

# ANÁLISIS DE LOS ENCARGOS A MEDIOS PROPIOS DESDE LA ÓPTICA DE PROMOCIÓN DE LA COMPETENCIA

Marcos GARCÍA ALFONSO

Julia GARCÍA-ROYO DÍAZ

Subdirección de Ayudas Públicas e Informes de Proyectos Normativos  
Departamento de Promoción de la Competencia - CNMC

**SUMARIO:** I. INTRODUCCIÓN.—II. CONCEPTO Y CONTEXTO DE LOS ENCARGOS A MEDIOS PROPIOS.—III. CONCLUSIONES DEL INFORME DE LA CNC DE 2013.—IV. ANÁLISIS Y REFLEXIONES DESDE LA ÓPTICA DE PROMOCIÓN DE LA COMPETENCIA: A. Ausencia de necesidad análisis de eficiencia tanto para la condición de medio propio como para cada encargo. B. Problemas en la determinación de existencia de control análogo. C. Comprobación del umbral del 80 por 100 de las actividades del medio propio destinadas al poder adjudicador que realiza el encargo. D. Reconocimiento estatutario expreso o en los actos de creación; disposición de medios apropiados y prestaciones parciales. E. Régimen tarifario. F. Publicidad y transparencia. G. Recurso especial en materia de contratación y causa de anulabilidad.—V. CONCLUSIONES FINALES.—REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

## I. INTRODUCCIÓN

Las entidades del sector público actúan como demandantes y oferentes de bienes y servicios, afectando estática y dinámicamente a multitud de mercados relevantes. Así, por el lado de la demanda, destaca el peso económico del sector público como contratista alcanzando cifras superiores al 10 por 100 del PIB en nuestro país<sup>1</sup> y generando, por tanto, un mercado en el que las empresas privadas compiten por ser adjudicatarias de licitaciones públicas. Por el lado de la oferta, el sector público, a través de la constitución de entes públicos de distinta naturaleza, ofrecen bienes y prestan servicios tanto a demandantes públicos como a privados. En este sentido, destacan las hasta hace poco llamadas encomiendas de gestión, ahora de-

---

<sup>1</sup> Según la OCDE (*Government at a glance 2017*) representó el 10,5 por 100 del PIB y el 23,9 por 100 del gasto total de las Administraciones Públicas en 2015. De acuerdo con la Comisión Europea, la contratación pública representa alrededor del 19 por 100 del PIB de la UE (*Contratación Pública. Guía Práctica. 2015*).

nominadas encargos a los medios propios, tras la aprobación de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público<sup>2</sup> (en adelante, LCSP).

A estos efectos, hemos de tener presente que el mercado de la contratación pública en la UE no es sino una parte más del mercado interior. Desde esta perspectiva, se ha de partir de la consideración de que la consecución del mercado interior de la contratación pública es el fin al que sirven las normas, que encuentran como el medio necesario la competencia efectiva.

Así, el Derecho de la UE confiere una importancia axial a la competencia en este mercado, afirmando, como se puede observar en el considerando 1<sup>3</sup> de la Directiva 2014/24/UE<sup>4</sup> (también en el considerando 2<sup>5</sup> de su predecesora, la Directiva 2004/18/CE<sup>6</sup>), que la finalidad misma de las normas de la UE es la de la apertura de la contratación pública a la competencia.

Lo mismo sucede, quizá de forma aún más explícita, en la jurisprudencia consolidada del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (en adelante, TJ). Así en la STJ de 11 de enero de 2005, en el asunto C-26/03, *Stadt Halle*, apartado 44<sup>7</sup> se señala:

«A este respecto, es necesario, en primer lugar, recordar el objetivo principal de las normas comunitarias en materia de contratos públicos, que se ha destacado en la respuesta a la primera cuestión, a saber, la libre circulación de los servicios y su apertura a la competencia no falseada en todos los Estados miembros. Ello implica la obligación de toda entidad adjudicadora de aplicar las normas comunitarias pertinentes cuando se cumplan los requisitos previstos en ellas».

La misma sentencia (apdo. 37) recalca este aspecto en lo referente a la Directiva de hace dos generaciones: «Los objetivos perseguidos por la Directiva 92/50, a saber, la libre circulación de los servicios y que en esta materia exista una competencia abierta y no falseada en todos los Estados miembros».

<sup>2</sup> Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero, *BOE* núm. 272, de 9 de noviembre de 2017.

<sup>3</sup> «Ahora bien, para los contratos públicos por encima de determinado valor, deben elaborarse disposiciones que coordinen los procedimientos de contratación nacionales a fin de asegurar que estos principios tengan un efecto práctico y que la contratación pública se abra a la competencia».

<sup>4</sup> Directiva 2014/24/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero, sobre contratación pública y por la que se deroga la Directiva 2004/18/CE.

<sup>5</sup> «No obstante, para la adjudicación de contratos públicos por importes superiores a una determinada cantidad, es conveniente elaborar a escala comunitaria disposiciones de coordinación de los procedimientos nacionales de adjudicación que estén basadas en dichos principios, de forma que queden garantizados sus efectos, y abrir a la competencia la contratación pública».

