

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

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

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

56 Regap

Regap



ESTUDIOS

MARC VILALTA REIXACH

Profesor lector de Dereito Administrativo  
Universidade de Barcelona  
marc.vilalta@ub.edu

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

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

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

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

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

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

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

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

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

**Abstract:** One of the most problematic issues that arise from the application of the new LCSP lies on the determination of its material scope, that is, which contracts should be subject to this Act. In this sense, our work wants to contribute to this discussion, analysing two of the cases that could be excluded from the scope of application of the LCSP. In this sense, firstly we will examine the legal framework of In House Providing relationships regulated in article 32 of the LCSP. On that point, we will pay special attention to the requirements use this institution and the doubts that may arise from its practical application.

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

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

**Sumario:** 1 Introducción. 2 Os sistemas de cooperación vertical na nova LCSP. 2.1 Primeiro requisito: a existencia dun control análogo ao que se exerce sobre os seus propios servizos. 2.2 Segundo requisito: a realización da parte esencial da súa actividade co ente adxudicador. 2.3 Terceiro requisito: cando se trate de personificacións xurídico-privadas, o seu capital ou patrimonio debe ser de titularidade ou contribución pública. 2.4 Cuarto requisito: o recoñecemento formal da condición de medio propio. 2.5 Recapitulación. 2.6 Un quinto requisito? O carácter subsidiario dos encargos a medios propios personificados no ámbito da Administración xeral do Estado. 3 A redistribución de competencias entre entidades públicas. 3.1 Asunción de responsabilidades e autonomía decisoria. 3.2 Ausencia de retribución e autonomía financeira. 4 A modo de conclusión: encargos a medios propios personificados fronte a transferencias de competencias entre entidades públicas.

## 1 Introducción

Sen lugar a dúbidas, unha das cuestións máis complexas que derivan da aplicación da normativa de contratos do sector público reside na determinación do seu ámbito material de aplicación. Ante a multiplicidade de relacións que as diferentes entidades do sector público poden establecer con outros actores, públicos ou privados, non sempre resulta doado identificar en que supostos estas relacións deben quedar suxeitas ás previsións da normativa contractual.

Neste sentido, aínda que, como viña sucedendo ata agora, a nova Lei 9/2017, do 8 de novembro, de contratos do sector público (en diante, LCSP), delimita o seu ámbito de aplicación material dun xeito moi amplo –englobando todos os contratos onerosos, calquera que sexa a súa natureza, que asinen as entidades do sector público cunha persoa xurídica diferenciada

(art. 2.1 LCSP)–, segue prevendo tamén toda unha serie de negocios xurídicos, de carácter e contido moi diverso, que quedan fóra do seu ámbito de aplicación.

Un destes supostos son as chamadas relacións de *cooperación vertical*, que lles permiten ás diferentes entidades do sector público, sempre que cumpran estritamente toda unha serie de requisitos, poder encargar de forma directa –é dicir, á marxe dos procedementos de adxudicación previstos pola lei– a realización de determinadas prestacións contractuais aos seus propios medios instrumentais personificados [art. 31.1 a) LCSP].

Aínda que como é sabido a figura dos encargos contractuais a medios propios personificados non resulta nada descoñecida no noso ordenamento xurídico<sup>1</sup>, o certo é que a nova LCSP introduce algunhas novidades importantes. Non só porque, malia seguir partindo do mesmo esquema conceptual existente ata agora, prevé unha regulación moito máis extensa e detallada que a prevista anteriormente no TRLCSP –algo que pode observarse doadamente coa simple lectura dos artigos 32 e 33 da LCSP–, senón tamén, e sobre todo, porque incorpora de xeito expreso tanto o novo marco normativo comunitario que deriva da Directiva 2014/24/UE, do 26 de febreiro, sobre contratación pública, como a interpretación que desta veu facendo o Tribunal de Xustiza da Unión Europea (en diante, TXUE)<sup>2</sup>.

Esta nova regulación, ademais, dítase con carácter básico, ao abeiro do artigo 149.1.18 da Constitución, polo que, tal como prevé expresamente a disposición derradeira primeira da LCSP, resulta de aplicación xeral para todas as administracións públicas e organismos e entidades dependentes delas<sup>3</sup>. En consecuencia, deberán entenderse derogadas todas as disposicións –estatais, autonómicas ou locais– de igual ou inferior rango normativo que se opoñan a aquilo previsto na nova lei.

É precisamente neste novo contexto normativo no que debemos situar o obxecto do noso traballo. Así, nas páxinas que seguen a continuación propoñémonos analizar o réxime xurídico dos encargos aos medios propios personificados previsto na LCSP, pondo especial atención nos requisitos que se exixen para recorrer a esta figura e as dúbidas que pode suscitar a súa aplicación práctica. Agora ben, a partir de aquí, o noso traballo pretende tamén diferenciar a figura dos encargos a medios propios personificados doutro suposto que, aínda que aparentemente pode presentar un perfil moi similar, xuridicamente parece configurarse dun xeito distinto. Referímonos ás transferencias de competencias entre entidades públicas.

Como veremos máis adiante, malia presentar aínda uns contornos un pouco confusos, con esta denominación pretendemos describir aqueles supostos en que unha determinada entidade pública decide organizar a xestión das súas competencias directamente mediante a creación dunha entidade instrumental. Nestes casos, a diferenza do que sucede cos encargos a medios propios personificados (art. 32.1 LCSP), parecería que non estamos –nin tan sequera

1 Sen ir máis lonxe, o anterior Real decreto 3/2011, do 14 de novembro, polo que se aproba o texto refundido da Lei de contratos do sector público (en diante, TRLCSP), xa recollía esta figura e establecía os seus requisitos [véxanse os artigos 4.1 n) e 24.6 do TRLCSP].

2 É importante reter este dato xa que, como iremos vendo ao longo da nosa exposición, en materia de contratación pública a xurisprudencia do TXUE veu desenvolvendo un papel fundamental, conformándose como “un sólido e coherente dereito pretoriano, que serve de fonte interpretativa e que limita as opcións que poidan contravir as regras da Unión Europea”. GIMENO FELIU, J. M., “La «codificación» de la contratación pública mediante el derecho pretoriano derivado de la jurisprudencia del TJUE”, *Revista Española de Derecho Administrativo*, n. 172, 2015, pp. 82-83.

3 Exclúese deste carácter básico o apartado c) do artigo 32.6 da LCSP (véxase a disposición derradeira primeira da LCSP), de acordo coa corrección de erros publicada no *Boletín Oficial del Estado*, n. 126, do 24 de maio de 2018, p. 54197.

desde un punto de vista formal– ante un acordo de vontades de carácter bilateral, entre dúas persoas xurídicas diferenciadas, senón ante unha decisión organizativa meramente unilateral. En consecuencia, pola súa propia natureza, esta decisión non daría lugar ao nacemento dun *contrato público* –no sentido do artigo 2.1 da LCSP– e, polo tanto, podería quedar tamén excluída do ámbito de aplicación material da LCSP.

Non obstante, polo momento, deixemos aparcada esta discusión e centrémonos, en primeiro lugar, en analizar a regulación dos chamados *sistemas de cooperación vertical* [art. 31.1 a) LCSP], especialmente no que se refire aos requisitos que se exigen para que unha determinada entidade poida ser considerada como un medio propio da Administración.

## 2 As relacións de cooperación vertical na nova LCSP

Como xa sabemos, cando a nova LCSP regula os chamados *sistemas de cooperación vertical*, alude aos supostos en que unha entidade pública concreta decide encargar a realización dunha determinada prestación contractual –a realización de obras, servizos ou subministracións– aos seus propios medios materiais personificados e, por conseguinte, sen necesidade de recorrer contractualmente a ningunha entidade allea á súa propia organización.

Refírese, polo tanto, a unha forma de actuación da Administración pública cuxa importancia, como veremos máis adiante, reside no feito de que se lle atribúe a realización de prestacións contractuais a outra persoa xurídica diferenciada dun modo *directo*, isto é, á marxe dos procedementos competitivos de adjudicación dos contratos públicos previstos na normativa contractual. E é que cando falamos de sistemas de cooperación vertical nos referimos a relacións puramente internas da Administración que, aínda que se formalicen entre dúas persoas xuridicamente diferenciadas, se producen no seo dunha mesma organización administrativa, polo que, desde un punto de vista material, non dan lugar ao nacemento dun verdadeiro *contrato público*.

Desde esta perspectiva, como apunta o propio enunciado do artigo 31 da LCSP, os sistemas de cooperación pública vertical atoparían o seu fundamento xurídico na potestade de autoorganización propia das diferentes entidades públicas. En efecto, a Administración pública, como calquera outro suxeito, non está obrigada a contratar nada que poida facer por ela mesma<sup>4</sup>, de maneira que o recurso á contratación externa cos diferentes operadores económicos se converte nunha ferramenta xurídica máis á disposición da Administración para o cumprimento efectivo dos seus fins, pero –como ben sinalou a nosa doutrina– nin o dereito europeo nin a nosa Constitución inclúen preceptivamente un deber dos poderes públicos de garantir un determinado mercado ou nivel de contratación aos empresarios privados<sup>5</sup>.

4 Neste sentido, o considerando 5 da Directiva 2014/24/UE, do 26 de febreiro, recórdanos que ningunha disposición da directiva obriga os Estados membros a subcontratar ou externalizar a prestación de servizos que desexen prestar eles mesmos, previsión que se reitera con carácter normativo no artigo 2 da Directiva 2014/23/UE, do 26 de febreiro, relativa á adjudicación de contratos de concesión.

5 Referíronse á potestade de autoorganización como o principal fundamento dos encargos a medios propios personificados, entre outros moitos, SOSA WAGNER, F., “El empleo de los recursos propios por las administraciones locales”, Cosculluela Montaner, L. (coord.), *Estudios de Derecho Público Económico. Libro homenaje al Prof. Dr. D. Sebastián Martín-Retortillo*, Civitas, Madrid, 2003, p. 1317; HUERGO LORA, A., “La libertad de empresa y la colaboración preferente de las Administraciones con empresas públicas”, *Revista de Administración Pública*, n. 154, 2001, p. 161 ou, máis recentemente, AMOEDO SOUTO, C., “En torno al concepto jurídico de autoprovisión administrativa: dimensión europea y desajustes internos”, *Revista de Administración Pública*, n. 205, 2018, pp. 85-86.

De feito, o propio TXUE referiuse tamén a estas ideas cando –por exemplo, na Sentenza do 11 de xaneiro de 2005, asunto C-26/03, *Stadt Halle*– afirma que as directivas europeas sobre contratación pública non impiden que unha autoridade pública poida realizar as tarefas de interese público que lle correspondan cos seus propios medios administrativos, técnicos e de calquera outro tipo, sen verse obrigada a recorrer a entidades externas e alleas aos seus servizos, engadindo que, en tales supostos, non existiría un contrato a título oneroso celebrado cunha entidade xuridicamente distinta da entidade adxudicadora e, polo tanto, non habería lugar a aplicar as normas europeas sobre contratación (F.X. 48)<sup>6</sup>.

Agora ben, unha vez admitida xenericamente a posibilidade de que a Administración pública poida valerse dos seus propios recursos materiais –mesmo personificados– para o cumprimento das súas funcións, xórdenos outra dúbida igualmente importante: cales son os criterios que, de acordo coa lexislación española, permiten considerar que a Administración actúa a través dos “seus medios propios personificados” [art. 31.1 a) LCSP]? Noutras palabras, en que supostos podemos afirmar que estamos ante unha relación de carácter meramente interno?<sup>7</sup>

Para responder esta pregunta debemos ter en conta, en primeiro lugar, que a nova LCSP establece un réxime diferenciado en función de se o encargo aos medios propios personificados é realizado por un poder adxudicador (art. 32 LCSP) ou ben por outra entidade do sector público que non teña esta consideración (art. 33 LCSP). É certo que, desde un punto de vista xeral, os requisitos que se exixen en ambos os dous casos son conceptualmente similares, pero tamén o é que a regulación prevista para os encargos efectuados polas entidades do sector público que non son poderes adxudicadores resulta menos densa e un pouco máis flexible.

Na nosa opinión, desde un punto de vista meramente formal, esta dualidade de réximes podería explicarse polo feito de que a Directiva 2014/24/UE, do 26 de febreiro, sobre contratación pública, se refire unicamente aos contratos públicos formalizados polos *poderes adxudicadores* (art. 1.1 Directiva 2014/24/UE). Polo tanto, ao traspasar a normativa comunitaria, os Estados membros dispoñen de maior liberdade para regular a contratación do resto de entidades públicas que non ten a dita condición, respectando sempre, iso si, os principios de publicidade, transparencia, non discriminación e igualdade de trato que derivan das liberdades comunitarias.

Non obstante, máis alá desta constatación formal, cremos que esta previsión pode ter certo interese, xa que vén resolver algunha das dúbidas suscitadas co anterior TRLCSP. En efecto, como apuntamos nalgunha ocasión<sup>8</sup>, o artigo 24.6 do TRLCSP limitábase unicamente a regular os encargos efectuados aos seus medios propios polos poderes adxudicadores, co que parecían excluírse desta figura os encargos que puidesen realizar aos seus propios medios as demais entidades do sector público que non fosen poderes adxudicadores. Todo

6 Posteriormente, o TXUE veu mantendo o mesmo criterio noutras moitas sentenzas. Por exemplo, na Sentenza do 10 de setembro de 2009, asunto C-573/07, *Sea Srl* (F.X. 57) ou na Sentenza do 9 de xuño de 2009, asunto C-480/06, *Comisión das Comunidades Europeas/ República Federal de Alemaña* (F.X. 45).

7 Como é sabido, a resposta a esta pregunta veunos dada principalmente pola xurisprudencia do TXUE. Ao longo das súas resolucións –e, moi especialmente, a partir da importante Sentenza do 18 de novembro de 1999, asunto C-107/98, *Teckal Srl*– o TXUE foi identificando toda unha serie de requisitos e condicións para poder falar da existencia dun medio propio da Administración. Estes, á súa vez, foron codificados na mencionada Directiva 2014/24/UE, do 26 de febreiro e, mediante a LCSP, incorporados tamén ao dereito interno do noso país.

