una verdadera relación de alteridad justifica que una entidad adjudicadora no esté obligada a someterse a los procedimientos de adjudicación de contratos públicos cuando emplea medios propios para realizar sus cometidos, esto es, cuando se vale de empresas que, más allá de su

obstante reglas relacionadas con la publicidad del encargo. Así, el artículo 32, apartado 6º letra a) exige la publicación del medio propio en la Plataforma de Contratación del Sector Público, indicando respecto de qué poderes adjudicadores la ostenta y los sectores de actividad en los que, estando comprendidos en su objeto social, sería apto para ejecutar las prestaciones que vayan a ser objeto de encargo.

Por otra parte, la letra b) del citado artículo obliga a formalizar el encargo, debiendo publicarse en la Plataforma de Contratación cuando el importe del encargo fuera superior a 50.000 euros, IVA excluido.

En todo caso, según el artículo 63, apartado 6º de la LCSP *“La información relativa a los encargos de importe superior a 5.000 euros deberá publicarse al menos trimestralmente. La información a publicar para este tipo de encargos será, al menos, su objeto, duración, las tarifas aplicables y la identidad del medio propio destinatario del encargo, ordenándose los encargos por la identidad del medio propio”*.

B. Normas de Contratación

El apartado 7 del artículo 32 regula el régimen de contratación de los medios propios. Así, impone la obligación al medio propio de someter su contratación a la normativa de contratación en atención a su naturaleza jurídica y el tipo y valor estimado de los contratos que celebre. La obligación de someter su

dispar personalidad jurídica, se confunden materialmente con ella”.



contratación a la normativa de contratación pública no constituye novedad al estar ya contemplado en la normativa anterior, si bien en la actualidad, con la supresión de las Instrucciones de Contratación y la equiparación del régimen jurídico de los poderes adjudicadores no Administración Pública, al propio régimen jurídico de las Administraciones Pública se ha producido una unificación en la aplicación de normas jurídicas, muy relevante desde la perspectiva de la transparencia y el respeto de los principios de igualdad de trato y no discriminación, concurrencia y publicidad.

De acuerdo con la jurisprudencia del TJUE, un medio propio generalmente tendrá la condición de poder adjudicador³⁰. No obstante, la LCSP ha contemplado en

³⁰ Véase Conclusiones del Abogado General. M. Campos Sánchez-Bordona presentadas el 27 de abril de 2017 en el asunto C-567/15, UAB, LitSpecMet“contra UAB Vilniaus lokomotyvų remonto depas, con intervención de: UAB “Plienmetas”: *a) una sociedad cuya vinculación material y funcional con un poder adjudicador justifica la excepción in house para sus operaciones internas está sometida a aquellas Directivas cuando contrata con terceros obras, suministros o servicios, a fin de cumplir la encomienda que le hubiera confiado aquel poder adjudicador y b) en todo caso, dicha sociedad debe calificarse como organismo de derecho público cuando, estando dotada de personalidad jurídica y sometida al control de un poder adjudicador, desarrolla la parte esencial de su actividad para suministrar, sin la presión de eventuales competidores y en condiciones ajenas a las del mercado, material ferroviario a ese otro poder adjudicador, para que este preste el servicio de transporte de personas y mercancías que tiene asignado*”. La Sentencia del TJUE de 5 de octubre de 2017, en el asunto C-567/15 concluye: *“El artículo 1, apartado 9, párrafo segundo, de la Directiva 2004/18/CE debe interpretarse en el sentido de que una sociedad que, por una parte, pertenece en su totalidad a un poder adjudicador cuya actividad consiste en satisfacer necesidades de interés general y que, por otra parte, lleva a*

el artículo 32.7.a) una excepción a dicha regla, contemplando la posibilidad de que un medio propio no sea un poder adjudicador, si bien es difícil en la práctica que un medio propio que cumpla todos los requisitos exigidos no tenga la condición de poder adjudicador.