<sup>6</sup> En particular, Directiva 2004/18/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 31 de marzo, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, de suministro y de servicios.

<sup>7</sup> En el mismo sentido, véanse, por ejemplo, las SSTJ de 8 de mayo de 2014, en el asunto C-15/13, *Datenlotsen Informationssysteme*, apartado 22; y de 8 de diciembre de 2016, en el asunto C-553/15, *Undis Servizi*, apartado 28.

Por lo expuesto anteriormente, no es posible considerar en pie de igualdad a todos los principios, objetivos y criterios que figuran en el abigarrado art. 1 de la nueva LCSP, sino que cualquier ponderación entre los mismos debe tener presente el tenor de las normas y de la jurisprudencia de los tribunales de la UE en su interpretación y aplicación.

En cualquier caso, el aprovisionamiento público (entendido como término que engloba tanto la contratación pública en sentido estricto como los encargos a medios propios) al tratarse de una actividad con un impacto significativo en los presupuestos de los Estados miembros, debe atender al principio de eficiencia en la asignación de los recursos públicos, como se puede observar en el considerando 2 de la Directiva 2014/24/UE, en el que se expresa que esa búsqueda de la eficiencia es la que ha motivado la revisión de las Directivas de la generación anterior<sup>8</sup>.

De ahí la insistencia de las Autoridades de Competencia en relacionar directamente la eficiencia con la salvaguarda de la libre competencia. Su fundamento se basa en garantizar la existencia de competencia como medio para conseguir que, tanto el propio sector público en particular como la sociedad en su conjunto, se vean beneficiados, a través de la obtención de menores precios y de una mejora de la calidad, cantidad y gama de los bienes y servicios que se obtengan, así como el incremento de las inversiones y de la I+D+i. Por tanto, la inexistencia de competencia o la limitación de la misma, va a suponer que el sector público y los ciudadanos reciban bienes y servicios de manera subóptima.

En este sentido, la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia (en adelante, CNMC) en sus Informes, entre otros, el Informe IPN/CNMC/010/15, de 16 de julio, referente al «Anteproyecto de Ley de Contratos del Sector Público» y el Informe PRO/CNMC/001/15, de 5 de febrero, referente al «Análisis de la contratación pública en España: oportunidades de mejora desde el punto de vista de la competencia»<sup>9</sup>, ha manifestado que rara vez los órganos de contratación entran a analizar la adecuación económica del conjunto de decisiones que toman en materia de aprovisionamiento público, ni evalúan desde una perspectiva económica y con carácter previo la utilización de uno u otro instrumento de aprovisionamiento (contratos, encargos, convenios o subvenciones, por ejemplo) con la finalidad de la elección del más eficiente, sino que más bien tienden a utilizar aquello que conocen y vienen empleando tradicionalmente, que no necesariamente se corresponde con la opción más eficiente.

---

<sup>8</sup> A tenor literal: «Garantizando al mismo tiempo un uso más eficiente de los fondos públicos. Con ese fin, deben revisarse y modernizarse las normas vigentes sobre contratación pública adoptadas de conformidad con la Directiva 2004/17/CE del Parlamento Europeo y del Consejo (4), y la Directiva 2004/18/CE del Parlamento Europeo y del Consejo (5), a fin de incrementar la eficiencia del gasto público».

<sup>9</sup> Todos los Informes de la CNMC se encuentran disponibles en su página web. Concretamente, las actuaciones relacionadas con contratación pública están disponibles en *Recomendaciones para el aprovisionamiento público*.

Los datos publicados por la Comisión Europea en su marcador<sup>10</sup> muestran la deficiente actuación del Reino de España, con un resultado insatisfactorio especialmente en los indicadores que maneja para evaluar la competencia, el acceso a los mercados de contratación y la calidad de la información. Atendiendo a este diagnóstico, la Autoridad de Competencia continúa en su empeño en promocionar la competencia en nuestro sistema de aprovisionamiento público para alcanzar mayores cotas de eficiencia económica.

La presente colaboración se va a centrar exclusivamente en el análisis de los encargos a los medios propios desde el punto de vista de la promoción de la competencia, escapando del alcance de este trabajo, por razones de extensión, el estudio de los contratos públicos para el aprovisionamiento público y para lo cual nos remitimos a las numerosas actuaciones de la Autoridad de Competencia en este ámbito<sup>11</sup>.

Diversos motivos conducen a que los encargos a medios propios tengan innegable impacto para la competencia.

En primer lugar, ha de tenerse en cuenta que este tipo de negocios jurídicos entre un poder adjudicador y su medio propio —entendido como entidad del sector público, de naturaleza administrativa o mercantil creada al efecto por aquella— instrumentalizadas a través de un «encargo», son consideradas de naturaleza no contractual. En consecuencia, al tratarse de relaciones internas o instrumentales entre un poder adjudicador que atribuye un encargo a su medio propio, escapan de la regla general de concurrencia a la que se someten los procedimientos para la adjudicación de los contratos públicos. Por ello, ha de destacarse que desde, el punto de vista de la competencia, la principal característica esta figura es su carácter directo, es decir, su sustracción de los procedimientos de licitación pública y, por tanto, de la concurrencia competitiva, que de acuerdo con la normativa aplicable debe regir ordinariamente la provisión de bienes y servicios (art. 1 LCSP). Es decir, este instrumento permite, en determinadas circunstancias, que el sector público no tenga que acudir a la contratación con terceros para la adquisición de obras, suministros o servicios, o la adjudicación de concesiones de obras o de servicios, y pueda encargar directamente a sus medios propios la obtención de dichas prestaciones.