8 VILALTA REIXACH, M., “Los llamados contratos de auto-provisión (o contratos in house providing)”, Yzquierdo Tolsada, M. (dir.), *Contratos. Civiles, mercantiles, públicos, laborales e internacionais con sus implicaciones tributarias*, Tomo XIV, Thomson Reuters-Aranzadi, Navarra, 2014, p. 955. No mesmo sentido, PASCUAL GARCÍA, J., *Las encomiendas de gestión a la luz de la Ley de Contratos del Sector Público*, Boletín Oficial del Estado, Madrid, 2010, pp. 29-30.

iso presentaba o paradoxo de que precisamente as entidades que, na procura dunha maior flexibilidade e eficacia, se sometían en menor medida á lexislación contractual verían limitada a súa capacidade de autoorganización de forma moito máis severa, debendo someter os acordos contractuais aos que puidesen chegar cos seus propios medios personificados ao previsto no TRLCSP.

Coa nova regulación, aclárase esta situación e amplíase notablemente o ámbito subxectivo de aplicación desta figura, estendéndose ao conxunto de entidades do sector público, sexan ou non poderes adxudicadores, ben que neste último caso se prevé un réxime xurídico específico no artigo 33 da LCSP.

De todos os xeitos, debemos engadir que, sen negar a posibilidade de que todas as entidades do sector público poidan realizar encargos aos seus medios propios personificados ao abeiro do artigo 31.1 a) da LCSP, a coherencia do noso sistema xurídico-administrativo e a natureza instrumental dos diferentes organismos públicos aconsella ser prudentes á hora de permitir ás ditas entidades recorrer aos seus medios propios personificados. Se a creación deses organismos públicos responde verdadeiramente a un suposto de descentralización funcional, que se xustifica en razóns de eficacia e de especialización, resulta canto menos discutible a posibilidade de que estes, á súa vez, para o cumprimento das súas funcións teñan que recorrer a outras entidades instrumentais con personalidade xurídica propia.

En calquera caso, se centramos a nosa atención na regulación dos requisitos concretos que se exigen para que os poderes adxudicadores poidan recorrer aos seus propios medios personificados prevista na LCSP, poderemos comprobar como esta non resulta demasiado innovadora, aínda que si notablemente máis exixente<sup>9</sup>. En particular, o artigo 32.2 da LCSP dinos:

“Terán a consideración de medio propio personificado respecto dunha única entidade concreta do sector público as persoas xurídicas, de dereito público ou de dereito privado, que cumpran todos e cada un dos requisitos que a seguir se establecen:

a) Que o poder adxudicador que poida conferirle encargos exerza sobre o ente destinatario destes un control, directo ou indirecto, análogo ao que tería sobre servizos ou unidades propios, de maneira que o primeiro poida exercer sobre o segundo unha influencia decisiva sobre os seus obxectivos estratéxicos e decisións significativas [...].

b) Que máis do 80 por cento das actividades do ente destinatario do encargo se leven a cabo no exercicio dos labores que lle foron confiados polo poder adxudicador que fai o encargo e que o controla ou por outras persoas xurídicas controladas do mesmo xeito pola entidade que fai o encargo [...].

c) Cando o ente destinatario do encargo sexa un ente de personificación xurídico-privada, ademais, a totalidade do seu capital ou patrimonio terá que ser de titularidade ou contribución pública.

<sup>9</sup> Neste sentido, por exemplo, NOGUERA DE LA MUELA, B., “Capítulo XII. Cooperación vertical: los encargos a medios propios o servicios técnicos”, Gallego Córcoles, I., e Gamero Casado, E. (coords.), *Tratado de Contratos del Sector Público*, Tomo I, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, p. 688. Igualmente, sen negar que se aproveitou a aprobación da nova LCSP para recoller con apego literal a normativa europea nesta materia, afirmou que quizais se perdeu unha boa oportunidade para acometer unha regulación integral da autoprovisión administrativa, mesmo segregando esta materia nunha lei específica. AMOEDO SOUTO, C., “En torno al concepto jurídico de autoprovisión administrativa: dimensión europea y desajustes internos”, cit., pp. 110-111.

d) A condición de medio propio personificado da entidade destinataria do encargo respecto do poder adjudicador concreto que fai o encargo deberá recoñecerse expresamente nos seus estatutos ou actos de creación [...]”.

Polo tanto, de forma similar ao anterior artigo 24.6 do TRLCSP, este novo precepto impón tamén o cumprimento acumulativo de catro requisitos. Só no suposto de que se cumpran todos e cada un deles, o encargo efectuado –tal como prevé o artigo 32.1 da LCSP– non tería a consideración de contrato e, en consecuencia, o seu réxime xurídico quedaría fóra do ámbito de aplicación da nova LCSP.

Neste punto, queremos chamar a atención sobre a referencia prevista no artigo 32.1 da LCSP á non consideración dos encargos a medios propios como un contrato. Na nosa opinión, esta afirmación podería resultar cuestionable. Desde un punto de vista formal, entendemos que a dita operación, en canto supón un acordo de carácter oneroso entre dúas persoas xurídicas diferenciadas, si que pode configurarse teoricamente como un *contrato* –mesmo como un contrato público, no sentido do artigo 2.1 da LCSP<sup>10</sup>. Outra cousa é que, cando se cumpran os requisitos que mencionabamos anteriormente, este negocio xurídico poida quedar legalmente excluído do ámbito de aplicación da lexislación contractual, pois enténdese que, materialmente, non é máis que unha forma de autoprovisión que non afecta aos obxectivos perseguidos pola lexislación contractual.

Tendo isto presente, e polo que se refire á aplicación destes requisitos, debemos ter en conta que, como veu sinalando reiteradamente o TXUE –por exemplo, na xa mencionada Sentenza do 11 de xaneiro de 2005, asunto C-26/03, *Stadt Halle*, F.X. 43– ao tratarse dunha excepción á aplicación das regras que rexen a contratación pública, a súa interpretación debe facerse sempre dun xeito restritivo, correspondéndolle a carga da proba da concorrencia destes requisitos a aquel que pretenda a súa utilización. Deteñámonos un momento a analizar cada un dos ditos requisitos.

## 2.1 Primeiro requisito: a existencia dun control análogo ao que se exerce sobre os seus propios servizos

O primeiro requisito ao que debemos facer referencia é o relativo á existencia dunha relación de control entre as partes que interveñen na dita relación. En efecto, o artigo 32.2 a) da LCSP exige que o poder adjudicador que realiza o encargo teña sobre a entidade provedora un control, directo ou indirecto, análogo ao que posuía sobre os seus propios servizos ou unidades.

Con este requisito pretende demostrarse que a entidade provedora non ten un verdadeiro ámbito de autonomía desde o punto de vista decisorio, polo que, malia que formalmente puidese falarse dun acordo de vontades entre dúas persoas xuridicamente distintas, desde un punto de vista material unha delas configúrase como un simple instrumento organizativo

10 De forma similar exprésase o artigo 12 da mencionada Directiva 2014/24/UE, do 26 de febreiro, que regula os encargos a medios propios personificados dentro dos “Contratos públicos entre entidades do sector público”. Pola súa banda, o TXUE tamén veu cualificando os encargos que os poderes adjudicadores poden realizar aos seus medios propios personificados como “contratos entre entidades públicas”, sen prexuízo de que estes, se cumpren os requisitos previstos para tal efecto, poidan quedar excluídos do ámbito de aplicación da normativa da UE en materia de contratación pública. Neste sentido, entre outras, pode verse a xa mencionada STXUE do 18 de novembro de 1999, asunto C-107/98, *Teckal Srl* (F.X. 50) ou, máis recentemente, a STXUE do 18 de outubro de 2018, asunto C-606/17, *IBA Molecular Italy Srl* (F.X. 36).

da outra. Deste xeito, materialmente, non resulta posible afirmar que nos atopemos ante a celebración dun verdadeiro contrato público entre elas, porque –como puxo de relevo a xa mencionada Sentenza do TXUE do 18 de novembro de 1999, asunto C-107/98, *Teckal, Srl*– o requisito da personalidade xurídica propia dos suxeitos contratantes non constitúe por si só un elemento determinante para falar da existencia dun contrato público.

Agora ben, que se entende por control análogo ao que se posúe sobre os propios servizos? Ou, máis concretamente, que elementos nos permiten constatar a existencia do dito control?

A LCSP non se refire propiamente a iso, aínda que, tomando novamente como referencia a xurisprudencia do TXUE nesta materia<sup>11</sup>, o artigo 32.2 a) da LCSP si que se ocupou de concretar o alcance xeral do dito requisito. Así, non se exige que o poder adxudicador teña sobre a entidade provedora un control *idéntico* ao que se exerce sobre os propios servizos, pero si que o dito control debe permitirle exercer “unha influencia decisiva sobre os seus obxectivos estratéxicos e decisións significativas”.

Como apuntabamos anteriormente, trataríase de demostrar que a entidade que recibe o encargo carece dunha vontade decisoria propia, de maneira que poida concluírse que as tarefas que se lle atribúen á dita entidade non se tivesen xestionado de forma distinta a se as tivese asumido directamente a propia Administración adxudicadora. Non obstante, máis alá destas consideracións xerais, a determinación concreta do cumprimento deste requisito exixirá necesariamente dun exame casuístico, que –como veu destacando o TXUE desde a Sentenza do 11 de maio de 2006, asunto C-340/04, *Carbotermo, Spa* (F.X. 36)–, debe ter en conta non só o conxunto de disposicións legais aplicables, senón tamén as circunstancias de feito que concorran en cada momento.

Neste sentido, debemos considerar que o TXUE foi identificando toda unha serie de indicios que poden axudarnos a valorar en mellores condicións se efectivamente concorre ou non o dito control análogo. O primeiro destes indicios –sobre o que volveremos máis adiante– refírese á participación da Administración matriz no capital social ou patrimonio da entidade provedora. Para o TXUE é evidente que o feito de que a entidade adxudicadora posúa unha alta porcentaxe de participación no capital social da entidade adxudicadora pode indicar a existencia dunha verdadeira relación de dependencia estrutural entre elas. Non obstante, ese criterio, por si só, non resulta de ningún xeito concluínte, xa que, independentemente da dita participación, o grao de control que efectivamente se exerza sobre a entidade provedora podería ser mínimo.

De aí que o TXUE acudise a analizar outros elementos, como poden ser a composición dos órganos de decisión da entidade provedora ou o alcance das facultades recoñecidas ao seu consello reitor, para determinar o grao de autonomía decisoria da entidade provedora e –como se sinala na Sentenza do 10 de setembro de 2009, asunto C-573/07, *Sea Srl* (F.X. 81)– para comprobar se realmente existe un control reforzado por parte do ente adxudicador, análogo ao que se exerce sobre os propios servizos.

Sen prexuízo do anterior, e en relación coa aplicación deste primeiro requisito, debemos engadir tamén que a nova LCSP introduciu algunhas previsións relevantes. Así, en primeiro

---

11 Podemos mencionar, entre outras, a xa citada STXUE do 11 de xaneiro de 2005, asunto C-26/03, *Stadt Halle* (F.X. 50), a STXUE do 13 de novembro de 2008, asunto C-324/07, *Coditel Brabant SpA* (F.X. 28) ou a STXUE do 8 de maio de 2014, asunto C-15/13, *Technische Universität Hamburg-Harburg* (FF.XX. 26-29).



lugar, recolle expresamente a posibilidade de que o control análogo sobre os medios propios personificados poida ser exercido tanto de forma individual, pola propia entidade pública adxudicadora, como conxuntamente, xunto con outros poderes adxudicadores que sexan independentes entre si (art. 32.4 LCSP).

Certamente, esta posibilidade non constitúe tampouco ningunha novidade relevante. De feito, a LCSP limitase a reproducir o previsto no artigo 12.3 da Directiva 2014/24/UE, do 26 de febreiro –que, á súa vez, atopa a súa orixe na xurisprudencia do TXUE<sup>12</sup>–. Non obstante, cremos oportuno destacar esta disposición porque, a diferenza do control individual, o artigo 32.4 a) da LCSP si que fixa unha serie de elementos para verificar o cumprimento deste requisito, evitando que o control análogo poida diluírse pola concorrencia de distintas entidades públicas que o exercen de forma compartida. Estes elementos baséanse na necesidade de representación dos diferentes poderes adxudicadores nos órganos decisorios, a posibilidade de exercer directa e conxuntamente unha influencia decisiva sobre os obxectivos estratéxicos e sobre as decisións significativas do ente destinatario do encargo e, finalmente, na non persecución de intereses contrarios aos propios dos seus membros.

En segundo lugar, tal como xa sucedía co artigo 24.6 do anterior TRLCSP, o artigo 32.2 a) da LCSP mantén a previsión de que, “En todo caso, se entenderá que o poder adxudicador que pode conferirlle encargos posúe sobre o ente destinatario deste un control análogo [...] cando el mesmo ou ben outro ou outros poderes adxudicadores ou persoas xurídicas controlados do mesmo modo polo primeiro lle poidan conferir encargos que sexan de execución obrigatoria para o ente destinatario do encargo por así establecelo os estatutos ou o actos de creación, de maneira que exista unha unidade de decisión entre eles, de acordo con instrucións fixadas unilateralmente polo ente que pode realizar o encargo”.

Polo tanto, a nova lei presume “en todo caso”, é dicir, con independencia doutros elementos –mesmo con independencia da capacidade real do poder adxudicador de influir nos obxectivos estratéxicos e decisións significativas da entidade provedora– que a simple posibilidade de conferir encargos de execución obrigatoria a unha determinada entidade sería un elemento suficiente para considerar a existencia dun control análogo ao que se tiña sobre os propios servizos<sup>13</sup>.

A nosa doutrina, moi oportunamente, veu criticando a dita formulación porque se considera que o feito de que un encargo singular poida ser obrigatoria para a entidade provedora non significa, automaticamente, a existencia dun poder real de influencia sobre os obxectivos estratéxicos ou sobre as súas decisións máis importantes. En efecto, a obrigatoriedade dun encargo non pode considerarse sempre como a causa da existencia dun control análogo ao que se posúe sobre os propios servizos, senón que debe considerarse de forma inversa, como

12 Neste caso, podemos mencionar a STXUE do 13 de decembro de 2008, asunto C-340/04, *Coditel Brabant, SpA*, na cal, ao analizar o control exercido por varios municipios sobre unha sociedade cooperativa, afirmaba que a existencia dun control meramente individual faría imposible a existencia de fórmulas asociativas e tería como consecuencia a necesidade de convocar unha licitación pública na maioría dos casos en que unha determinada autoridade pública se quixese adherir a un grupo formado por outras autoridades públicas (FF.XX. 50-51). Véxase tamén a STXUE do 29 de novembro de 2012, asunto C-182/11 e C-183/11, *Econord Spa* (FF.XX. 32-34).