C. Límites a la Subcontratación

La limitación a la subcontratación también es una de las cuestiones en las que más ha incidido tanto el Tribunal de Cuentas como la CNMC, siendo en la actualidad la idoneidad del medio propio un requisito de legalidad del encargo. Esto es, el medio propio debe tener recursos técnicos y humanos suficientes y contar con un grado de especialización adecuado para cumplir correctamente el encargo y que el recurso a dicha figura sea más eficiente que acudir al mercado a través de un procedimiento de licitación.

Uno de las anomalías detectadas en el análisis de los encargos era precisamente la falta de idoneidad de los medios propios utilizados, de tal forma que en muchas ocasiones se subcontrataba la práctica totalidad del encargo realizado, actuando en consecuencia el medio propio como un mero intermediario.

cabo tanto operaciones para dicho poder adjudicador como operaciones en el mercado competitivo, debe calificarse de «organismo de Derecho público» en el sentido de esta disposición, siempre que las actividades de dicha sociedad sean necesarias para que ese poder adjudicador pueda ejercer su actividad y que, para satisfacer necesidades de interés general, la referida sociedad se quie por consideraciones que no sean económicas, extremo que ha de verificar el órgano jurisdiccional remitente.»



La LCSP, en su artículo 32.7.b) ha limitado el importe de las prestaciones parciales que el medio propio puede contratar con terceros al 50% de la cuantía del encargo. Dicha limitación, no obstante, no es aplicable a los contratos de obras que celebren los medios propios a los que se les haya encargado una concesión, ya sea de obras o de servicios, ni tampoco en los supuestos en los que la gestión del servicio público se efectúe bien mediante la creación de una entidad de derecho público destinada a tal fin, bien a aquellos en que la misma se atribuya a una sociedad de derecho privado cuyo capital sea, en su totalidad, de titularidad pública.

Adicionalmente cabe destacar que dicha norma ha sido modificada recientemente, en la Ley 6/2018, de 3 de julio, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2018, concretándose algunos supuestos que no suponen subcontratación y a los que por tanto no son aplicables los límites previstos. Así, el nuevo artículo 32.7.b) establece *“El importe de las prestaciones parciales que el medio propio pueda contratar con terceros no excederá del 50 por ciento de la cuantía del encargo. No se considerarán prestaciones parciales aquellas que el medio propio adquiera a otras empresas cuando se trate de suministros o servicios auxiliares o instrumentales que no constituyen una parte autónoma y diferenciable de la prestación principal, aunque sean parte del proceso necesario para producir dicha prestación.*

No será aplicable lo establecido en esta letra a los contratos de obras que celebren los medios propios a los que se les haya encargado una concesión, ya sea de obras o de servicios. Igualmente no será de aplicación en los supuestos en los que la gestión del servicio público se efectúe mediante la creación de entidades de derecho público destinadas a este fin, ni a aquellos en

que la misma se atribuya a una sociedad de derecho privado cuyo capital sea, en su totalidad, de titularidad pública.

Tampoco será aplicable a los contratos que celebren los medios propios a los que se les haya encargado la prestación de servicios informáticos y tecnológicos a la Administración Pública con el fin de garantizar la compatibilidad, la comunicabilidad y la seguridad de redes y sistemas, así como la integridad, fiabilidad y confidencialidad de la información.

Excepcionalmente podrá superarse dicho porcentaje de contratación siempre que el encargo al medio propio se base en razones de seguridad, en la naturaleza de la prestación que requiera un mayor control en la ejecución de la misma, o en razones de urgencia que demanden una mayor celeridad en su ejecución. La justificación de que concurren estas circunstancias se acompañará al documento de formalización del encargo y se publicará en la Plataforma de Contratación correspondiente conjuntamente con éste.

Así, por tanto la modificación del precepto contempla algunos supuestos que no serán considerados subcontratación a los efectos del límite del 50%, flexibilizándose con ello el régimen jurídico aplicable.