En segundo lugar, no hay que perder de vista que estos medios propios son operadores económicos, que si bien su cliente principal es un ente del sector público en una relación de cuasi-monopsonio (es decir, la entidad controlada ejerce la mayor parte de su actividad para la entidad que la controla), también compiten en el mercado con otros operadores económicos (con los que deberían poder competir por el mercado si pudiesen acceder

---

<sup>10</sup> COMISIÓN EUROPEA, *Single Market Scoreboard, Public Procurement Performance, Spain 2017*, mide el desempeño general de la contratación pública de los distintos Estados miembros sobre la base de unos parámetros comparativos.

<sup>11</sup> Para ello se recomienda visitar la *web* de la CNMC.

a las licitaciones públicas en pie de igualdad por los encargos atribuidos directamente). De ahí que su uso por parte del sector público tenga un impacto para la competencia en los mercados en los que actúan los medios propios en cuestión.

Precisamente, el recurso a esta figura no ha sido limitado. Tradicionalmente, el sector público ha gozado de una amplia discrecionalidad para acudir a este tipo de entes instrumentales, precisamente en atención a la naturaleza interna y de subordinación de la relación entre ambas partes. Esta discrecionalidad, sumada a razones de flexibilidad, rapidez y eficacia, ha promovido que se haya usado y abusado del recurso a los medios propios.

La Comisión Nacional de la Competencia (extinta CNC, ahora CNMC) en su Informe sobre «Los medios propios y las encomiendas de gestión: implicaciones de su uso desde la óptica de la promoción de la competencia» (2013) constató que: «La razón de ser de los medios propios tiene que ver con la necesidad, o conveniencia, que tienen las Administraciones de aprovisionarse de determinados bienes y servicios con excepcional rapidez; por la naturaleza particularísima de las prestaciones demandadas; o por la ausencia de proveedores alternativos».

Por ello, el recurso a los encargos a medios propios, ante la falta de competencia que implica y el alcance generalizado en su uso, ha motivado que las autoridades de competencia, y en particular la española, hayan analizado este instrumento, al igual que otros organismos supervisores y de control de la actividad pública (Tribunal de Cuentas<sup>12</sup>, CNC<sup>13</sup> y CNMC<sup>14</sup>). Todos ellos coinciden al resaltar la ausencia de realización de estudios específicos que acrediten las ventajas de recurrir al encargo a medios propios en detrimento de los procedimientos de contratación, sin que se tenga constancia de que se hayan efectuado estudios comparados sobre los costes de la opción del encargo frente a los potenciales beneficios atribuibles a la competencia por el mercado. De ahí que la ausencia de una planificación adecuada, unida a la falta de seguimiento y control en la ejecución de los encargos a medios propios haya supuesto por sí misma un grave impedi-

---

<sup>12</sup> Cabe destacar el «Informe de fiscalización sobre la utilización de la encomienda de gestión, regulada en la legislación de contratación pública aplicable, por las entidades del sector público autonómico español durante el ejercicio 2013» del Tribunal de Cuentas aprobado el 22 de diciembre de 2016 (*Informe de fiscalización núm. 1197*). Como conclusiones generales de dicho Informe, se aprecia una escasa regulación de esta figura, que contrasta con la relevante dimensión, tanto cualitativa como cuantitativa, que ha alcanzado su empleo. Conclusiones similares alcanzó también el Tribunal de Cuentas en el *Informe de fiscalización núm. 1.198* de las encomiendas de gestión de determinados Ministerios, Organismos y otras Entidades públicas aprobado el 30 de abril de 2015.

<sup>13</sup> La *Guía de la CNC sobre contratación pública y competencia* (2011), recomendaba evitar extralimitaciones en la utilización de las encomiendas. Para ello el poder adjudicador debería valorar en qué medida el mercado presta o puede prestar dichos bienes o servicios y el precio al que los mismos se ofrecen, debiéndose descartar la utilización de la encomienda si dichos precios resultan potencialmente inferiores. De igual forma, se establecían reparos a la subcontratación sistemática con terceros por parte del medio propio.

<sup>14</sup> Véase en el citado Informe *IPN/CNMC/010/15*, de 16 de julio, referente al «Anteproyecto de Ley de Contratos del Sector Público» (pp. 20-25).

mento para evaluar si el recurso al encargo ha sido un medio más eficiente que otros posibles, como la contratación pública.

La realidad es que este tipo de relaciones ha suscitado gran controversia en la última década en nuestro país<sup>15</sup>, debido en gran parte a su configuración como prácticas internas de los Estados miembros y los límites del alcance de las Directivas de Contratación pública que, como se analizará en esta contribución, ha ido definiendo la jurisprudencia europea.