13 A introdución da dita presunción trae causa tamén da xurisprudencia do TXUE. En particular, das sentenzas ditadas en relación coa sociedade pública española Empresa de Transformación Agraria, SA (TRAGSA) –referímonos á STXUE do 8 de maio de 2003, asunto C-349/97, e á STXUE do 19 de abril de 2007, asunto C-295/05–. Nestas, a pesar de que a participación das comunidades autónomas no capital social de TRAGSA era mínima –apenas o 1% do total–, o TXUE veu admitir expresamente a posibilidade de considerar TRAGSA como medio propio daquelas, atendendo ao feito de que, legalmente, TRAGSA estaba obrigada a realizar os encargos que lle atribuísen as comunidades autónomas.

a súa consecuencia. A obrigatoriedade, polo tanto, non sería máis que unha plasmación práctica da ausencia de autonomía decisoria do medio propio<sup>14</sup>.

Neste punto, ademais, debemos recordar que, aínda que é certo que o TXUE considerou que o feito de que unha entidade pública estea obrigada a realizar os traballos que lle poidan encomendar outros poderes públicos de acordo coas tarifas e instrucións aprobadas por estes podía ser un indicio para considerar a existencia dun control análogo, non o é menos que nestes casos o TXUE se refería sempre a entidades que tiñan unha participación –aínda que fose residual– no capital social da entidade provedora. Polo que, a pesar do teor literal do artigo 32.2 a) da LCSP, deberíamos negar a posible existencia dun control análogo respecto das entidades que non teñen ningún tipo de participación no conxunto de accionistas ou patrimonio da entidade que recibe o encargo.

Finalmente, debemos mencionar tamén que a nova LCSP previu que o requisito do control análogo se entenderá cumprido non só cando sexa o poder adxudicador matriz quen poida conferirlle encargos obrigatorios, senón tamén “outro ou outros poderes adxudicadores ou persoas xurídicas controlados do mesmo xeito polo primeiro” [art. 32.2 a) LCSP]. Polo tanto, a LCSP recolle a posibilidade de realizar encargos horizontais, estendendo a condición de medio propio respecto doutras entidades públicas que, á súa vez, se atopen nunha relación de dependencia respecto da Administración matriz. E esta exclusión prodúcese, aínda que, en realidade, desde un punto de vista formal, entre as ditas entidades non concorran directamente os requisitos previstos no artigo 32.2 a) da LCSP.

## 2.2 Segundo requisito: a realización da parte esencial da súa actividade co ente adxudicador

O segundo requisito que exige a LCSP para constatar a existencia dun medio propio personificado da Administración e, polo tanto, para excluír do seu ámbito de aplicación as relacións xurídicas que poidan establecerse con eles consiste en que a entidade provedora realice a maior parte da súa actividade –máis do 80 %– respecto ao ente, ou entes, do que depende [art. 32.2 b) LCSP].

Como se sinalou, a influencia decisoria dun poder adxudicador sobre unha entidade concreta non basta, por si soa, para distinguila doutros posibles operadores económicos, senón que para falar dun medio propio cómpre, ademais, verificar que a súa actividade se dedica na súa maior parte á súa entidade de orixe. E é que, como subliñou o TXUE na citada Sentenza do 11 de maio de 2006, asunto C-340/04, *Carbotermo SpA*, non pode considerarse que unha entidade carece de liberdade de acción polo mero feito de que o ente territorial do que dependa controle as súas principais decisións cando, a pesar do dito control, pode desenvolver igualmente unha parte importante da súa actividade económica con outras entidades ou operadores económicos (F. X. 61).

O requisito da realización da parte esencial da actividade preséntasenos, polo tanto, como complementario do requisito do control análogo e opera nun segundo momento –unha vez que se verificou a concorrencia do dito control– tratando de evitar que unha determinada

---

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

entidade actúe como medio propio da Administración e, ao mesmo tempo, compita normalmente no mercado de bens e servizos<sup>15</sup>. No caso contrario, iso podería supor un falseamento da competencia, recoñecéndolle á dita entidade unha posición de partida máis vantaxosa respecto ao resto de operadores privados.

Téñase en conta, non obstante, que a LCSP non prohíbe por completo que o medio propio poida actuar como un operador económico no mercado. Soamente exige que a maior parte da súa actividade –como mínimo, un 80 %– se leve a cabo no exercicio dos labores que lle foron asignados polo poder adxudicador que fai o encargo [art. 32.2 b) LCSP], polo que, se é o caso, aquelas outras actividades de mercado que pretendan realizarse polo medio propio deben ter un carácter necesariamente residual ou marxinal e, en ningún caso, poden superar o 20 % da súa actividade<sup>16</sup>.

Como no suposto anterior, atopámonos novamente ante un requisito que debe ser verificado caso por caso, tomando en consideración non só as actividades que unha determinada entidade está facultada para levar a cabo segundo o ordenamento xurídico ou os seus propios estatutos internos, senón as que realmente realiza<sup>17</sup>. Neste punto, non obstante, hai que ter en conta que a nova LCSP si que se ocupou de concretar a metodoloxía de cálculo desta porcentaxe de actividade. Así, o artigo 32.2 b) da LCSP segue dicindo:

“[...] para calcular o 80 por cento das actividades do ente destinatario do encargo tomaranse en consideración a media do volume global de negocios, os gastos soportados polos servizos prestados ao poder adxudicador en relación coa totalidade dos gastos en que incorrese o medio propio por razón das prestacións que realizase calquera entidade, ou outro indicador alternativo de actividade que sexa fiable, e todo iso referido aos tres exercicios anteriores ao de formalización do encargo”.

Como pode comprobarse, a LCSP exprésase en termos amplos, permitindo, mesmo, que o cumprimento deste requisito puidese acreditarse mediante calquera “outro indicador alternativo de actividade que sexa fiable” [art. 32.2 b) LCSP]. De todos os xeitos, e quizais para limitar a dita amplitude, a LCSP engade tamén que en todo caso o cumprimento deste requisito debe quedar reflectido na memoria integrante das contas anuais da entidade provedora e, en consecuencia, ser obxecto de verificación na realización da auditoría das ditas contas anuais.

Neste punto, debemos ter en conta así mesmo que –como tamén destacou o TXUE<sup>18</sup>– para calcular este requisito resulta indiferente quen é o beneficiario da actuación ou, mesmo, quen a remunera. É dicir, para determinar a porcentaxe do 80 % da actividade deberíamos

15 GIMENO FELIU entende que o requisito da realización da parte esencial da actividade económica coa entidade que o controla é coherente se se considera que todo o concepto xira arredor da falta de autonomía contractual do ente controlado. En efecto, se a exención do ámbito da contratación pública se basea en que o contrato *in house* non é senón unha forma de autoprovisión, tal exención perdería o seu sentido se o ente instrumental se dedicase a prover tamén outros operadores públicos e privados como calquera outro axente do mercado. GIMENO FELIU, J.M., “La problemática derivada del encargo de prestaciones a entes instrumentales propios: el alcance de la jurisprudencia comunitaria”, Tornos Mas, J. (dir.), *Informe Comunidades Autónomas 2005*, Instituto de Derecho Público, Barcelona, 2006, p. 845.

16 En realidade, a entidade que pretenda configurarse como medio propio soamente podería realizar no mercado un 19,99 % do total da súa actividade porque o artigo 32.2 b) da LCSP exige literalmente que “máis do 80 %” da súa actividade se realice a cargo da entidade da que depende.

17 Véxase, por exemplo, a mencionada STXUE do 11 de maio de 2006, asunto C-340/04, *Carbotermo SpA*, (F.X. 65). Refírese tamén expresamente a esta idea PERNAS GARCÍA, J.J., *Las operaciones in house y el Derecho comunitario de los contratos públicos*, cit., pp. 160-162.

18 Véxase, por exemplo, a xa mencionada Sentenza do 11 de maio de 2006, asunto C-340/04, *Carbotermo, SpA*, F.X. 66.

contabilizar todas as actuacións que o medio propio personificado realiza por encargo do poder adxudicador de que se trate, sendo indiferente que, nalgúns casos, poidan ser finalmente os usuarios os que asuman o custo da dita actividade.

Por outra banda, e máis alá das dúbidas que poden xurdir á hora de determinar o mercado de referencia de cada un dos ditos encargos, outra das cuestións que poderíamos formularnos é cales son as actividades que cómpre tomar en consideración á hora de calcular este requisito. Por exemplo, poderíamos preguntarnos: para determinar a condición de medio propio hai que valorar conxuntamente todas as actividades que realiza a entidade provedora ou resulta posible fragmentar esta análise contable e comprobar a concorrencia deste requisito tomando en consideración individualmente cada un dos diferentes ámbitos materiais de actuación? Como pode intuírse, nalgúns supostos, mediante a fragmentación dos diferentes sectores de actividade en que realmente actúa o medio propio, poderíase facilitar o cumprimento efectivo do requisito de realización da maior parte da súa actividade respecto do poder adxudicador do cal depende.

Malia que esta opción interpretativa foi formulada nalgunha ocasión ante o TXUE<sup>19</sup>, salvo erro pola nosa parte, non foi acollida aínda de forma expresa polo tribunal nas súas resolucións. De todos os xeitos, entendemos que esta interpretación parece ir en contra da literalidade do artigo 32.2 b) da LCSP, que se refire a cantidades globais, referidas ao conxunto de actividade.

Finalmente, polo que respecta á aplicación deste requisito, debemos realizar aínda dúas precisións máis en relación co seu ámbito de aplicación subxectivo. En primeiro lugar, debemos mencionar que, como apuntabamos no apartado anterior, o artigo 32.2 b) da LCSP prevé que o requisito de realización de máis do 80 % das actividades do ente destinatario pode computarse non só directamente dos labores que lle fosen conferidos directamente polo poder adxudicador que fai o encargo, senón tamén da actividade que, como no caso anterior, o medio propio realiza respecto doutras “persoas xurídicas controladas do mesmo xeito pola entidade que fai o encargo”.

Por outra banda, tendo en conta a posibilidade de que sexan varios os entes territoriais que controlen unha determinada entidade, a LCSP permite que este requisito poida considerarse satisfeito tamén se o medio propio de que se trate realiza a parte esencial da súa actividade non cun ou outro dos ditos entes territoriais, senón con todos eles considerados conxuntamente [art. 32.4 b) LCSP]. Así, ao tomar como referencia a actividade realizada polo conxunto de poderes adxudicadores, amplíase o ámbito de aplicación da excepción dos encargos realizados a medios propios a un maior número de supostos que se, pola contra, se tomase en consideración soamente o feito de que esta actividade se desenvolvese individualmente respecto de cada un deles.

---

19 Véxanse, por exemplo, as conclusións da avogada xeral, Sra. Julian Kokott, no asunto C-458/03, *Parking Brixen*, nas cales, para os efectos do cómputo da porcentaxe de actividade dunha determinada entidade, parece afirmarse que podería tomarse en conta, de forma diferenciada, os diferentes ámbitos de actividade que realmente desenvolve a dita empresa. Todo iso quizais permitiría analizar a concorrencia dos requisitos dos medios propios non de forma global, senón respecto de cada un destes ámbitos (Ap. 83).

### 2.3 Terceiro requisito: cando se trate de personificacións xurídico-privadas, o seu capital ou patrimonio debe ser de titularidade ou contribución pública

En terceiro lugar, para poder excluír os encargos que os poderes adjudicadores poden realizar aos seus medios propios personificados do ámbito de aplicación da lexislación contractual, a LCSP exige que, cando o ente destinatario do encargo sexa un ente de personificación xurídico-privada, ademais, a totalidade do seu capital ou patrimonio debe ser de titularidade ou contribución pública [art. 32.2 c) LCSP].

Trátase, como se pode observar, dun requisito de carácter eminentemente formalista, xa que se dirixe exclusivamente a analizar a composición do capital ou patrimonio da entidade que recibe o encargo, independentemente das relacións de control que realmente poidan establecerse no seu seo entre os distintos socios ou membros.

En rigor, esta prohibición absoluta de participación de capital privado é unha decisión do lexislador español, que non deriva directamente da Directiva 2014/24/UE, do 26 de febreiro. En efecto, aínda que é certo que a normativa comunitaria exige con carácter xeral que non exista participación directa de capital privado na persoa xurídica que recibe o encargo, introduce unha excepción naquelas modalidades de capital privado que non supoñan un control ou unha posibilidade de bloqueo, que veñan impostas pola lexislación nacional e que non supoñan o exercicio dunha influencia decisiva sobre a persoa xurídica controlada [art. 12.1 c) Directiva 2014/24/UE, do 26 de febreiro,].

Non obstante, a xustificación da introdución deste requisito na lexislación española podería atoparse, novamente, na doutrina xurisprudencial do TXUE. Así, na citada Sentenza do 11 de xaneiro de 2005, asunto C-26/03, *Stadt Halle*, ao analizar a relación de instrumentalidade dos poderes adjudicadores respecto das sociedades mercantís, o TXUE veu a afirmar que a participación privada no capital das ditas sociedades, aínda que fose minoritaria, excluía a posibilidade de que puidese falarse da existencia dun control análogo ao que se exerce sobre os seus propios servizos. E é que, segundo a interpretación do TXUE, as relacións entre unha autoridade pública e os seus propios servizos se rexen exclusivamente por consideracións e exixencias características da persecución de obxectivos de interese xeral, mentres que, pola contra, calquera investimento de capital privado nunha empresa obedece a consideracións propias dos intereses privados e persegue obxectivos de natureza distinta (F. X. 50)<sup>20</sup>.