3. CONTROL PREVIO Y POSTERIOR DE LOS ENCARGOS A LOS MEDIOS PROPIOS

A. Informe de Intervención y otros controles

Otro de los aspectos en los que incide tanto la LRJSP



como la LCSP es la necesidad de controlar el cumplimiento de los requisitos objetivos en cuanto al objeto del encargo, como subjetivos en cuanto al medio propio a favor del cual se otorga. Así, dentro del expediente del encargo deberá figurar una memoria en la que se justifique tanto el cumplimiento del requisito de idoneidad del medio propio como la concurrencia de alguna de las causas que justifican el recurso al medio propio, existiendo la obligación de que la Intervención General correspondiente se pronuncie sobre los mismos. Pese a que no queda claro en la normativa el carácter del informe de Intervención General, en nuestra opinión el mismo tiene carácter preceptivo pero no vinculante de tal forma que deberá constar en el expediente, si bien su contenido no vinculará a la entidad que vaya a otorgar el encargo.

Por otra parte, para los medios propios estatales, la LRJSP contempla la necesidad de autorización del Consejo de Ministros cuando el importe del gasto que se derive del encargo sea igual o supuesto a doce millones de euros o cuando se pretenda aprobar una modificación de los encargos ya autorizados por Consejo de Ministro, cuando dicha modificación exceda del 20% del importe del encargo.

Dicha autorización deberá obtenerse con carácter previo a la aprobación del encargo. Para ello, el órgano que pretenda formalizar un encargo deberá remitir la siguiente documentación: (i) El texto del encargo, (ii) El informe del servicio jurídico y (iii) el certificado de la existencia de crédito o tratándose de poderes adjudicadores con presupuesto estimativo, los documentos equivalentes que acrediten la existencia de financiación.

B. Informe de los Auditores de Cuentas

La normativa aplicable al régimen de los medios propios como novedad exige como mecanismo de control del encargo, la incorporación en la Memoria de las Cuentas Anuales del medio propio, la constancia del cumplimiento del requisito del 80% de actividad a realizar por éste a favor de la entidad que lo controla.

El cumplimiento de dicho requisito debe ser verificado por el auditor de cuentas de la entidad. Así, se establece un mecanismo de control ex post que obliga al medio propio a pronunciarse en las Cuentas sobre el cumplimiento del requisito y a que sus auditores verifiquen anualmente dicho cumplimiento. En caso de que como consecuencia de dicho análisis se verificara que el medio propio no cumple los requisitos necesarios para serlo, la LCSP también contempla las consecuencia de dicho incumplimiento, regulando en el apartado 5º del artículo 32, la pérdida de la condición de medio propio y en consecuencia la imposibilidad de seguir efectuando encargos a la persona jurídica afectada, sin perjuicio de la conclusión de los encargos que estuvieran en fase de ejecución.

C. Recurso Especial en materia de contratación

Finalmente, otro de los mecanismos de control que se ha contemplado dentro del régimen jurídico de los encargos a medios propios, es la posibilidad de interponer recurso especial en materia de contratación ante el Tribunal Administrativo de Recursos contractuales que en cada caso corresponda.

Así, el artículo 40 de la LCSP contempla como causa de anulabilidad de derecho administrativo, entre otras, "*Los encargos que acuerden los poderes adjudicadores*



para la ejecución directa de prestaciones a través de medios propios, cuando no observen alguno de los requisitos establecidos en los apartados 2, 3 y 4 del artículo 32, relativos a la condición de medio propio”.

Por su parte, el artículo 44 establece que podrán ser objeto de recurso especial “*la formalización de encargos a medios propios en los casos en que estos no cumplan los requisitos legales*”. Vemos que en relación con el supuesto que permite interponer recurso especial en materia de contratación no se establece ninguna cuantía, por lo que quedarán abierta a la revisión de los Tribunales Administrativos de Recursos Contractuales todos los encargos realizados, cualquiera que sea la cuantía de los mismos.

Veremos si ésta circunstancia unida al aumento de causas que permiten acudir a este recurso, provocará o no un colapso en los citados Tribunales que sin duda requerirán a medio plazo de una mayor dotación de medios tanto técnicos como sobretodo de personal, si se pretende que los mismos sigan realizando la labor de control administrativo de la contratación que actualmente llevan a cabo.