El objeto de esta contribución es analizar desde el punto de vista de competencia la evolución de esta figura en nuestro ordenamiento, y tratará de poner en relieve cuáles son los aspectos sustanciales de una figura jurídica que implica caer en una de las excepciones a las normas europeas de contratación pública que limita principio de libre competencia. Para ello, primero expondremos la evolución del concepto desde que fuera concebido por la jurisprudencia europea hasta la actualidad, con la reciente entrada en vigor de la LCSP. En segundo lugar, recordaremos la posición de la CNC en su Informe de 2013 sobre la materia. Posteriormente, nos adentraremos en aquellos aspectos concretos que, a nuestro juicio, siguen siendo controvertidos desde la óptica de competencia y que quedan abiertos en la regulación vigente. Finalmente, realizaremos una serie de conclusiones cuya finalidad es paliar los perjuicios a la competencia derivados de un uso no excepcional o restrictivo de esta figura.

## II. CONCEPTO Y CONTEXTO DE LOS ENCARGOS A MEDIOS PROPIOS

El régimen jurídico de los encargos a los medios propios (las relaciones *in-house* en su término anglosajón) no ha figurado expresamente en las Directivas de contratación de la UE hasta la cuarta generación (de la que la Directiva 2014/24/UE forma parte), y es una figura creada y desarrollada por los tribunales de la UE, que la han ido perfilando y completando paulatinamente.

Por ello, debemos acudir en primer lugar a la jurisprudencia europea para localizar los requisitos legales que deben concurrir en este tipo de relaciones *in-house* para que se puedan considerar negocios jurídicos puramente internos, de manera que sea lícito excluirlos del ámbito contractual y, por tanto, del sometimiento a las normas sobre los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos.

Sin duda, el *leading case* en este ámbito es la STJ de 1999 en el asunto C-107/98, *Teckal*. Esta sentencia pone de manifiesto, en primer lugar, que

---

<sup>15</sup> Así lo ha puesto de manifiesto la doctrina. Por ejemplo, entre otros, C. AMOEDO SOUTO, *Los encargos a medios propios e instrumentales ¿hacia un nuevo comienzo? Estudio sistemático ley de contratos*, Aranzadi, 2018, o M. FRANCO-GARCÍA, «Propósitos y despropósitos sobre los encargos de los poderes adjudicadores a medios propios instrumentales en la ley de contratos del sector público», *Contratación Administrativa Práctica*, núm. 154, 2018.

las Directivas de contratación son aplicables, por principio, a todos los casos subsumibles en las mismas (apdos. 41, 42, 45 a 47 y fallo<sup>16</sup>)<sup>17</sup>.

En segundo lugar, la aportación esencial la hace en los apartados 49 y 50: «Por lo que se refiere a la existencia de un contrato, el Juez nacional debe verificar si ha existido un convenio entre dos personas distintas. A este respecto, conforme al artículo 1, letra *a*), de la Directiva 93/36, basta, en principio, con que el contrato haya sido celebrado entre, por una parte, un ente territorial y, por otra, una persona jurídicamente distinta de este. Solo puede ser de otra manera en el supuesto de que, a la vez, el ente territorial ejerza sobre la persona de que se trate un control análogo al que ejerce sobre sus propios servicios y esta persona realice la parte esencial de su actividad con el ente o los entes que la controlan».

La concurrencia cumulativa de ambos requisitos determina la inexistencia de «un convenio entre dos personas distintas», a efectos de la (in) aplicación de las Directivas.

En tercer lugar, se trata de una excepción a las normas imperativas que las Directivas imponen (apdo. 43 de la referida sentencia, véase *infra*), respecto de lo cual, en la sentencia en el asunto C-458/03, *Parking Brixen*, apartado 63<sup>18</sup>, se afirma que: «Dado que se trata de una excepción a las normas generales del Derecho comunitario, ambos requisitos expuestos en el apartado anterior deben ser objeto de una interpretación estricta, y la carga de la prueba de que existen realmente las circunstancias excepcionales que justifican la excepción a dichas normas incumbe a quien quiera beneficiarse de ella (véase la sentencia *Stadt Halle y RPL Lochau*, antes citada, apdo. 46)».

Como hemos indicado inicialmente, esta excepción cabe entender que se trata de una creación jurisprudencial, no prevista expresamente por las Directivas, sino de la interpretación del TJUE. Pese a ello, la propia sentencia en el asunto C-107/98, *Teckal*, dispone que<sup>19</sup>: «En efecto, procede re-

---

<sup>16</sup> STJ de 18 de noviembre de 1999, en el asunto C-107/98, *Teckal*: «La Directiva 93/36/CEE del Consejo, de 14 de junio, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de contratos públicos de suministro, es aplicable cuando una entidad adjudicadora, como un ente territorial, proyecta celebrar por escrito, con una entidad formalmente distinta de ella y autónoma respecto a ella desde el punto de vista decisorio, un contrato a título oneroso que tiene por objeto el suministro de productos, independientemente de que dicha entidad sea o no, en sí misma, una entidad adjudicadora».