Polo demais, en canto á aplicación deste requisito, debemos realizar dúas observacións xerais. En primeiro lugar, debemos ter en conta que o artigo 32.2 c) da LCSP se refire unicamente ao capital social ou patrimonio da entidade *destinataria* do encargo, sendo indiferente que, á súa vez, o poder adjudicador que realice o encargo si que conte con participación de capital privado. Como expresamente se menciona no considerando 32 da Directiva 2014/24/UE, do 26 de febreiro, o elemento decisivo para a aplicación deste requisito recae na entidade receptora do encargo, xa que o mero feito de que exista participación de capital privado nos

20 En termos moi parecidos, poden verse tamén a STXUE do 18 de xaneiro de 2007, asunto C-200/05, *Jean Auroux* (FF.XX. 66-67), ou a STXUE do 10 de setembro de 2009, asunto C-573/07, *Sea Srl* (F. X. 51). En todo caso, debemos mencionar tamén que a interpretación que fixo o TXUE deste requisito foi obxecto de críticas por algúns autores. Por exemplo, PERNAS GARCÍA afirma que este criterio do TXUE fai quizais menos atractiva a colaboración público-privada, e pecha algúns camiños destinados a garantir a viabilidade da desconcentración da xestión de servizos para administracións con poucos recursos, aínda que reconece que iso outorga maior seguridade xurídica na aplicación da excepción *in house* e evita os posibles abusos na súa utilización. PERNAS GARCÍA, J.J., "La exigencia de "control análogo" en las encomiendas a medios propios", *Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica (REALA)*, n. 311, 2009, pp. 268-269.

poderes adxudicadores que realizan o encargo, en principio, non prexudica a competencia entre os diferentes operadores privados.

Por outro lado, debemos fixarnos tamén en como, a diferenza do anterior artigo 24.6 do TRLCSP, a nova LCSP non refire este requisito unicamente respecto das *sociedades*, senón que exige a titularidade ou contribución pública do capital ou patrimonio de calquera ente de personificación xurídico-privada<sup>21</sup>. Neste sentido, este requisito comporta, necesariamente, que debamos excluír da posible consideración como medios propios personificados toda unha serie de entidades do sector público, de forma xurídico-privada, que permiten a participación de capital privado na súa organización. Pensemos, por exemplo, nas sociedades de economía mixta ou nas fundacións en que participen persoas privadas.

Sen prexuízo das anteriores consideracións, poden xurdirnos algunhas dúbidas en relación cos consorcios administrativos. Como sabemos, estes configúranse como entidades de dereito público que, de acordo co artigo 118.1 da Lei 40/2015, do 1 de outubro, de réxime xurídico do sector público (en diante, LRXSP), poden contar con participación de persoas privadas. Neste sentido, os consorcios administrativos poderían considerarse medios propios da Administración para os efectos do artigo 32.2 c) da LCSP?

Na nosa opinión, a resposta a esta pregunta require algunhas precisións. Se facemos unha lectura literal do artigo 32.2 c) da LCSP –que se refire unicamente a entes “de personificación xurídico-privada”– deberíamos concluír, *a sensu contrario*, que aos consorcios administrativos, en canto entidades de dereito público (art. 118.1 LRXSP), non se lles aplica a limitación prevista no dito precepto. Polo tanto, aínda que puidesen contar con capital privado na súa composición, os consorcios si que poderían ser considerados como medios propios personificados da Administración, sempre, claro está, que cumpran co resto de requisitos previstos no artigo 32 da LCSP.

Ademais, como apuntabamos, esta opción interpretativa podería aliñarse parcialmente coa excepción prevista no artigo 12.1 c) da propia directiva. Non obstante, sen negar as anteriores consideracións, cremos que nalgúns supostos –en particular, naqueles consorcios administrativos en que participen entidades privadas con ánimo de lucro<sup>22</sup>– quizais deberíamos reformular a dita conclusión e manter mesmo a opinión contraria.

Concretamente, podería considerarse non só que –como xa dixera o TXUE– a participación privada lucrativa perseguirá fins propios aos seus intereses, senón que, ademais, é evidente que esta si que podería xerar un trato preferente dun determinado operador económico, xa que esa empresa estará en condicións de obter unha vantaxe económica fronte ao resto de operadores económicos, asumindo encargos que, en caso de non formar parte do dito medio propio, non podería realizar ou, polo menos, non nas mesmas condicións.

---

21 De novo, o TXUE, por exemplo na Sentenza do 19 de xuño de 2014, asunto C-54/12, *Centro Hospitalar de Setúbal EPE*, afirma que a dita exclusión non se basea na forma xurídica concreta das entidades privadas que forman parte da entidade adxudicataria nin tan sequera na finalidade comercial destas últimas –posto que, neste caso, se trataba de entidades sen ánimo de lucro–, senón no feito de que tales entidades privadas obedecían a consideracións propias dos seus intereses privados, que eran dun carácter distinto ao dos obxectivos de interese público perseguidos pola entidade adxudicadora (F. X. 36).

22 Téñase en conta que, a diferenza do que sucedía na lexislación básica de réxime local, a LRXSP parece admitir que poidan formar parte dos consorcios administrativos non só entidades privadas sen ánimo de lucro, senón tamén persoas privadas que si que persigan finalidades lucrativas (art. 118.1 LRXSP). De feito, a disposición derogatoria única da LRXSP derogou expresamente o artigo 87.1 da Lei 7/1985, do 2 de abril, de bases do réxime local, que limitaba a posibilidade de constituír consorcios no ámbito local unicamente ás administracións públicas e ás entidades privadas sen ánimo de lucro.

Na nosa opinión é importante salientar esta última idea, dado que a posible obtención dunha vantaxe económica é un dos argumentos que emprega expresamente o considerando 32 da Directiva 2014/24/UE, do 26 de febreiro, para limitar a extensión da figura dos encargos a medios propios a entidades en que exista participación directa de capital privado. Por iso, malia ser certo que ese considerando non ten un valor normativo en si mesmo<sup>23</sup>, si que constitúe un criterio interpretativo das ditas disposicións, que podería levarnos a negar a condición de medio propio a un consorcio administrativo que conte coa participación dunha entidade privada con ánimo de lucro, co que, de ser así, ampliaríamos o ámbito de aplicación do criterio da titularidade pública do capital social ou patrimonio previsto no artigo 32.2 c) da LCSP máis alá dos entes de personificación xurídico-privada, admitíndose tamén nalgunhas entidades de personificación xurídica-pública.

## 2.4 Cuarto requisito: o recoñecemento formal da condición de medio propio

Finalmente, para poder excluír os encargos realizados polos poderes adjudicadores aos seus medios propios personificados, o artigo 32.2 d) da LCSP exige un último requisito de carácter formal: que a condición de medio propio personificado da entidade destinataria do encargo respecto do poder adjudicador concreto que fai o encargo se recoñeza expresamente nos seus estatutos ou actos de creación.

En canto á aplicación deste requisito, o primeiro que debemos destacar é que, a diferenza dos anteriores, este non foi previsto expresamente polas directivas europeas sobre contratación pública nin tampouco deriva directamente da xurisprudencia do TXUE. De feito, a primeira vista, poderíamos formularnos a súa utilidade, xa que, como puxo de relevo a doutrina, a mera declaración formal da condición de medio propio non pode excluír, en ningún caso, a necesaria verificación da existencia dun vínculo real de subordinación e dedicación efectiva desta respecto do poder adjudicador que realiza o encargo, de acordo co artigo 32.2 da LCSP<sup>24</sup>.

No entanto, cómpre ter en conta que a LCSP non se limitou unicamente a prever o cumprimento formal deste requisito –que, efectivamente, pouco achegaría á consideración real dunha determinada entidade como medio propio personificado da Administración–, senón que, como veremos seguidamente, vinculou a ese requisito algunhas consecuencias prácticas moi relevantes.

Por outro lado, non debemos tampouco menosprezar a importancia do mero recoñecemento formal da condición de medio propio, porque, aínda que nos poida parecer superfluo, de acordo co artigo 32.2 d) da LCSP, este recoñecemento configúrase legalmente como unha condición inescusable para poder excluír as relacións de cooperación vertical entre dúas entidades do ámbito de aplicación da lexislación de contratos do sector público, polo que,

23 Véxase o apartado 10 da Guía práctica común do Parlamento Europeo, do Consello e da Comisión para a redacción de textos lexislativos da Unión Europea de 2015. <https://eur-lex.europa.eu/content/techleg/KB0213228ESN.pdf>. Sobre o valor dos preámbulos e exposicións de motivos, remitímonos á Sentenza do Tribunal Constitucional, n. 170/2016, do 6 de outubro, F.X. 2.

24 No mesmo sentido, PERNAS GARCÍA, J.J., “Exigencias y límites a la configuración y a la actuación de los medios propios, como entes encomendados en el marco de las relaciones *in house*”, *Actualidad Administrativa*, n. 12, 2010, p. 1429; ORTIZ MALLOL, J., “La relación de dependencia de las entidades instrumentales de la Administración Pública: algunas notas”, *Revista de Administración Pública*, n. 163, 2004, p. 254, ou REBOLLO PUIG, M., “Los entes institucionales de la Junta de Andalucía y su utilización como medio propio”, *Revista de Administración Pública*, n. 161, 2003, quen afirma que o importante, de todos os xeitos, non é que unha norma poida proclamar expresamente que tal ou cal entidade é «medio propio», senón o que realmente sexa a dita entidade (p. 381).

a pesar do seu carácter meramente formal, o cumprimento deste requisito situaríase ao mesmo nivel que o resto dos requisitos previstos no artigo 32.2 da LCSP.

Deste xeito, aínda que unha determinada entidade pública, polas súas propias características, puidese cumprir escrupulosamente con todos os requisitos previstos pola LCSP para considerarse realmente como un medio propio instrumental da Administración, deberíamos chegar á conclusión de que, para os efectos da LCSP, non tería legalmente tal consideración senón a partir do recoñecemento expreso desta condición nos seus estatutos ou actos de creación<sup>25</sup>.

Máis alá destas previsións, a LCSP concreta tamén, e con carácter obrigatorio, o contido mínimo da declaración dunha determinada entidade como medio propio personificado. Así, de forma similar á xa prevista no anterior artigo 24.6 do TRLCSP, sinala que os estatutos ou actos de creación “deberán determinar” non só o poder adxudicador respecto do cal teñen esta condición, senón tamén o réxime xurídico e administrativo dos encargos que se lles poden conferir [art. 32.2 d) LCSP *in fine*].

Igualmente, engádese que o recoñecemento expreso da consideración dunha entidade concreta como medio propio personificado nos estatutos determinará a imposibilidade de que esta participe nas licitacións públicas convocadas polo poder adxudicador ao que se vincula, aínda que é certo que, posteriormente, a LCSP matiza esta limitación ao admitir que, no suposto de que non concorra ningún licitador, poida encargárselle directamente a execución da prestación obxecto destas licitacións [art. 32.2 d) LCSP].

Seguidamente, como dicíamos, a LCSP engade algunhas comprobacións materiais previas á declaración dunha determinada entidade como medio propio personificado. Destaca a previsión do artigo 32.2 d) da LCSP, que impón que esta declaración formal deba ir precedida da “Verificación pola entidade pública de que dependa o ente que vaia ser medio propio de que conta con medios persoais e materiais apropiados para a realización dos encargos de conformidade co seu obxecto social”<sup>26</sup>.

Na nosa opinión, a existencia de que as entidades que pretendan configurarse como medios propios personificados dispoñan dos recursos necesarios para cumprir directamente eses encargos parécenos moi acertada. Como xa apuntamos anteriormente, se o recurso ás ditas entidades se xustifica pola súa especialidade e mellor capacidade de xestión, parecería lóxico exixirlles, como mínimo, que estean en condicións de cumprir por elas mesmas cos posibles encargos que reciban<sup>27</sup>. En consecuencia, deberíamos entender que non estamos realmente ante un suposto de relacións de *cooperación vertical*, no sentido da LCSP, cando a entidade

---

25 Como pode verse, a LCSP exige un recoñecemento expreso [art. 32.2 d) LCSP], polo que entendemos que non resultaría suficiente cun recoñecemento xenérico desta condición nas normas xerais de organización e funcionamento da Administración de que se trate, senón que debería realizarse de forma concreta e específica para cada unha das entidades que pretenda constituírse como medio propio personificado.

26 Presúmese que se cumpre este requisito cando a entidade de que se trate obteña a correspondente clasificación respecto dos grupos, subgrupos e categorías que posúa [art. 32.2 d) *in fine* LCSP].

27 En termos parecidos pronunciaríanse tamén algúns órganos de contratación –véxase, por exemplo e entre outros, o Informe da Xunta Consultiva de Contratación Administrativa do Estado núm. 13/2012, do 27 de setembro– ou o propio Tribunal de Contas cando, no seu Informe n. 1198, do 22 de decembro de 2016, no que se aprobaba unha Moción ás Cortes Xerais sobre a necesidade de desenvolver un marco legal para o emprego dos encargos a medios propios, se insiste na necesidade de asegurar “que o medio propio conta, no momento de realizarse o encargo, con medios suficientes para afrontalo por si mesmo, sen necesidade de ter que acudir de modo relevante, á subcontratación” (p. 35).

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



provedora que recibe o encargo, ao non dispor duns mínimos medios materiais e persoais, se limita a trasladar a execución final das prestacións encargadas a un terceiro, converténdose nunha especie de órgano de contratación do poder adjudicador de que se trate.

Obviamente, estas consideracións tampouco se poden levar ata o extremo de lle negar á entidade provedora calquera posibilidade de acudir á contratación con terceiros para xestionar as prestacións que lle encargasen os poderes adjudicadores. E é que, como pode imaxinarse, nalgúns casos a correcta execución da prestación asignada pode xustificar a conveniencia de que algunha parte desta sexa subcontratada a outros operadores económicos.

Consciente desta problemática, o artigo 32.7 da LCSP ocupouse de regular o recurso á subcontratación por parte dos medios propios personificados. Así, en primeiro lugar, este precepto prevé que os contratos que poidan asinar os medios propios personificados en execución do encargo quedarán sometidos á lei e que, en todo caso, cando o medio propio non sexa un poder adjudicador, aplicaráselle as normas contidas no título I do libro terceiro da Lei [art. 32.7 a) LCSP]. É dicir, os contratos que celebren os medios propios personificados deberán respectar tamén as previsións da LCSP de acordo coa tipoloxía do contrato de que se trate. Neste sentido, para evitar unha “fuxida do dereito administrativo” nesta materia, impónselles aos medios propios personificados que non teñan a consideración de poder adjudicador a obriga de respectar, como mínimo, as regras previstas para estes nos contratos que poidan formalizar con terceiros.