La obligación de publicar la condición de medio propio y la formalización del encargo en la Plataforma de Contratación del Sector Público, y la posibilidad de que cualquier interesado pueda interponer recurso especial permitirá un mayor control, obligando tanto a las entidades que aprueben los encargos como a los medios propios personificados, a ser más escrupulosos en el cumplimiento de los requisitos establecidos.

IV CONCLUSIONES

Como conclusiones sobre el estudio realizado cabe afirmar:

- (i) Se ha clarificado el régimen jurídico de las figuras de cooperación entre los poderes públicos: las encomiendas de gestión, los Convenios y los encargos a medios propios, permitiendo ello una mayor seguridad jurídica en su aplicación.
- (ii) Se reconoce la libertad de los poderes públicos para autoorganizarse, pudiendo utilizar mecanismos de cooperación vertical para ello, que en cuanto relaciones internas y subordinadas y en la medida que no constituyen contratos públicos, no están afectos al régimen jurídico previsto en la normativa de contratación pública.
- (iii) No obstante, si bien tanto la normativa comunitaria como la nacional reconocen a los poderes públicos libertad de autoorganización, es necesario que la misma no falsee la competencia otorgando ventajas competitivas a una entidad respecto de operadores económicos privados, por lo que es muy relevante que el medio propio realice más del 80% de su actividad para la entidad que la controla o para entidades a su vez controladas por ésta, sin que pueda realizar actividades en el mercado en más de un 20%.
- (iv) Por ello, será necesario utilizar cada uno de estos mecanismos cumpliendo todos y cada uno de los requisitos y condiciones exigidos por la norma, siendo necesario que los poderes públicos justifiquen sus decisiones y atendiendo a sus necesidades, planifiquen la contratación bien externa o bien interna o in house, a través de los encargos a medios propios y cumplan las exigencias de publicidad y control actualmente exigidas.



- (v) Con ello, si bien el régimen previsto para los medios propios es más restrictivo y exigente, con mayores controles, la existencia de un régimen jurídico más claro permitirá una mayor seguridad jurídica y que los poderes públicos que pretendan utilizar dicha figura conozcan las reglas a aplicar.
- (vi) Un ejemplo de adecuado uso de medio propio que ha sido confirmado por el TJUE es Tragsa, confirmándose hasta la fecha la legalidad de los encargos recibidos tanto por parte del Estado como por parte de la Comunidades Autónomas.

BIBLIOGRAFÍA

- AMOEDO SOUTO, CARLOS ALBERTO, “Una valoración urgente sobre el régimen de los encargos a medios propios en la Ley 9/2017”, publicado el 12 de febrero de 2018, Consultado en: http://www.obcp.es/index.php/mod.opiniones/mem_detalle/id.334/recategoria.208/reلمenu.3/chk.c46009f0f07a26e5e70a81dd733b322f
- DURVAL TIAGO, FERREIRA, “El régimen de la contratación in house según las nuevas directivas de contratación pública: El triunfo de los Estados sobre la jurisprudencia del Tribunal de Justicia”
- GIMENO FELIU, JOSÉ MARÍA, “El ámbito objetivo de aplicación de la LCSP. Tipología contractual y negocios jurídicos excluidos”
- LOZANO CUTANDA, BLANCA y FERNÁNDEZ PUYOL, IRENE, “Hacia una nueva regulación de la contratación in-house en la transposición de la nueva Directiva sobre contratación pública y en la Ley de Régimen Jurídico del Sector Público”, Análisis GA&P, febrero 2016.
- MADRIGAL ESTEBAN, M^a JESÚS, “La positivación de la doctrina “in house” y con ella, la de la “Colaboración horizontal” entre poderes públicos para la realización en común de tareas de servicio público”, Actualidad jurídica Uría y Menéndez / 36-2014, páginas 128 a 136.
- NOGUERA DE LA MUELA, BELÉN, “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 ISSN: 0034-7639, núm. 182, Madrid, mayo-agosto



(2010), págs. 159-190, consultado en: http://www.obcp.es/index.php/mod.documentos/em.descargar/fichero.documentos_Belen%232E%23Noquera%232E%23de%232E%23la%232E%23Muela%232E%23RAP182_2714ea58%232E%23pdf/chk.9473b96976b074fb684b97784d102c9b