<sup>17</sup> En el mismo sentido se expresan la STJ en el asunto C-26/03, *Stadt Halle*, apartado 47 que se inicia de la siguiente manera: «Con la idea de la apertura de los contratos públicos a la mayor competencia posible que persiguen las normas comunitarias». La misma sentencia cierra su apartado 37 recalcando cuáles son los objetivos de las Directivas: «Los objetivos perseguidos por la Directiva 92/50, a saber, la libre circulación de los servicios y que en esta materia exista una competencia abierta y no falseada en todos los Estados miembros». De igual forma, las Sentencias de 2014 en el asunto C-15/13, *Datenlotsen Informationssysteme*, apartado 24 y de 2016 en el asunto C-553/15, *Undis Servizi Srl*, apartado 28.

<sup>18</sup> En el mismo sentido, y de forma general para las excepciones a las normas de las Directivas, véase, por ejemplo, la STJ en el asunto C-57/94, *Comisión c. Italia*, apartado 27. En cuanto a la interpretación estricta, véanse pronunciamientos más recientes, por ejemplo: STJ en el asunto C-15/13, *Datenlotsen Informationssysteme*, apartado 23; y STJ en el asunto C-553/15, *Undis Servizi Srl*, apartado 29.

<sup>19</sup> En este mismo sentido, véase la STJ en el asunto C-220/05, *Auroux*, apartado 59.

cordar que las únicas excepciones permitidas a la aplicación de la Directiva 93/36 son las mencionadas taxativa y expresamente en ella (véase, respecto de la Directiva 77/62, la Sentencia de 17 de noviembre de 1993, *Comisión/España*, C-71/92, rec. p. I-5923, apdo. 10)».

Si se verifican tales requisitos, se considera que la relación jurídica entre la entidad instrumental y el poder adjudicador no debe interpretarse o calificarse como un contrato sujeto a las Directivas. Dicho de otro modo, se entiende que los negocios jurídicos de naturaleza contractual vienen marcados por la bilateralidad o multilateralidad entre entes con personalidad jurídica diferente (siendo la clave que existan voluntades distintas) como factor esencial, cuestión que no concurre en las relaciones *in-house*.

En palabras de otro *leading case* en este ámbito, la referida STJ en el asunto C-26/03, *Stadt Halle*, apartado 48, se recalca la posibilidad de recurrir a los propios medios: «Una autoridad pública, siendo una entidad adjudicadora, tiene la posibilidad de realizar las tareas de interés público que le corresponden con sus propios medios administrativos, técnicos y de cualquier otro tipo, sin verse obligada a recurrir a entidades externas y ajenas a sus servicios. En tal caso no existirá un contrato a título oneroso celebrado con una entidad jurídicamente distinta de la entidad adjudicadora. Así pues, no habrá lugar a aplicar las normas comunitarias en materia de contratos públicos».

Esta misma sentencia, en sus apartados 49 y 50, añade otra cuestión clave para delimitar el concepto de la relación *in-house*: la ausencia de participación de capital privado en la entidad a la que se adjudica el encargo, debido a la distinción entre el interés público y los intereses privados<sup>20</sup>:

«En cambio, la participación, aunque sea minoritaria, de una empresa privada en el capital de una sociedad en la que participa asimismo la entidad adjudicadora de que se trata excluye en cualquier caso que dicha entidad adjudicadora pueda ejercer sobre esta sociedad un control análogo al que ejerce sobre sus propios servicios.

A este respecto, es necesario señalar, en primer lugar, que la relación entre una autoridad pública, que es una entidad adjudicadora, y sus propios servicios se rige por consideraciones y exigencias características de la persecución de objetivos de interés público. Por el contrario, cualquier inversión de capital privado en una empresa obedece a consideraciones características de los intereses privados y persigue objetivos de naturaleza distinta».

Abundando en tal distinción, la STJ en el asunto C-574/12, *Centro Hospitalar de Setúbal EPE*, refuerza esta interpretación con la reiteración de la exclusión a cualquier entidad del sector privado, incluso si se trata, en particular, de entidades sin ánimo de lucro, siendo irrelevante la forma jurídica de la entidad a estos efectos (apdo. 33)<sup>21</sup>.

<sup>20</sup> En este mismo sentido, STJ en el asunto C-220/05, *Auroux*, apartado 64.

<sup>21</sup> «Al respecto, debe recordarse, en primer lugar, que la circunstancia de que la adjudicataria revista la forma jurídica de una asociación de Derecho privado y que no tenga ánimo de lucro

Adicionalmente, resulta importante tener en cuenta que, como se expresa en la STJ en el asunto C-458/03, *Parking Brixen*, apartado 62<sup>22</sup>, también existe la posibilidad de acudir a una relación *in-house* en caso de que las Directivas no sean de aplicación: «Por consiguiente, en el ámbito de las concesiones de servicios públicos estará excluida la aplicación de lo dispuesto en los artículos 12 CE, 43 CE y 49 CE, así como de los principios generales cuya expresión específica constituyen dichos artículos, en el supuesto de que, cumulativamente, la autoridad pública concedente ejerza sobre la entidad concesionaria un control análogo al que ejerce sobre sus propios servicios y la entidad realice la parte esencial de su actividad junto con la autoridad a que pertenece».