Neste punto, non obstante, pensamos que o lexislador español podería ter sido máis ambicioso. E é que, mesmo con estas cautelas, o certo é que mediante o recurso á subcontratación podería intentar eludirse as garantías que rexen a contratación pública<sup>28</sup>. Deste xeito, se entendemos o recurso aos medios propios personificados como unha forma de autoprovisión, que siga á entidade provedora na mesma posición xurídica que a do poder adjudicador do que depende, quizais sería máis lóxico que o réxime xurídico que deba aplicar en desenvolvemento da dita actividade sexa exactamente o mesmo que aplicaría a Administración se actuase a través dun dos seus órganos<sup>29</sup>.

A partir de aquí, a LCSP introduce unha serie de límites cuantitativos máximos á subcontratación e afirma que “o importe das prestacións parciais que o medio propio poida contratar con terceiros non excederá o 50 por cento da contía do encargo” [art. 37.2 b) LCSP]. Porén, engade que non se considerarán prestacións parciais as que o medio propio lles adquira a outras empresas cando se trate de subministracións ou servizos auxiliares ou instrumentais que non constitúen unha parte autónoma e diferenciábel da prestación principal, aínda que sexan parte do proceso necesario para producir a dita prestación.

Loxicamente, a porcentaxe máxima de subcontratación que pode asumirse en cada caso debería calcularse individualmente, respecto de cada un dos encargos que os medios propios poidan recibir dos poderes adjudicadores. De feito, o artigo 32.7 da LCSP así nolo confirma, ao expresarse de forma singular e referirse, en primeiro lugar, aos negocios xurídicos que os

28 Ao mesmo tempo, unha utilización abusiva da subcontratación podería pór en dúbida a motivación real do encargo. GALLEGO CÓRCOLES, I., “Los encargos a medios propios y servicios técnicos en la LRJSP”, *Contratación Administrativa Práctica*, n. 147, 2017, p. 22. No mesmo sentido, TEJEDOR BIELSA, J.C., “Sociedades locales, idoneidad de medios propios y régimen de contratación”, cit., p. 405.

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

medios propios celebren “en execución do encargo recibido” e, posteriormente, no apartado b), ao fixar o límite porcentual especificamente respecto “da contía do encargo”.

Non obstante, a propia LCSP previu algunhas excepcións ao cumprimento das ditas limitacións porcentuais, as cales, ao mesmo tempo, se viron notablemente ampliadas coa modificación parcial da LCSP producida pola Lei 6/2018, do 3 de xullo, de orzamentos xerais do Estado para 2018. Deste xeito, actualmente o artigo 32.7 da LCSP permite exceptuar o límite máximo de subcontratación dos medios propios personificados:

“[...] aos contratos de obras que celebren os medios propios aos cales se lles encargase unha concesión, xa sexa de obras ou de servizos. Igualmente non será de aplicación nos supostos en que a xestión do servizo público se efectúe mediante a creación de entidades de dereito público destinadas a este fin, nin a aqueles en que esta se lle atribúa a unha sociedade de dereito privado cuxo capital sexa, na súa totalidade, de titularidade pública.

Tampouco será aplicable aos contratos que asinen os medios propios aos que se lles encargase a prestación de servizos informáticos e tecnolóxicos á Administración pública [...].

Excepcionalmente poderá superarse a dita porcentaxe de contratación sempre que o encargo ao medio propio se basee en razóns de seguridade, na natureza da prestación que requira un maior control na execución desta, ou en razóns de urxencia que demanden unha maior celeridade na súa execución [...]”.

Como pode verse, este precepto recolle diferentes supostos que non só non gardan unha relación clara entre si, senón que, ademais, tampouco teñen unha xustificación demasiado precisa<sup>30</sup>. De todos os xeitos, se lemos con atención o vixente artigo 32.7 da LCSP, veremos como este establece principalmente dúas tipoloxías de excepcións.

Por un lado, quedan fóra da aplicación do límite do 50 % previsto no dito precepto determinados supostos que se xustifican principalmente en atención ao obxecto do encargo que se efectúa ao medio propio personificado. Sería o caso, por exemplo, da exclusión dos contratos de obras que asinen os medios propios aos que se lles encargase unha concesión de obras ou servizos, así como os supostos en que o obxecto do encargo recaia na prestación de servizos informáticos e tecnolóxicos que teñan como fin garantir a compatibilidade, a comunicabilidade e a seguridade de redes e sistemas, así como a integridade, fiabilidade e confidencialidade da información. Nestes supostos, parece que a LCSP establece unha exclusión absoluta do límite previsto no artigo 32.7 b) da LCSP, pois afirma taxativamente que “non será aplicable”. Polo tanto, deberíamos entender que a LCSP non previu ningún límite expreso á subcontratación nestes supostos.

En cambio, para o resto de encargos que se efectúen aos medios propios personificados non se prevé unha exclusión total da aplicación dos límites porcentuais máximos previstos no artigo 32.7 da LCSP, senón simplemente unha modulación en atención á concorrencia de determinadas circunstancias excepcionais. En consecuencia, a regra xeral deberá seguir sendo a execución directa de máis do 50 % do encargo polo medio propio ao que se lle atribúe. E, en todo caso, a excepcionalidade que permita superar o dito límite deberá acreditarse por escrito e xustificarse sobre a base da concorrencia de razóns de seguridade e/ou urxencia.

---

30 Neste sentido, destaca que na exposición de motivos da Lei 6/2018, do 3 de xullo, de orzamentos xerais do Estado para 2018, non se faga a máis mínima referencia ao motivo que xustifica a introdución desta modificación na LCSP.

Agora ben, apreciada esta situación excepcional, o certo é que nestes casos a LCSP non fixa tampouco ningún límite máximo á subcontratación do medio propio con terceiros, polo que poderíamos pensar que esta podería chegar tamén ata o 100 % da prestación obxecto de encargo.

Finalmente, aínda que dun xeito un pouco confuso, o artigo 32.7 da LCSP parece recoller un terceiro suposto que se exclúe tamén automaticamente do ámbito de aplicación do límite máximo do 50 % do importe das prestacións parciais que o medio propio pode contratar con terceiros. Trátase do suposto en que “a xestión do servizo público se efectúe mediante a creación de entidades de dereito público destinadas a este fin, nin a aqueles en que esta se lle atribúa a unha sociedade de dereito privado cuxo capital sexa, na súa totalidade, de titularidade pública”.

Como no primeiro caso, trataríase dunha excepción automática e absoluta, que permitiría excluír totalmente a aplicación dos límites previstos no artigo 32.7 b) da LCSP. Non obstante, esta previsión pode presentarnos tamén varias dúbidas en canto ao seu contido, xa que non resulta de todo doado identificar a que supostos se está a facer referencia realmente.

Se partimos do teor literal do artigo 32.7 b) da LCSP, deberíamos considerar que esta exclusión se entende referida soamente aos supostos en que, para o cumprimento do encargo recibido, o medio propio personificado recorra á súa vez á creación dun ente instrumental, xa sexa de dereito público ou unha sociedade de dereito privado. Esta interpretación refórzase polo feito de que, sistematicamente, esta excepción se sitúa dentro do artigo 32.7 da LCSP, precepto que regula especificamente os supostos en que un medio propio pode subcontratar cun terceiro a realización de determinadas prestacións parciais. En consecuencia, parece lóxico que a excepción que se introduce deba ir referida necesariamente a este suposto concreto.

Certamente, non podemos negar a posible viabilidade xurídica desta opción interpretativa, xa que a entidade que recibe o encargo non faría máis que recorrer aos seus propios medios materiais –tamén personificados– para poder executalo. Non obstante, desde un punto de vista organizativo, este esquema parece cuestionable, non só porque iso podería dar lugar a unha sucesiva creación de entidades instrumentais, senón tamén porque o feito de que, para o cumprimento dun encargo, un determinado medio propio personificado teña que recorrer a outra entidade instrumental parecería afastarse da exixencia da disposición de medios persoais e materiais apropiados que impón tamén o artigo 32.2 d) da LCSP.

Outra posible interpretación deste precepto viría dicirnos que, en realidade, esta excepción se refire non á creación de entes instrumentais por parte dos medios propios personificados, senón aos casos en que son directamente os poderes adjudicadores os que deciden atribuír, desde un inicio, a xestión dun servizo público a unha entidade de dereito público ou unha sociedade de dereito privado cuxo capital sexa integramente público. Deste xeito, se isto fose así, esta excepción viría excluír da aplicación dos límites previstos no artigo 32.7 b) da LCSP os supostos en que a xestión dun determinado servizo público se realizase de forma directa, mediante a creación dunha entidade de dereito público ou unha sociedade de dereito privado, de capital integramente público.

Regap



ESTUDIOS

Esta segunda opción interpretativa podería atopar o seu fundamento nos propios traballos parlamentarios de elaboración da LCSP, pois a xustificación da emenda que deu lugar á introdución deste precepto, coa súa redacción actual, parece expresarse nun sentido similar<sup>31</sup>.

Agora ben, se isto fose así, o que resulta difícil de entender é por que unha previsión de alcance xeral –referida en realidade ás formas de xestión directa dos servizos públicos– se inclúe no artigo 32.7 da LCSP, que, lembremos, pretende regular soamente o réxime xurídico dos encargos a medios propios. O lóxico tería sido que, como xa sucedía co anterior TRLCSP<sup>32</sup>, esta previsión se tivese recollido nos artigos da lei dirixidos a regular os contratos de servizos ou as concesións de servizos<sup>33</sup>.

## 2.5 Recapitulación

Se se cumpren de forma acumulativa os catro requisitos aos que nos viñemos referindo, os encargos contractuais conferidos por un poder adxudicador a outra persoa xurídica distinta quedarían excluídos do ámbito de aplicación da lexislación de contratos do sector público. E é que, aínda que formalmente puidésemos definir a dita relación como un *contrato público*, a LCSP considera que estamos ante unha relación meramente organizativa, de carácter interno (art. 31.1 LCSP).

Polo demais, debe terse en conta que, tal como prevé expresamente o artigo 32.5 da LCSP, o incumprimento sobrevido de calquera destes requisitos comportará a perda da condición de medio propio personificado e, consecuentemente, a imposibilidade de seguir efectuando encargos á persoa xurídica afectada, sen prexuízo de que, para non afectar á continuidade das prestacións, se poderán concluír aqueles encargos que estivesen en fase de execución<sup>34</sup>.

Agora ben, chegados a este punto e antes de dar por finalizada a análise dos requisitos que se exigen aos poderes adxudicadores para realizar encargos a medios propios personificados, debemos facer tamén referencia á lexislación en materia de réxime xurídico do sector público porque, como veremos seguidamente, esta parece ter introducido un novo requisito –que

---

31 A introdución desta excepción no articulado da LCSP é froito da aprobación dunha emenda (a n. 482) do Partido Socialista ao proxecto de lei inicialmente presentado no Congreso dos Deputados, cuxa xustificación se expresaba nos seguintes termos:

“Confúndese o encargo dunha obra ou servizo concreto co encargo de «xestionar un servizo», que é o que fan habitualmente os entes instrumentais, xa que son unha forma de xestión directa dos servizos públicos, especialmente os locais (artigo 85 da Lei 7/1985, LBRL). De acordo co proxecto se se pretende encargar unha promoción urbanística concreta ou dun grupo de vivendas, por moito que sexa en valor do conxunto das actuacións de xestión que hai que realizar (elaboración de proxectos, licenzas, dirección de obras, acollimento á protección oficial, solicitude de axudas e créditos dos plans de vivenda, selección de adxudicatarios, plans de seguridade e saúde, contratación de obras de urbanización e/ou edificación, etc.), nunca pode ser comparado economicamente co valor da obra a executar (o valor da obra edificada ou urbanizada), que paradoxalmente é o máis simple de realizar. Ademais, vai en contra da normativa específica das sociedades urbanísticas, competencia das CC.AA., que lle imponen a obriga de ser só promotoras e non construtoras, ao prohibirlle a execución material das obras e obrigalas a ofertalas publicamente” (*Boletín Oficial das Cortes Xerais*, Congreso dos Deputados, Serie A, n. 2-2, 16 de marzo de 2017, p. 406).

32 En efecto, o anterior artigo 8.2 do TRLCSP expresábase en termos moi parecidos aos previstos agora na LCSP ao excluír do seu ámbito de aplicación: “[...] os supostos en que a xestión do servizo público se efectúe mediante a creación de entidades de dereito público destinadas a este fin, nin a aqueles en que esta se lle atribúa a unha sociedade de dereito privado cuxo capital sexa, na súa totalidade, de titularidade pública,”

33 No mesmo sentido, VILLAR ROJAS, F.J., “El impacto de la nueva Ley de Contratos del Sector Público en la gestión de los servicios públicos locales”, *Anuario de Derecho Municipal* 2017, n. 11, 2018, p. 82.

34 Igualmente, o artigo 40 c) da LCSP prevé que serán anulables os encargos que acorden os poderes adxudicadores para a execución directa de prestacións a través de medios propios, cando non observen algún dos requisitos establecidos nos apartados 2-4 do artigo 32 da LCSP.

pode ter transcendencia– no que se refire, como mínimo, aos encargos a medios propios realizados no ámbito da Administración xeral do Estado (art. 86 LRXSP).