- PALOMAR OLMEDA, ALBERTO "Encomienda de Gestión. Gestión Pública Actual: Régimen jurídico y mayor eficacia", Editorial Aranzadi, S.A. 2013, páginas 111 a 212.
- PINTOS SANTIAGO, JAIME, "¿Por qué le llaman convenios administrativos cuando quieren decir contratos públicos y viceversa? Distinción entre estas figuras y otras afines. Revista de Derecho Administrativo, número 103, Editorial ABELEDOPERROT, S.A., 2016, páginas 175 a 193.
- SANTACANA GÓMEZ, J. Ma, "El "iter" procedimental de los expedientes de encomiendas de gestión tramitados por la Administración General del Estado", en la Revista nº 25, diciembre 2010 "Cuenta con IGAE", Intervención General de la Administración del Estado.

JURISPRUDENCIA DEL TJUE:

- STJCE de 10 de noviembre de 1998, asunto C-360/96.
<http://curia.europa.eu/juris/showPdf.jsf?jsessionid=9ea7d2dc30d6c60925b1a9754c92aacbcf8157ef664c.e34Kaxilc3qMb40Rch0SaxyMbx90?text=&docid=44198&pageIndex=0&doclang=ES&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=537665>
- STJCE de 18 de noviembre de 1999, asunto C-107/1998, Teckal.



- <http://curia.europa.eu/juris/showPdf.jsf?jsessionId=9ea7d2dc30d6c60925b1a9754c92aacbcf8157ef664c.e34KaxiLc3qMb40Rch0SaxyMbx90?text=&docid=44198&pageIndex=0&doclang=ES&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=537665>
- STJCE de 11 de enero de 2005, asunto C-26/2003, Stadt Halle y RPL Lochau.
<http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?docid=49805&doclang=ES>
 - STJCE de 13 de enero de 2005, asunto C-84/2003, Comisión contra España.
<http://curia.europa.eu/juris/showPdf.jsf?jsessionId=9ea7d2dc30d6d2be970b85a945c88008f9ab92cbdb6e.e34KaxiLc3qMb40Rch0SaxyMbNr0?text=&docid=49826&pageIndex=0&doclang=ES&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=436290>
 - STJCE de 21 de julio de 2005, asunto C-231/2003, CONAME
<http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=60617&pageIndex=0&doclang=SV&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=85112>
 - STJCE de 13 de octubre de 2005, asunto C-458/2003, Parking Brixen.
<http://curia.europa.eu/juris/showPdf.jsf?jsessionId=9ea7d2dc30d540f0547dc4074436b7a2b23070444184.e34KaxiLc3qMb40Rch0SaxyKa Nz0?text=&docid=60258&pageIndex=0&doclang=ES&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=43583>
 - STJCE de 10 de noviembre de 2005, asunto C-29/2004, Comisión contra Austria.
<http://curia.europa.eu/juris/showPdf.jsf?jsessionId=9ea7d2dc30d59275e13f0c2d484eaa57bfc2471ccf01.e34KaxiLc3qMb40Rch0SaxuSchv0?text=&docid=55602&pageIndex=0&doclang=ES&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=342616>
 - STJCE de 11 de mayo de 2006, asunto C-340/2004,



Carbotermo.

<http://curia.europa.eu/juris/showPdf.jsf?docid=56810&doclang=ES>

- STJCE de 19 de abril de 2007, asunto C-295/05, Asemfo vs.Tragsa.
<http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?docid=60926&doclang=ES>
- STJCE de 13 de noviembre de 2008, asunto C-324/07, Coditel.
<http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=68431&pageIndex=0&doclang=ES&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=85815>
- STJCE de 9 de junio de 2009, asunto C-480/06, Comisión vs Alemania.
<http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=76261&pageIndex=0&doclang=es&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=86049>
- STJCE de 10 de septiembre de 2009, asunto C-573/07, SEA y Municipio de Ponte Nossa.
<http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=78184&pageIndex=0&doclang=es&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=86098>
- STJUE de 29 de noviembre de 2012, asuntos acumulados C-182/11 y C-183/11, Econord SpA.
<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX%3A62011CJ0182>
- STJUE de 19 de diciembre de 2012, asunto C159/11, "Ordine degli Ingegneri della Provincia di Lecce y otros."
- STJUE de 13 de junio de 2013, asunto C-386/11 "Piepenbrock"
<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX%3A62011CJ0386>
- STJUE de 8 de mayo de 2014, asunto C-15/2013, "Technische Universität Hamburg-Harburg,"
<http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=151964&pageIndex=0&doclang=es&>