Por tanto, como se indica en la STJ en el asunto C-573/07, *Sea*, apartado 37<sup>23</sup>, la posibilidad de acudir a una relación *in-house*, junto con sus requisitos, no solo existe cuando son aplicables las Directivas, sino también cuando no lo son y ha de ser aplicado directamente el TFUE<sup>24</sup>.

El Tribunal de Justicia también ha ido perfilando el concepto de «control análogo», señalando que debe tratarse de la posibilidad de que la entidad adjudicadora ejerza una influencia determinante, tanto sobre los objetivos estratégicos como sobre las decisiones importantes del adjudicatario y que el control ejercido por la entidad adjudicadora debe ser efectivo, estructural y funcional<sup>25</sup>. También ha admitido que se ejerza de forma conjunta<sup>26</sup>.

A partir de la construcción jurisprudencial de esta figura, el legislador de la UE finalmente ha decidido incluir expresamente una regulación específica sobre la misma en la cuarta generación de Directivas.

Nos centraremos en la Directiva 2014/24/UE, cuyo art. 12 positiviza esta excepción a la aplicación de las normas generales. Llama la atención el título del mismo: *Los contratos públicos entre entidades del sector público*<sup>27</sup>. En él, se hace referencia al *contrato*<sup>27</sup> como el vínculo jurídico que

---

carece de pertinencia a efectos de la aplicación de las normas del Derecho de la Unión en materia de contratos públicos y, por consiguiente, de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia relativa a la excepción inherente a las operaciones “*in house*”. En efecto, tal circunstancia no impide que la entidad adjudicataria de que se trate pueda desarrollar una actividad económica (véanse, en este sentido, las Sentencias *Sea*, C-573/07, EU:C:2009:532, apdo. 41, y *CoNISMa*, C-305/08, EU:C:2009:807, apdo. 45)».

<sup>22</sup> En el mismo sentido, véase la STJ en el asunto C-324/07, *Coditel Brabant*, apartado 26.

<sup>23</sup> «Pues bien, esta jurisprudencia resulta pertinente tanto por la interpretación de la Directiva 2004/18 (LCEur 2004, 1837) como por la de los arts. 12 CE (RCL 1999, 1205 ter), 43 CE y 49 CE, así como por la de los principios generales de los que constituyen su expresión específica [véanse, en este sentido, las Sentencias de 11 de enero de 2005 (TJCE 2005, 1), *Stadt Halle* y *RPL Lochau* C-26/03, rec. p. I-1, apdo. 49, y de 13 de octubre de 2005 (TJCE 2005, 295), *Parking Brixen*, C-458/03, rec. p. I-8585, apdo. 62]».

<sup>24</sup> En el mismo sentido, véase también la STJ en el asunto C-410/04, *ANAV*.

<sup>25</sup> Véanse, por ejemplo, las sentencias en el asunto C-324/07, *Coditel Brabant*, apartado 28; en el asunto C-458/03, *Parking Brixen*, apartado 65; o en el asunto C-340/04, *Carbotermo*, apartado 36.

<sup>26</sup> Véanse, por ejemplo, las SSTJ en el asunto C-295/05, *Asemfo/TRAGSA*, apartado 62; en el asunto C-324/07, *Coditel Brabant*, apartados 47 y 50; en el asunto C-573/07, *Sea*, apartado 59; o en los asuntos acumulados C-182/11 y C-183/11, *Econord*, apartado 28.

<sup>27</sup> En idéntico sentido en el art. 17 de la Directiva 2014/23/UE sobre concesiones.

se establece entre el poder adjudicador que realiza el encargo y el medio propio personificado que ha de ejecutarlo, pese a que se excluya del ámbito de aplicación de la Directiva<sup>28</sup>.

Cuatro son los casos de cooperación entre entidades públicas que se declaran expresamente excluidos del ámbito de aplicación de la Directiva 2014/24/UE (en los primeros cuatro apartados del referido art. 12):

El primer apartado contempla relación vertical descendente directa e indirecta (es decir, entre *padre-hijo* y *abuelo-nieto*). Establece la exclusión clásica construida jurisprudencialmente en torno a los tres requisitos fundamentales que hemos expuesto anteriormente: control análogo sobre la entidad controlada al que se ejerce sobre los propios servicios, más del 80 por 100 de las actividades de la entidad controlada se efectúan para el poder adjudicador que la controla o por otras personas jurídicas controladas por el mismo; y que no exista participación directa de capital privado en la persona jurídica controlada.

Se explicitan dos cuestiones relevantes: por un lado, se indica porcentualmente, como novedad en la Directiva 2014/24/UE, el volumen de actividad como umbral de referencia, siguiendo en este punto lo que ya establecía la Directiva 2004/17/CE<sup>29</sup> en su art. 23 para permitir la exclusión de la aplicación de la referida Directiva de los contratos adjudicados por una entidad adjudicadora a una empresa asociada; por otro lado, se concreta el concepto del control que ejerce el poder adjudicador sobre una persona jurídica, análogo al que ejerce sobre sus propios servicios: cuando ejerza una influencia decisiva sobre objetivos estratégicos y decisiones significativas de la persona jurídica controlada.

También se permite en un determinado caso concreto la existencia de capital privado, cuestión que parecería contradecir la jurisprudencia en la materia hasta el momento, tal como hemos visto.