## 2.6 Un quinto requisito? O carácter subsidiario dos encargos a medios propios personificados no ámbito da Administración xeral do Estado

Como é sabido, a nova LRXSP ocupouse de regular, con carácter xeral, o réxime xurídico das nosas administracións públicas, pondo especial atención na regulación do sector público institucional. É precisamente neste ámbito onde atopamos o artigo 86 da LRXSP, que parece introducir unha novidade relevante –e asemade discutible– sobre o réxime xurídico dos encargos a medios propios personificados no ámbito da Administración xeral do Estado. Este precepto, despois de prever que as entidades integrantes do sector público institucional poderán ser consideradas como medios propios dos poderes adjudicadores e do resto de entidades do sector público cando cumpran as condicións e requisitos previstos na lexislación contractual (art. 86.1 LRXSP), engade:

“2. Terán a consideración de medio propio e servizo técnico cando se acredite que, ademais de dispor de medios suficientes e idóneos para realizar prestacións no sector de actividade que se corresponda co seu obxecto social, de acordo coa súa norma ou acordo de creación, se dea algunha das circunstancias seguintes:

- a) Sexa unha opción máis eficiente que a contratación pública e resulte sustentable e eficaz, aplicando criterios de rendibilidade económica.
- b) Resulte necesario por razóns de seguridade pública ou de urxencia na necesidade de dispor dos bens ou servizos subministrados polo medio propio ou servizo técnico [...]”.

Como pode verse, este precepto non só anticipaba a necesidade de acreditar que os medios propios personificados dispuxesen dos medios suficientes e idóneos para poder cumprir cos encargos que pretenden atribuírselles –obriga que, como mencionabamos, se recolleu posteriormente de forma expresa no artigo 32.2 c) da LCSP– senón que, ademais, engade unha nova limitación á utilización desta figura: o carácter subsidiario dos encargos a medios propios personificados respecto da contratación pública [art. 86.2 a) LRXSP]. Deste xeito, agás cando se xustifique en razóns de urxencia ou seguridade pública [art. 86.2 b) LRXSP], deberá acreditarse expresamente que o recurso aos medios propios resulta unha opción máis eficiente e sustentable, en termos económicos, que a contratación pública. Se iso non resulta posible, todos os encargos de actividades contractuais que sexan susceptibles de explotación deberían ser, inicialmente, obxecto dun procedemento de licitación de acordo coa LCSP.

Neste punto, ademais, cómpre subliñar que este requisito non se prevé simplemente como unha mera formalidade legal. Ao contrario. Mentres que, por un lado, o artigo 86.2 da LRXSP afirma que o cumprimento do dito requisito formará parte do control de eficacia ao que se someten as entidades integrantes do sector público institucional, polo outro, o artigo 86.3 da LRXSP engade que “á proposta de declaración de medio propio e servizo técnico deberá achegarse unha memoria xustificativa que acredite o disposto no apartado anterior e deberá ser sometida a informe da Intervención Xeral da Administración do Estado [...]”.

Regap



ESTUDIOS

Con toda seguridade, o feito de que a Administración, á hora de decidir o modo concreto de exercer unhas determinadas competencias, deba analizar e xustificar detalladamente cal resulta máis axeitado desde un punto de vista da eficiencia e a eficacia non debe parecernos unha idea nada estraña (art. 103.1 CE). Non obstante, que, segundo o artigo 86.2 a) da LRXSP, esa elección deba basearse soamente en criterios de “rendibilidade económica” si que podería resultar criticable. Non só porque parte dunha presunción de ineficacia da xestión directa por parte da Administración<sup>35</sup>, senón que, ademais, vén limitar a liberdade de decisión en materia organizativa, impondo a utilización preferente dunha determinada forma de prestación –a xestión indirecta de carácter contractual– unicamente en atención ao seu beneficio económico<sup>36</sup>. Todo iso ponnos de relevo, unha vez máis, a tradicional consideración do lexislador español da contratación pública como unha simple operación económica, esquecendo, polo tanto, que as decisións organizativas en materia de provisión de bens e servizos constitúen tamén un instrumento para a consecución doutras finalidades públicas, desligadas do estrito valor económico<sup>37</sup>.

Máis alá da oportunidade deste requisito, a regulación actual pode suscitar nos outros unha dúbida de carácter xurídico: este novo requisito é aplicable soamente aos encargos efectuados pola Administración xeral do Estado ou debe ser aplicado por todas as restantes administracións públicas?

Se partísemos da disposición derradeira 14 da LRXSP –que prevé expresamente que o artigo 86 da LRXSP non ten carácter básico–, poderíamos chegar á conclusión de que estes novos requisitos son unicamente aplicables á Administración xeral do Estado e ao sector público estatal<sup>38</sup>. Agora ben, a cuestión complicase se temos en conta tamén a regulación prevista na nova LCSP. En concreto, a disposición derradeira cuarta da LCSP sinala o seguinte:

“3. En relación co réxime xurídico dos medios propios personificados, no non previsto nesta lei, resultará de aplicación o establecido na Lei 40/2015, do 1 de outubro, de réxime xurídico do sector público”.

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

Por outro lado, afirmou tamén que o rigor na exigencia deste requisito podería levar consigo o efecto contrario ao querido polo lexislador (o aforro do gasto público). E é que á Administración pode resultarlle máis doado contratar que “demostrar” todos os requisitos previstos no artigo 86.2 da LRXSP. MELLADO RUIZ, L., “Organización y funcionamiento del sector público institucional”, Gosálbez Pequeño, H. (dir.), *La Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público y las Administraciones Locales*, CEMCI, Granada, 2016, p. 290. Igualmente, FONT I LLOVET considera que este criterio non se compadece en absoluto coa configuración constitucional da Administración pública, que xa descartou a subsidiariedade da iniciativa económica dos poderes públicos. FONT I LLOVET, T., “Administración pública, libertad y mercado. Los criterios de la reforma administrativa”, *Estudios sobre las leyes 39/2015 del procedimiento administrativo común de las administraciones públicas y 40/2015 del régimen jurídico del sector público*, Atelier, Barcelona, 2017, pp. 3-38.

36 O concepto de “rendibilidade económica” (ou *Return on assets*) foi definido como o rendemento medio obtido por todos os investimentos dunha determinada empresa; noutras palabras, o beneficio xerado por cada euro investido. Neste sentido, entre outros moitos, RIVERO TORRE, P., e CUERVO GARCÍA, Á., “Análisis económico-financiero de la empresa”, *Revista Española de Financiación y Contabilidad*, n. 49, 1986, pp. 15-33, ou BERNSTEIN, L.A., *Análisis de estados financieros*, Deusto, Bilbao, 1996, pp. 660-663.

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

38 En efecto, o artigo 86 da LRXSP atópase situado no capítulo II (*Organización e funcionamento do sector público estatal*) do título II (*Organización e funcionamento do sector público institucional*), que, de acordo coa mencionada disposición derradeira 14, apartado 2 c) da LRXSP, nin teñen carácter de lexislación básica.

Polo tanto, este artigo parece afirmar que o réxime xurídico dos encargos a medios propios personificados non só se integraría polo cumprimento dos requisitos previstos no artigo 32 da LCSP, senón que, con carácter supletorio, ademais, debería cumprirse tamén co previsto na LRXSP.

Así mesmo, debemos ter en conta que a disposición derradeira cuarta da LCSP si que ten carácter básico<sup>39</sup>, de maneira que, como apuntaron algúns autores, deberíamos chegar á conclusión de que a nova LCSP quixo converter tamén en básicos, como mínimo pola vía da supletoriedade, os requisitos previstos no artigo 86 da LRXSP e, polo tanto, facelos extensibles a todo o sector público, tanto estatal como autonómico e local<sup>40</sup>.

Certamente, esta é unha cuestión complexa e aberta, que non resulta nada doado de resolver. Non obstante, na nosa opinión, optar por unha interpretación literal da LCSP –que permitise ampliar o ámbito de aplicación dos requisitos previstos no artigo 86 da LRXSP a todo o sector público institucional– podería resultar inxustifico.

En primeiro lugar, porque resulta estraño que unha limitación tan relevante como a prevista no artigo 86.2 da LRXSP non se previse de forma expresa e detallada no artigo 32 da LCSP. Téñase en conta que, como apuntabamos anteriormente, a aplicación desta limitación con carácter xeral suporía un cambio significativo no réxime xurídico dos encargos a medios propios personificados, xa que estes serían subsidiarios respecto da contratación pública.

Polo tanto, resulta sorprendente que o articulado da Lei de contratos do sector público, nin sequera a súa exposición de motivos, non faga ningún tipo de alusión a esta importante modificación. Máis sorprendente aínda cando outra das novidades que incorporaba o dito precepto –a existencia de que os medios propios personificados dispoñan dos medios suficientes e idóneos para realizar o encargo (art. 86.2 LCSP)– si que se previu expresamente no artigo 32.2 d) da LCSP.

Pero, sobre todo, cremos que non foi esta a vontade do lexislador estatal porque, se lemos con atención o artigo 32.1 da LCSP, veremos como este precepto fai xa unha referencia directa aos requisitos previstos na LRXSP para os encargos aos medios propios personificados e a circunscribe unicamente aos medios propios de ámbito estatal. En efecto, o artigo 32.1 da LCSP parece distinguir, por un lado, os requisitos que deberían cumprirse por todos os medios propios personificados –que serían os previstos nos artigos 32.2, 32.3 e 32.4 da LRXSP– e, polo outro, aqueles outros requisitos que, ademais, son “establecidos para os medios propios do ámbito estatal na Lei 40/2015, do 1 de outubro [...]”.

Polo tanto, partindo dunha interpretación sistemática da LCSP, poderíamos concluír que, na nosa opinión, os requisitos e limitacións previstos no artigo 86 da LRXSP serían aplicables unicamente ás entidades que se queiran configurar como medio propio da Administración xeral do Estado, non sendo obrigatoriamente exixibles ao resto de administracións públicas.

39 Véxase a disposición derradeira primeira da LCSP.

40 Neste sentido, por exemplo, AMOEDO SOUTO, C.A., “Los encargos a medios propios e instrumentales: ¿hacia un nuevo comienzo?”, Gimeno Feliu, J.M. (dir.), *Estudio Sistemático de la Ley de Contratos del Sector Público*, Thomson Reuters-Aranzadi, Navarra, 2018, pp. 387-389, ou NOGUERA DE LA MUELA, B., “Capítulo XII. Cooperación vertical: los encargos a medios propios o servicios técnicos”, cit., pp. 685-687. Igualmente, aínda que sen pronunciarse de forma clara, parece expresarse no mesmo sentido a recente Resolución do Tribunal Catalán de Contratos do Sector Público núm. 105/2018, do 15 de xuño (pp. 22-23).

Polo demais, téñase en conta que a remisión que efectúa a disposición derradeira cuarta da LCSP á LRXSP é soamente con carácter supletorio. En consecuencia, poderíamos entender que a lexislación autonómica que desenvolva a regulación básica estatal sobre o réxime xurídico dos encargos dos poderes adjudicadores aos medios propios personificados podería optar, se é o caso, por outra solución, desactivando así o xogo da cláusula supletoria.

### 3 A redistribución de competencias entre entidades públicas

Como fomos expondo ao longo dos apartados anteriores, a posibilidade de que as entidades pertencentes ao sector público poidan encargar a realización de determinadas tarefas contractuais aos seus medios propios personificados podería resultar unha opción organizativa moi útil. Aínda que debamos ter sempre presentes os seus límites, esta ferramenta pode permitir non só unha xestión máis áxil dos asuntos públicos, senón tamén un mellor aproveitamento dos recursos<sup>41</sup>.

Non obstante, cremos que nalgunhas ocasións as nosas entidades públicas realizan unha utilización excesiva desta figura, non só porque, como puxo de relevo a Comisión Nacional dos Mercados e da Competencia, se recorre de forma abusiva a esta institución, para fuxir da aplicación das normas de contratación<sup>42</sup>, senón tamén pola súa innecesariedade. En efecto, ás veces a utilización dos encargos a medios propios personificados resultaría prescindible porque a asignación de determinadas tarefas que pretende realizarse a outra entidade pública, pola súa propia natureza, non daría lugar ao establecemento dun contrato público entre elas e, polo tanto, non estaría suxeito á LCSP.

Neste caso, o punto de partida debemos situalo nunha consideración básica, pero a miúdo esquecida: a normativa en materia de contratos do sector público ocúpase soamente de regular o réxime xurídico dos *contratos públicos* —é dicir, dos contratos onerosos formalizados por escrito por unha entidade do sector público cunha persoa xurídica diferenciada (ex art. 2.1 LCSP) e que teñen por obxecto a realización dunha obra, a prestación dun servizo ou unha subministración—. Deste xeito, quedan automaticamente fóra do seu ámbito de aplicación aqueloutros supostos en que, por faltar algún destes requisitos, non poden cualificarse como tales.

Desde esta perspectiva, un dos supostos que, na nosa opinión, escaparían ao concepto de contrato público poderían ser os procesos de descentralización funcional, nos cales, como veremos seguidamente, se produce unha redistribución de competencias públicas dentro dunha mesma organización administrativa. En efecto, cando unha determinada Administración pública decide transferir ou asignar directamente a xestión dunha determinada función a outra entidade instrumental, non podemos falar propiamente dun acordo de vontades de carácter oneroso entre dúas persoas xurídicas diferenciadas —é dicir, dun contrato público

---

41 Neste sentido, afirmouse que “os medios propios foron utilizados como alternativa operativa dos xestores públicos non só ante as rixideces administrativas (para a dotación de persoal público por capítulo I [...]), senón tamén ante as debilidades dun sector privado tamén en crise e con non poucas patoloxías [...]”. AMOEDO SOUTO, C. A., “Los encargos a medios propios e instrumentales: ¿hacia un nuevo comienzo?”, cit., p. 372.

42 Véxase, por exemplo e entre outros moitos, o documento “Los medios propios y las encomiendas de gestión: implicaciones de su uso desde la óptica de la promoción de la competencia” elaborado pola Comisión Nacional da Competencia en 2008 e que, entre outros aspectos, alertaba sobre as posibles restricións á competencia derivadas da utilización dos medios propios personificados por parte das diferentes administracións públicas. Pode accederse á versión electrónica do dito documento en [https://www.cnmec.es/sites/default/files/1186066\\_1.pdf](https://www.cnmec.es/sites/default/files/1186066_1.pdf)



(ex. art. 2.1 LCSP)–, senón que nos atoparíamos ante unha decisión organizativa meramente interna, de carácter unilateral. E, como tal, esta decisión organizativa resultaría excluída do ámbito de aplicación da normativa contractual.