- [mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=86149](http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=153811&pageIndex=0&doclang=es&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=86149)
STJUE de 19 de junio de 2014, asunto C-574/12
"Centro Hospitalar de Setúbal y SUCH"
<http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=153811&pageIndex=0&doclang=es&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=86435>
- Sentencia del Tribunal de Justicia de 8 de diciembre de 2016, en el Asunto "Undis Servizi Srl contra Comune di Sulmona"
<http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=186061&pageIndex=0&doclang=es&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=86482>

INFORMES DEL TRIBUNAL DE CUENTAS

- Informe nº 1088 de fiscalización de las encomiendas de gestión de determinados ministerios, organismos y otras entidades públicas llevadas a cabo al amparo de la legislación que habilita esta forma instrumental de gestión administrativa.
[file:///C:/Users/limia/Downloads/I1088%20\(4\).pdf](file:///C:/Users/limia/Downloads/I1088%20(4).pdf)
- Informe de fiscalización nº 1.197 sobre la utilización de la encomienda de gestión, regulada en la legislación de contratación pública aplicable, por las entidades del sector público autonómico español durante el ejercicio 2013.
[file:///C:/Users/limia/Downloads/I1197%20\(1\).pdf](file:///C:/Users/limia/Downloads/I1197%20(1).pdf)

INFORMES DE LOS ÓRGANOS DE CONTROL EXTERNO

- Informe de fiscalización sobre encomiendas de gestión de la Administración del Principado de



Asturias y sus organismos dependientes correspondiente al ejercicio 2013 de 12 de noviembre de 2015.
<http://www.sindicastur.es/upload/informes/IDEncomiendas135517.pdf>

- Informe de fiscalización de las encomiendas de gestión de la Generalitat Valenciana ordenadas en el ejercicio 2013 y ejecutadas en 2013 y 2014 de 14 de diciembre de 2015.
[https://www.sindicom.gva.es/web/informes.nsf/0/0EF6F5420FCE4A7BC1257F400032D977/\\$file/ENCOMIENDAS.pdf](https://www.sindicom.gva.es/web/informes.nsf/0/0EF6F5420FCE4A7BC1257F400032D977/$file/ENCOMIENDAS.pdf)
- Informe de fiscalización de los encargos o encomiendas contractuales a medios propios formalizados por la administración de la Comunidad Autónoma de Aragón en 2013.
<http://www.camaracuentasaragon.es/download/informes/informe2015/Informe-de-Fiscalizacion-de-los-Encargos-o-Encomiendas-Contractuales-a-Medios-Propios-Formalizados-por-la-Administracion-de-la-Comunidad-Autonomade-Aragon-en-2013.pdf>
- El Informe 30/2016, relativo a las encomiendas de gestión del ejercicio 2013 de la Administración y sus organismos dependientes de la Generalitat de Catalunya de 13 de diciembre de 2016, entre otros.
http://www.sindicatura.cat/reportssearcher/download/2016_30_es.pdf

INFORMES DE LA CNMC

- Los medios propios y las encomiendas de gestión: implicaciones de su uso desde la óptica de la promoción de la competencia de 2008.
<http://www.sindicatura.cat/reportssearcher/download/>

[ad/2016_30_es.pdf](#)

- Los medios propios y las encomiendas de gestión: implicaciones de su uso desde la óptica de la promoción de la competencia de 2013.
<https://www.crisisycontratacionpublica.org/wp-content/uploads/2014/02/130701-Informe-CNC-Medios-Propios.pdf>