El segundo apartado contempla dos casos novedosos, a saber, las relaciones *in-house* horizontales (*entre hermanos*) y vertical ascendente (*de hijo a padre*). Solo se exige la ausencia de participación directa de capital privado en la persona jurídica a la que se adjudica el contrato. Los problemas que se plantean en este ámbito se analizarán más adelante (véase *infra*, apartado *Problemas en la determinación de existencia de control análogo*).

El tercer apartado contempla el caso del control análogo conjunto, refrendado por diversas sentencias del TJ<sup>30</sup>.

<sup>28</sup> «Un contrato adjudicado por un poder adjudicador a otra persona jurídica de Derecho público o privado quedará excluido del ámbito de aplicación de la presente Directiva si se cumplen todas y cada una de las condiciones siguientes».

<sup>29</sup> Directiva 2004/17/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 31 de marzo, sobre la coordinación de los procedimientos de adjudicación de contratos en los sectores del agua, de la energía, de los transportes y de los servicios postales.

<sup>30</sup> Por citar alguna de las más relevantes, véanse STJ en el asunto C-295/05, *Asemfo/TRAGSA*; la STJ, en el asunto C-324/07, *Coditel Brabant*; la STJ en el asunto C-573/07, *Sea*; o la STJ, en los asuntos acumulados C-182/11 y C-183/11, *Econord*.

Finalmente, en el apartado cuarto se regula el supuesto de la cooperación horizontal entre entidades del sector público sin que exista una relación de control entre las referidas entidades, esto es, el caso en el que hay una verdadera cooperación en pie de igualdad formal entre los intervinientes, donde todos participan de forma directa. También este tipo de relaciones de cooperación se ha ido perfilando por la jurisprudencia del TJ<sup>31</sup>.

En este mismo ámbito, se podría haber incluido una exigencia en cuanto a las transferencias financieras entre dichas entidades, como se hace en la STJ en el asunto C-480/06, *Comisión c. Alemania*, apartado 43. Asimismo, se recuerda la exigencia jurisprudencial de que «no se favorezca a ningún prestador privado respecto a sus competidores»<sup>32</sup>, que no ha sido incluida expresamente, mientras que se ha establecido el requisito de que los poderes adjudicadores participantes no realicen en el mercado abierto más del 20 por 100 de las actividades objeto de la cooperación. Estas dos exigencias no parecen ser equivalentes.

El legislador español ha pretendido seguir fielmente el tenor de las Directivas y la jurisprudencia de la UE y ha encuadrado este tipo de relaciones dentro de la potestad autoorganizativa de la Administración<sup>33</sup>. Pese a lo anterior, se echa en falta en la regulación nacional una declaración expresa sobre el carácter excepcional de esta figura, pese a que, en algunas instancias se ha expresado<sup>34</sup>.

---

<sup>31</sup> Véase, por ejemplo, la STJ en el asunto C-480/06, *Comisión c. Alemania*; la STJ en el asunto C-159/11, *Ordine degli Ingegneri della Provincia di Lecce*; o la sentencia en el asunto C-386/11, *Piepenbrock*.

<sup>32</sup> Véanse, por ejemplo, STJ en el asunto C-480/06, *Comisión c. Alemania*, apartados 44 y 47; la Sentencia de 19 de diciembre de 2012, en el asunto C-159/11, *Ordine degli Ingegneri della Provincia di Lecce*, apartado 35; o la sentencia en el asunto C-386/11, *Piepenbrock*, apartado 37.

<sup>33</sup> En el Informe IPN/CNMC/010/15, de 16 de julio, referente al «Anteproyecto de Ley de Contratos del Sector Público» se señaló que «llama la atención el que, a diferencia del art. 12 de la Directiva 2014/24/UE, en el APL no se les denomina contratos sino encargos. Esta conceptualización, en línea con nuestra tradición normativa, puede tener repercusiones prácticas (estadísticas por ejemplo) que convendría aclarar».

<sup>34</sup> Véase el *Informe de fiscalización núm. 1197* del Tribunal de Cuentas, Informe de fiscalización sobre la utilización de la encomienda de gestión, regulada en la legislación de contratación pública aplicable, por las entidades del sector público autonómico español durante el ejercicio 2013: «Esta técnica de las encomiendas o encargos contractuales constituye una excepción a la aplicación de la normativa contractual. En consecuencia, requiere una interpretación estricta, correspondiendo la carga de la prueba de que existen realmente las circunstancias excepcionales que justifican la excepción a quien pretenda utilizarla» (p. 27). En la misma línea se expresa en las pp. 14 y 44. También en términos más estrictos: «En términos similares se pronuncia la Sindicatura de Comptes de la C. Valenciana, para la que las encomiendas de gestión son una excepción, no una alternativa a la contratación administrativa o a la contratación de personal» (p. 45).