Aínda que é certo que a nova LCSP non parece recoller de forma expresa este suposto, conceptualmente esta sería unha figura plenamente coñecida e amparada no noso ordenamento xurídico<sup>43</sup>. Así mesmo, o seu fundamento xurídico podería atoparse tamén na normativa comunitaria. En efecto, o artigo 1.6 da Directiva 2014/24/UE, do 26 de febreiro, partindo da liberdade organizativa dos Estados membros para establecer a prestación dos seus servizos, permite excluír do seu ámbito de aplicación:

“Os acordos, as decisións e os demais instrumentos xurídicos mediante os cales se organiza a transferencia de competencias e responsabilidades para desempeñar funcións públicas entre poderes adjudicadores ou agrupacións destes e que non prevén que se dea unha retribución pola execución dun contrato considéranse un asunto de organización interna do Estado membro de que se trate e, nese sentido, de ningún xeito se ven afectados por esta directiva”.

Como se pode comprobar, este precepto viría recoller un suposto aparentemente distinto dos encargos a medios propios personificados que analizamos anteriormente. E é que, a diferenza daqueles, se parte da inexistencia dun *contrato público*, no sentido das directivas europeas sobre contratación, nos supostos en que un poder adjudicador se limita a atribuírle xenericamente e de forma unilateral determinadas competencias ou tarefas administrativas a outra entidade pública. Como avanzabamos, nestes supostos non existe –non formal nin materialmente– un intercambio oneroso de prestacións entre dúas persoas xurídicas diferenciadas. De feito, non habería ningunha selección dunha oferta –e, polo tanto, dun adjudicatario–, senón soamente a asignación directa e unilateral dunha determinada tarefa a unha entidade pública concreta<sup>44</sup>.

Máis alá destas novas previsións normativas da Directiva 2014/24/UE, do 26 de febreiro, debemos engadir que o TXUE tivo tamén ocasión de pronunciarse sobre estes supostos, aínda que, de momento, de xeito puntual. Así, con algunhas breves referencias anteriores<sup>45</sup>, debemos destacar especialmente a Sentenza do 21 de decembro de 2016, asunto C-51/15, *Remondis GmbH*. Neste procedemento o tribunal veu axuizar a atribución que determinadas autoridades locais alemás realizaran das súas competencias en materia de recollida e tratamento de residuos a un consorcio administrativo creado por elas. Ante a constatación de que o dito consorcio, polo volume de actividades que realizaba con terceiros, non cumpría cos requisitos para ser considerado como un medio propio personificado de acordo coa normativa contractual e que a atribución dos ditos servizos ao consorcio tampouco pretendía establecer unha relación de cooperación entre as partes, o TXUE chega á conclusión de que a normativa europea en materia de contratación pública:

43 Téñase en conta, por exemplo, o artigo 85.2 da Lei 7/1985, do 2 de abril, reguladora das bases do réxime local. Neste sentido exprésase tamén VILLAR ROJAS, F. J., “El impacto de la nueva Ley de Contratos del Sector Público en la gestión de los servicios públicos locales”, cit., p. 82.

44 Referiuse á elección dunha oferta como elemento indispensable para a existencia dun contrato público a STXUE do 2 de xuño de 2016, asunto C-410/14, *Falk Pharma*, F.X. 38. Sobre este suposto, véxanse tamén o *Libro Verde da Comisión sobre a modernización da política de contratación pública da UE* (COM 2011 15 final, do 27 de xaneiro), pp. 23-24 e, de forma máis detallada, o *Documento de traballo dos servizos da Comisión Europea relativo á aplicación da normativa sobre contratación pública ás relacións entre poderes adjudicadores (cooperación público-público)* [SEC (2011) 1169, do 4 de outubro,], pp. 19-20.

45 Por exemplo, podemos citar a Sentenza do 20 de outubro de 2005, asunto C-264/03, *Comisión das Comunidades Europeas/Francia*, F.X. 54.

“[...] debe interpretarse no sentido de que non constitúe un contrato público un acordo entre dúas entidades territoriais, como o controvertido no litixio principal, sobre a base do cal estas adoptan un estatuto polo que se crea un consorcio de entidades, con personalidade xurídica de dereito público, e polo que se transfiren a esa nova entidade pública determinadas competencias das que gozaban esas entidades ata entón e que en diante corresponderán ao consorcio de entidades” (F. X. 55).

Polo tanto, o TXUE considera tamén que xuridicamente non se pode falar dun contrato público cando é un determinado poder adxudicador –ou varios neste caso– os que deciden atribuírlle *ex novo* a outra entidade pública o exercicio dunhas determinadas funcións públicas. A súa argumentación, como veremos seguidamente, reside tamén no feito de que, aínda que a dita atribución poida supor a xestión dun servizo, en realidade nestes supostos non existiría un verdadeiro contrato oneroso asinado por escrito entre dúas persoas xurídicas diferenciadas, senón unha simple opción organizativa da Administración<sup>46</sup>, polo que, en consecuencia, ante a ausencia dun contrato público, para articular os ditos traslados competenciais non sería necesario acudir aos procedementos de adxudicación previstos na normativa contractual.

Como pode imaxinarse, todas estas previsións poden resultar de enorme interese para as nosas administracións públicas, xa que veñen limitar, en parte, a tendencia notablemente expansiva que experimentou a noción de contrato público nos últimos anos. Ao mesmo tempo, estas previsións virían garantir un espazo de decisión organizativa propia –á marxe da lexislación contractual e, mesmo, da figura dos encargos a medios propios personificados– que lles permitiría ás diferentes entidades do sector público poder acordar directamente a xestión de determinadas competencias ou actividades mediante a creación –ou modificación– doutras entidades públicas instrumentais<sup>47</sup>.

No entanto, como non pode ser doutro xeito, a aplicación desta excepción debe realizarse tamén de forma estrita e suxeita ao cumprimento de determinados límites, para evitar que calquera mera relación intersubxectiva atributiva dun servizo puidese considerarse como un suposto de redistribución de competencias entre entidades públicas excluído do ámbito de aplicación a lexislación contractual.

Neste sentido, para examinar brevemente cales poderían ser os condicionantes á posible utilización desta figura, debemos remitirnos novamente á mencionada Sentenza do 21 de decembro de 2016, asunto C-51/15, *Remondis GmbH*, en que o TXUE afirma que tal suposto de transferencia de competencias:

---

46 Entre nós, HUERGO LORA expresouse en sentido similar cando, ao analizar o suposto formulado na mencionada Sentenza *Remondis GmbH*, en concreto, a creación dun consorcio por varias entidades públicas e a posterior delegación de funcións, afirma que “É difícil confundir iso cun contrato público porque se trata dunha auténtica delegación de competencias intersubxectiva e non do encargo da prestación dun servizo”. HUERGO LORA, A., “Los convenios interadministrativos y la legislación de contratos”, *Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica*, n. 8, 2017, p. 21. Anteriormente, puxera de relevo tamén esta idea, entre outros, REBOLLO PUIG, M., “Los entes institucionales de la Junta de Andalucía y su utilización como medio propio”, cit., p. 376.

47 Neste sentido tamén pareceron entendela a Xunta Consultiva de Contratación Administrativa do Estado, por exemplo, no seu Informe 10/2010, do 23 de xullo, ou o Tribunal Catalán de Contratos do Sector Público, na súa Resolución 113/2018, do 20 de xuño. Igualmente, véxase a instrución relativa á descentralización funcional e aos medios propios do Concello de Barcelona, aprobada polo Decreto da Comisión de Goberno n. 218/536, do 26 de xullo (*Gasetta Municipal do Concello de Barcelona* do 30 de xullo de 2018). En contra desta idea, EZQUERRA HUERVA, A., “La gestión directa de servicios locales mediante personificación interpuesta: una potestad organizativa sujeta a la legislación de contratos”, *Observatorio de Contratación Pública*, 30 de setembro de 2018. <http://www.obcp.es/index.php/mod.opiniones/mem.detalle/id.371/relcategoria.121/relmenu.3/chk.3a0f412a61f01b39aa322f484b03b9ff> (4 de outubro de 2018).

“[...] só existe se se refire, á vez, ás responsabilidades derivadas da competencia transferida e aos poderes que son o corolario desta, de modo que a autoridade pública que é agora competente dispón de autonomía decisoria e financeira, o que lle corresponde comprobar ao órgano xurisdiccional remitente” (F.X. 55).

Polo tanto, parecería que, máis alá dos suxeitos concretos que interveñen na dita relación<sup>48</sup>, o TXUE determina a aplicación deste suposto baseándose no seu obxecto, é dicir, tomando principalmente como referencia o contido e alcance desta cesión de competencias. Desta forma, partindo desta perspectiva, dedicaremos os dous últimos apartados deste traballo a analizar, polo menos de forma inicial, a posible repercusión desas limitacións.

### 3.1 Asunción de responsabilidades e autonomía decisoria

Desde o noso punto de vista, o primeiro elemento que deberíamos valorar para determinar a existencia dun suposto de transferencia de competencias entre entidades públicas excluído do ámbito de aplicación da normativa contractual garda relación co seu contido inmediato, é dicir, co conxunto de facultades (e deberes) que pretenden transferirse mediante a dita reordenación competencial.

Neste punto, o TXUE parte dun concepto funcional. E é que considera indiferente que a transferencia de competencias entre entidades públicas veña imposta por unha norma xurídica, por unha autoridade de rango superior ou, mesmo, que sexa acordada voluntariamente –recordemos que a Sentenza *Remondis GmbH* se refería especificamente á creación voluntaria dun consorcio administrativo–. O determinante é que esta supoña a asunción das responsabilidades vinculadas á competencia que se transfire, en particular da obriga de cumprir as funcións que implica a dita competencia e os poderes que son o corolario desta (F.X. 49).

Trataríase de demostrar que, efectivamente, a entidade pública que recibe a dita atribución competencial pasa a ocupar, para todos os efectos, o papel e lugar da Administración cedente, dispoño de plena capacidade de decisión sobre o exercicio das ditas funcións. Deste xeito, a atribución competencial tería como consecuencia que a entidade anteriormente competente se vexa liberada da obriga e do dereito de executar esa función, que pasaría a confiárselle á entidade que asume a dita cesión.

Fixémonos como, neste suposto, a diferenza dos encargos a medios propios personificados (art. 32.1 LCSP), a transferencia de competencias non se limitaría soamente á encomenda dunha prestación meramente contractual –realización de obras, subministracións ou servizos–, que deba ser realizada de acordo coas instrucións fixadas polo poder adjudicador, senón á atribución dun conxunto de funcións e responsabilidades concretas nun ámbito material determinado.

De todos os xeitos, iso non supón que a entidade que pretende realizar esta asignación competencial quede desprovista de calquera forma de control ou influencia sobre esta. Ao contrario. En primeiro lugar, como é obvio, poderá participar plenamente no exercicio das

<sup>48</sup> Neste punto, sen poder entrar en máis detalle nesta cuestión, queremos simplemente apuntar que a referencia que se prevé no artigo 1.6 da Directiva 2014/24/UE, do 26 de febreiro, aos poderes adjudicadores non debe interpretarse *a priori* nun sentido limitativo ou excluínte doutras posibles entidades do sector público. Na nosa opinión, obedece tan só ao feito de que, como é sabido, a mencionada directiva limita o seu ámbito de aplicación soamente aos procedementos de adjudicación celebrados polos poderes adjudicadores, pero non aos contratos que poidan asinar outras entidades que non teñan a dita consideración.

ditas funcións a través dos propios órganos decisorios da entidade que recibe a competencia, que deberían permitirlle tamén influír na toma das decisións estratéxicas e máis importantes<sup>49</sup>. Polo tanto, sen necesidade de ningún negocio xurídico e, menos aínda, dun encargo no sentido do artigo 32 da LCSP, a entidade pública delegante podería mediatizar plenamente a actuación da entidade que recibe esa transferencia —e sen que iso supoña ningunha mingua da súa autonomía de acción— a través dos órganos sociais.

Pero é que, ademais, como destacou tamén o TXUE na Sentenza *Remondis GmbH*, a autonomía de acción que se lle recoñece á entidade que recibe a transferencia competencial non debe entenderse tampouco como unha total desvinculación por parte do ente delegante. Ao contrario, tal como se afirma expresamente na dita resolución, a transferencia dunha competencia non significa que a entidade que resulta agora competente deba subtraerse a toda influencia por parte da entidade cedente, que pode conservar certo dereito de supervisión das funcións derivadas dese servizo e exercerse a través dun órgano como a xunta xeral, formada por representantes das entidades territoriais anteriormente competentes (F.X. 52). Non obstante, engádese que a dita capacidade de influencia debe ser necesariamente limitada, excluíndose toda inxerencia na forma concreta de execución das funcións comprendidas na competencia transferida<sup>50</sup>.

Por último, convén tamén ter presente que o feito de que a transferencia que pretende efectuarse poida ter un carácter non permanente non suporía tampouco ningún obstáculo para poder excluír este suposto do ámbito de aplicación da normativa contractual. E é que o TXUE, novamente na Sentenza *Remondis GmbH*, segue dicindo que non será necesario que a transferencia de competencias teña carácter irreversible, posto que a repartición de competencias dentro dun Estado non pode considerarse conxelada, de maneira que son posibles reorganizacións sucesivas (F.X. 53).

Sen prexuízo das anteriores consideracións, non nos escapa que, malia que a nivel teórico todas estas limitacións parecen estar ben fundamentadas, na práctica pode resultar bastante complexo diferenciar realmente cando estamos ante un suposto de atribución competencial directa ou cando nun mero intercambio oneroso de prestacións contractuais entre dúas persoas xurídicas diferenciadas. Noutras palabras, a delimitación de qué constitúe unha mera execución material dunha prestación a cambio dunha remuneración daquilo que, pola contra, supón un acto polo cal unha Administración pública, unilateralmente e no marco das súas facultades institucionais, realiza unha transferencia de determinadas funcións públicas a outra entidade parécenos problemática. E, en todo caso, requirirá dun exame casuístico que teña en conta todas as circunstancias legais e fácticas que concorran en cada caso.

---

49 Péñese, por exemplo, que, aínda que o artigo 85 *ter* da LBRL remite a forma de designación e o funcionamento da xunta xeral aos estatutos sociais, nada impide que se acorde a designación de pleno ou xunta de goberno local como xunta xeral dunha determinada sociedade mercantil municipal. E o mesmo poderíamos afirmar dos organismos autónomos ou entidades públicas empresariais municipais, de acordo co artigo 85 *bis* da LBRL.