INFORMES DE LAS JUNTAS CONSULTIVAS DE CONTRATACIÓN

- Informe 2/2015, de la comisión permanente de la Junta de contratación pública de Navarra, sobre la interpretación del artículo 12 de la directiva 24/2014 de contratación pública.
<https://www.navarra.es/NR/rdonlyres/D58D582A-D7D3-4323-B6FF-5DDB3EA7FC3F/319236/INFORME22015Sobremediospropiosyencargos.pdf>
- Informe 26/17, de 13 de julio de 2017 "Posibilidad de que el Tribunal de Cuentas realice encargos a medios propios de la Administración General del Estado".
<http://www.minhafp.gob.es/Documentacion/Publico/D.G.%20PATRIMONIO/Junta%20Consultiva/informes/Informes2017/Web%2026-17.pdf>
- Informe 19/2016, de 28 de septiembre, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón. Asunto: Delegación por un ayuntamiento a un consorcio de la gestión del servicio de limpieza de las instalaciones municipales.
<https://www.aragon.es/estaticos/GobiernoAragon/OrganosConsultivos/JuntaConsultivaContratacionAdm>



[inistrativa/Areas/02 Informes Actuaciones/192016.pdf](#)

- Informe 6/2017, de 16 de mayo, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Generalitat de Catalunya (Comisión Permanente) Asunto: Supuestos de exclusión del ámbito de aplicación de la normativa sobre contratación pública de las relaciones jurídicas, que integran la prestación de determinados servicios, entre un consejo comarcal y los ayuntamientos de la comarca. Posibilidad de que los consejos comarcales participen en licitaciones de contratos del sector público.
<file:///C:/Users/limia/Downloads/Informe%206-2017-CP-cast.pdf>

INFORME DEL CONSEJO DE ESTADO SOBRE EL ANTEPROYECTO DE LEY DE CONTRATOS DEL SECTOR PÚBLICO (página 87 a 91)

https://acobur-static.s3.amazonaws.com/archivos/0/0/3000/3561_310721478-Dictamen-Consejo-Estado-Ley-Contratos-2016.pdf

RESOLUCIONES DE LOS TRIBUNALES DE RECURSOS CONTRACTUALES

- Recurso nº 790/2017, Resolución nº 865/2017 DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO CENTRAL DE RECURSOS CONTRACTUALES
[http://www.minhafp.gob.es/TACRC/Resoluciones/A%C3%B1o%202017/Recurso%200790-2017%20\(Res%20865\)%2003-10-2017.pdf](http://www.minhafp.gob.es/TACRC/Resoluciones/A%C3%B1o%202017/Recurso%200790-2017%20(Res%20865)%2003-10-2017.pdf)

- Recurso nº: 870 / 2017 C.A. Illes Balears 51/2017
Resolución 892/2017 DEL TRIBUNAL
ADMINISTRATIVO CENTRAL DE RECURSOS
CONTRACTUALES
[http://www.minhafp.gob.es/TACRC/Resoluciones/A%C3%B1o%202017/Recurso%200870-2017%20%20IB-51-2017%20\(Res%20892\)%2005-10-2017.pdf](http://www.minhafp.gob.es/TACRC/Resoluciones/A%C3%B1o%202017/Recurso%200870-2017%20%20IB-51-2017%20(Res%20892)%2005-10-2017.pdf)
- Resolución del TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE
CONTRATOS PÚBLICOS DE ARAGÓN. Acuerdo
75/2017, de 4 de julio de 2017 por el que se
resuelve el recurso especial por la aprobación de
una encomienda de gestión del servicio de limpieza
viaria del municipio de Huesca al Consorcio para la
Gestión de Residuos Sólidos Urbanos de la
Agrupación núm. 1 de Huesca, a través de su medio
propio, la empresa pública GRHUSA.
<http://obcp.es/index.php/mod.documentos/mem.de%20descargar/fichero.documentos%20TACPA%2075%202017%20bed0ff31%232E%23pdf/chk.6ba30133ea515cd73524ac255db7ac17>