50 Neste punto, o avogado xeral, Sr. Paolo Mengozzi, nas súas conclusións ao asunto C-51/15, *Remondis GmbH*, do 30 de xuño de 2016, considera que non estaríamos ante un suposto de transferencia de competencias entre entidades públicas se se previse unha facultade de resolución unilateral atribuída á Administración cedente en caso de execución inadecuada da función. E é que se considera que tal posibilidade pertence a unha lóxica contractual, allea ás transferencias de competencias. Unha devolución de competencias podería, pola contra, ser o resultado dunha nova reorganización das funcións públicas en cuestión.

## 3.2 Ausencia de retribución e autonomía financeira

En segundo lugar, máis alá do feixe de potestades e deberes que pretenden transferirse con esta decisión organizativa, á hora de analizar os supostos de transferencias de competencias entre entidades públicas, o TXUE prestou tamén atención aos intercambios económicos que, se é o caso, derivan da dita atribución.

O punto de partida é que, como xa temos apuntado, os *contratos públicos* son sempre contratos de carácter oneroso (art. 2.1 LCSP) no sentido de que unha entidade do sector público recibe unha prestación –unha obra, unha subministración ou un servizo– a cambio dunha contraprestación. Polo tanto, para poder falar dun contrato público debe producirse necesariamente un intercambio de prestacións<sup>51</sup>. En cambio, fronte a esta situación, para poder verificar a existencia dun suposto de transferencia de competencias entre poderes adjudicadores –tal como expresa o artigo 1.6 da Directiva 2014/24/UE, do 26 de febreiro– deberíamos poder acreditar que os intercambios económicos que poidan producirse non se deben a unha mera retribución pola execución dun contrato, senón que son un elemento accesorio da dita operación.

Noutras palabras, nestes supostos non estaríamos ante o pagamento dun prezo pola realización dunha prestación, senón que, salvando as distancias, poderíamos dicir que estas achegas terían unha natureza cuasibsubvencional, dado que se configuran como un presuposto básico e indispensable para a posta en marcha e o correcto funcionamento da dita entidade e das competencias que se lle asignan.

Desde esta perspectiva, e de acordo co TXUE, a directiva non impide que esas operacións organizativas poidan dar lugar a intercambios patrimoniais. Ao contrario. Agora ben, en todo caso, como se apunta na Sentenza *Remondis GmbH*:

“[...] a reasignación dos medios empregados para o exercicio da competencia, que son transmitidos pola autoridade que deixa de ser competente á que pasa a ser competente, non pode analizarse como o pagamento dun prezo, senón que constitúe, pola contra, unha consecuencia lóxica, mesmo necesaria, da transferencia voluntaria ou da redistribución imposta da dita competencia da primeira autoridade á segunda” (F.X. 45).

Como no caso anterior, a comprobación deste requisito exixirá tamén unha análise casuística, que deberá tomar en consideración principalmente o sistema de financiamento da entidade receptora das ditas funcións. Así, como dicíamos, debería poder acreditarse que as posibles achegas que realiza a entidade cedente non se configuran como unha mera remuneración contractual, de carácter sinalagmático pola prestación dun servizo concreto, senón que, como apunta o TXUE, son a consecuencia lóxica da atribución competencial efectuada.

Novamente, a acreditación deste requisito pode resultar complexa. Máis se temos en conta que outra das novidades que prevé a LCSP en relación co réxime xurídico dos encargos que os poderes adjudicadores poden realizar aos seus medios propios personificados reside precisamente en limitar a retribución que estes poden percibir unicamente por referencia

51 Así o puxo de relevo en moitas ocasións o TXUE. Entre moitas outras, podemos mencionar a STXUE do 25 de marzo de 2010, asunto C-451/08, *Helmut Müller GmbH* (F.X. 45), a STXUE do 18 de xaneiro de 2007, asunto C-200/05, *Jean Aroux/Commune de Roanne* (F.X. 45), ou, máis recentemente, a STXUE do 18 de outubro de 2018, asunto C-606/17, *IBA Molecular Italy Srl* (FF.XX. 28-29).

a tarifas aprobadas pola entidade encomendante baseándose no custo efectivo soportado polo medio propio para as actividades obxecto de encargo [art. 32.2 a) LCSP].

En calquera caso, complementando as consideracións anteriores, o TXUE considerou tamén que a entidade á cal se lle transfiren as competencias debe dispor de autonomía financeira, negándose esta cando “a autoridade inicialmente competente conserva a responsabilidade principal relativa ás referidas funcións, se se reserva o control financeiro destas ou se debe aprobar previamente as decisións que pretenda tomar a entidade á que se adheriu” (F. X. 49).

Agora ben, de novo, esta autonomía financeira do ente receptor non debe entenderse tampouco como unha total desvinculación da Administración cedente, senón que pode supor tamén algún tipo de participación, co límite de que en ningún caso lle deberían conferir á entidade que realiza a dita transferencia obter o control financeiro directo da actividade obxecto de transferencia.

Desde esta perspectiva, por exemplo, o TXUE –na Sentenza *Remondis GmbH*– recoñeceu que non constitúe unha remuneración o feito de que a autoridade que tome a iniciativa da transferencia dunha competencia ou que decida a redistribución dunha competencia se comprometa a asumir a carga de eventuais excesos de custos en relación cos ingresos que poidan resultar do exercicio desa competencia (F. X. 46). Esas previsións non se configurarían como o pagamento dun prezo, senón como un mecanismo de garantía destinado a terceiros, para evitar procedementos de insolvencia das entidades públicas.

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

Como anunciabamos na introdución, ao longo deste traballo intentamos expor, en primeiro lugar, algunhas das principais novidades da LCSP no que se refire ao réxime xurídico dos medios propios personificados, especialmente en canto aos requisitos previstos no artigo 32 da LCSP para poder ser considerado como tal. A partir de aquí, na parte final da nosa exposición, fixémonos eco doutro dos instrumentos de que poden dispor as nosas administracións para organizar a prestación das súas funcións públicas á marxe da vía contractual: as transferencias de competencias entre entidades públicas.

Por suposto, o obxectivo da nosa exposición non reside en buscar malintencionadamente alternativas á debida aplicación da normativa contractual, senón simplemente pór de relevo os diferentes instrumentos que nos ofrece o noso ordenamento xurídico, intentando evitar o recurso a figuras –como poden ser os encargos a medios propios personificados– para finalidades que poden ser conseguidas mediante outros procedementos menos complexos e igualmente válidos. Aínda que somos conscientes de que, como apuntamos, se trata de situacións complexas, non sempre ben definidas e que, certamente, requiren dunha maior análise.

En todo caso, chegados a este punto, para finalizar o noso traballo quedaría simplemente preguntarnos: que nos achega, desde un punto de vista xurídico, esta distinción? Que

importancia ten a figura da transferencia de competencias en relación coa utilización dos medios propios personificados?

Na nosa opinión, a principal achega destas dúas categorías xurídicas residiría non só na súa función descritiva, senón sobre todo na súa función prescritiva<sup>52</sup>, na medida en que delas derivan dous réximes normativos diferenciados. Así, mentres que os encargos a medios propios personificados se suxeitan aos estritos límites previstos no artigo 32 da LCSP, os supostos de transferencias de competencias entre entidades públicas, ao non teren a consideración de contratos públicos (ex art. 2.1 LCSP), quedarían fóra do ámbito de aplicación da LCSP. En consecuencia, non lles resultarían de aplicación os condicionantes previstos para os encargos a medios propios personificados: por exemplo, as limitacións á subcontratación ou a necesidade de que a entidade que recibe a dita transferencia realice a maior parte da súa actividade para a entidade de que dependa.

Unha boa mostra da aplicación práctica desta diferenciación conceptual e xurídica poderíamola atopar na xa mencionada instrución relativa á descentralización funcional e aos medios propios do Concello de Barcelona –*Gasetta Municipal do Concello de Barcelona* do 30 de xullo de 2018– na que se prevé que a asignación da xestión de determinados servizos, actividades ou competencias por parte do Concello de Barcelona a entes ou sociedades que conforman supostos de descentralización funcional ou personificacións de servizo non constitúen un encargo a medios propios no sentido do artigo 32 da LCSP. Polo tanto, estas fórmulas de xestión directa non deben formalizarse na forma prevista no artigo 32 da LCSP.

Obviamente, o feito de que estas atribucións competenciais constitúan actuacións que a entidade instrumental de que se trate asuma como propias en virtude das correspondentes previsións estatutarias non impediría, en ningún caso, que esta entidade, ademais, puidese recibir ao mesmo tempo outros encargos puntuais ou non habituais, de acordo co artigo 32 da LCSP.

En definitiva, a transferencia de competencias presentaríansenos como unha terceira forma de exceptuar determinadas relacións entre entidades públicas da aplicación da lexislación contractual –xunto cos encargos aos medios propios personificados e as relacións de cooperación entre entidades públicas<sup>53</sup>–. Esta excepción pon de novo o acento nun elemento central do sistema económico: os límites da liberdade organizativa da Administración pública. E é que, en realidade, con esta excepción se trata de determinar a capacidade de que dispón realmente a Administración para decidir por ela mesma o cumprimento directo das súas finalidades, é dicir, ata onde pode chegar o exercicio de actividades por parte do poder público, con independencia do mercado ou do feito de que poidan existir tamén operadores económicos privados que poidan estar interesados na xestión das ditas actividades.

52 Sobre as funcións dos conceptos xurídicos, DÍEZ SASTRE, S., *La formación de conceptos en el Derecho Público*, Marcial Pons, Madrid, 2018, pp. 142-150.

53 Sobre o réxime xurídico dos convenios entre entidades públicas excluídos da LCSP, remitímonos a SANTIAGO IGLESIAS, D., “Capítulo XI. Cooperación horizontal: los convenios interadministrativos”, Gallego Córcoles, I., e Gamero Casado, E. (coords.), *Tratado de Contratos del Sector Público*, Tomo I, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, pp. 620-660, e VILALTA REIXACH, M., “Los convenios interadministrativos a la luz de la Ley de Contratos del Sector Público”, Gimeno Feliu, J.M. (dir.), *Estudio Sistemático de la Ley de Contratos del Sector Público*, Thomson Reuters-Aranzadi, Navarra, 2018, pp. 325-368.

## Bibliografía

- AMOEDO SOUTO, C., "En torno al concepto jurídico de autoprovisión administrativa: dimensión europea y desajustes internos", *Revista de Administración pública*, n. 205, 2018.
- AMOEDO SOUTO, C. A., "Los encargos a medios propios e instrumentales: ¿hacia un nuevo comienzo?", Gimeno Feliu, J. M. (dir.), *Estudio Sistemático de la Ley de Contratos del Sector Público*, Thomson Reuters-Aranzadi, Navarra, 2018.
- BERMÚDEZ SÁNCHEZ, J., "La modificación de los modos de gestión de servicios públicos, en el Proyecto de Ley de régimen jurídico del sector público", *Documentación Administrativa*, n. 2, 2015.
- BERNSTEIN, L. A., *Análisis de estados financieros*, Deusto, Bilbao, 1996.
- DÍEZ SASTRE, S., *La formación de conceptos en el Derecho Público*, Marcial Pons, Madrid, 2018.
- EZQUERRA HUERVA, A., "La gestión directa de servicios locales mediante personificación interpuesta: una potestad organizativa sujeta a la legislación de contratos", *Observatorio de Contratación Pública*, 30 de septiembre de 2018. <http://www.obcp.es/index.php/mod.opiniones/mem.detalle/id.371/relcategoria.121/relmenu.3/chk.3a0f412a61f01b39aa322f484b03b9ff> (4 de outubro de 2018).
- FONT I LLOVET, T., "Administración pública, libertad y mercado. Los criterios de la reforma administrativa", *Estudios sobre las leyes 39/2015 del procedimiento administrativo común de las administraciones públicas y 40/2015 del régimen jurídico del sector público*, Atelier, Barcelona, 2017.
- GALLEGO CÓRCOLES, I., "Los encargos a medios propios y servicios técnicos en la LRJSP", *Contratación Administrativa Práctica*, n. 147, 2017.
- GIMENO FELIU, J. M., "La problemática derivada del encargo de prestaciones a entes instrumentales propios: el alcance de la jurisprudencia comunitaria", Tornos Mas, J. (dir.), *Informe Comunidades Autónomas 2005*, Instituto de Derecho Público, Barcelona, 2006.
- GIMENO FELIU, J. M., *El nuevo paquete legislativo comunitario sobre contratación pública. De la burocracia a la estrategia. El contrato público como herramienta del liderazgo institucional de los poderes públicos*, Thomson Reuters-Aranzadi, Navarra, 2014.
- GIMENO FELIU, J. M., "La «codificación» de la contratación pública mediante el derecho pretoriano derivado de la jurisprudencia del TJUE", *Revista Española de Derecho Administrativo*, n. 172, 2015.
- HERNÁNDEZ CORCHETE, J. A., "Los presupuestos constitucionales de la actividad económica instrumental de la Administración pública. Una reflexión sobre el fundamento del uso de medios propios", Parejo Alfonso, L., e Vida Fernández, J. (coords.), *Los retos del Estado y la Administración en el Siglo XXI*, Tomo II, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017.
- HUERGO LORA, A., "La libertad de empresa y la colaboración preferente de las Administraciones con empresas públicas", *Revista de Administración pública*, n. 154, 2001.



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

regap



ESTUDIOS

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

VILALTA REIXACH, M., "Los llamados contratos de auto-provisión (o contratos in house providing)", Yzquierdo Tolsada, M. (dir.), *Contratos. Civiles, mercantiles, públicos, laborales e internacionales con sus implicaciones tributarias*, Tomo XIV, Thomson Reuters-Aranzadi, Navarra, 2014.

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

VILALTA REIXACH, M., "Los convenios interadministrativos a la luz de la Ley de Contratos del Sector Público", Gimeno Feliu, J. M. (dir.), *Estudio Sistemático de la Ley de Contratos del Sector Público*, Thomson Reuters-Aranzadi, Navarra, 2018.

VILLAR ROJAS, F. J., "El impacto de la nueva Ley de Contratos del Sector Público en la gestión de los servicios públicos locales", *Anuario de Derecho Municipal 2017*, n. 11, 2018.