Véase la Circular 4/2015, de 20 de mayo de la Intervención General del Estado sobre diversos aspectos relacionados con las encomiendas de gestión reguladas en los arts. 4.1.n) y 24.6 del texto refundido de la ley de contratos del sector público (p. 36): «Esta Intervención General en diversos antecedentes en los que ha analizado la distinta problemática que se va planteando en relación a las «encomiendas de gestión» o encargos a entidades que tienen la condición de medios propios y servicios técnicos de la Administración reguladas en el artículo 24.6 del TRLCSP, este instrumento o relación jurídica supone una excepción a los principios de publicidad y concurrencia que inspiran la normativa sobre contratación pública, por lo que los requisitos necesarios para poder acudir a esta figura han de ser objeto de una interpretación estricta. Sin embargo, la realidad refleja un incremento notable en los últimos años de entidades a las que se les reconoce la condición de medios propios en

De forma novedosa, llama la atención cómo la LCSP no recoge expresamente la exclusión tradicional [art. 4.1.n)] del Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (en adelante, TRLCSP)<sup>35</sup> de estas relaciones *in-house* de su ámbito de aplicación y se recogen dentro de las disposiciones generales sobre la contratación del sector público (Título I del Libro Primero), incorporando mayor regulación de los mismos, a pesar de que la Directiva sí que lo considera como negocios excluidos (art. 12 de la Directiva 2014/24/UE).

Concretamente, la LCSP ordena estos negocios *in-house* como una figura específica de aprovisionamiento público entendido como la prestación de servicios, suministros de bienes o ejecuciones de obras, o de concesiones de obras o de servicios, que, a cambio de una compensación tarifaria, se realiza a un poder adjudicador por una entidad instrumental, ya sea de derecho público o privado, que presenta una relación de dependencia respecto de aquel, previo encargo.

Para ello, siguiendo la estela de la Directiva 2014/24/UE, la LCSP recoge los requisitos exigibles para que pueda acudir a la figura jurídica de los encargos<sup>36</sup>: control análogo sobre el adjudicatario al que puede ejercer el poder adjudicador sobre sus propios servicios; más del 80 por 100 de las actividades del ente destinatario del encargo se lleven a cabo para el poder adjudicador que hace el encargo; y, cuando el ente destinatario del encargo sea un ente de personificación jurídico-privada, además, la totalidad de su capital o patrimonio tendrá que ser de titularidad o aportación pública.

Cabe resaltar especialmente el art. 32 de la LCSP que recoge la regulación axial de los encargos a medios propios, estableciendo las siguientes especialidades no previstas en la Directiva 2014/24/UE:

1. La contraprestación al medio propio por la ejecución del encargo se define como una compensación, que debe establecerse por referencia a tarifas aprobadas por la entidad pública de la que depende dicho ente instrumental cuando este ente ejecute directamente los encargos. Cuando, por el contrario, se subcontraten con empresarios particulares, la compensación se fijará atendiendo al coste

---

sus normas de creación o en sus estatutos y, en consecuencia, un aumento muy considerable de este tipo de relaciones que, en la medida en que su objeto sea la realización de prestaciones propias de los contratos públicos u otro tipo de negocios sujetos a principios, como se ha reiterado, de publicidad, transparencia y concurrencia, a juicio de este Centro y por las excepciones que implica, deberían ser de utilización excepcional».

<sup>35</sup> Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público.

<sup>36</sup> El preámbulo de la LCSP señala que: «En la Ley, siguiendo las directrices de la nueva Directiva de contratación, han aumentado las exigencias que deben cumplir estas entidades, con lo que se evitan adjudicaciones directas que pueden menoscabar el principio de libre competencia. Se encuentran aquí requisitos tales como que la entidad que tenga el carácter de “medio propio” disponga de medios personales y materiales adecuados para cumplir el encargo que se le haga, que haya recabado autorización del poder adjudicador del que dependa, que no tenga participación de una empresa privada y que no pueda realizar libremente en el mercado más de un 20 por ciento de su actividad».

efectivo soportado por el medio propio para las actividades objeto del encargo. Dichas tarifas se calcularán de manera que representen los costes reales de realización de las unidades producidas directamente por el medio propio [apdo. 2.a)].

2. La condición de medio propio de la entidad destinataria del encargo respecto del concreto poder adjudicador que hace el encargo deberá reconocerse expresamente en sus estatutos o actos de creación, previo cumplimiento de dos requisitos [apdo. 2.d)]: primero, la conformidad o autorización expresa del poder adjudicador respecto del que vaya a ser medio propio; y segundo, la verificación por la entidad pública de que dependa el ente que vaya a ser medio propio, de que cuenta con medios personales y materiales apropiados para la realización de los encargos de conformidad con su objeto social. Los referidos estatutos o acto de creación del ente destinatario del encargo deberán contener una serie de exigencias concretas<sup>37</sup>.
3. El incumplimiento sobrevenido de cualquiera de los requisitos exigidos por la LCSP comportará la pérdida de la condición de medio propio y, en consecuencia, la imposibilidad de seguir efectuando encargos a la persona jurídica afectada, sin perjuicio de la conclusión de los encargos que estuvieran en fase de ejecución (apdo. 5).

La LCSP afirma que los encargos atribuidos bajo las condiciones prescritas, no tendrán la consideración jurídica de *contrato*, debiendo únicamente cumplir las siguientes normas (apdo. 6):

- a) El medio propio personificado deberá haber publicado en la Plataforma de Contratación correspondiente su condición de tal; respecto de qué poderes adjudicadores la ostenta; y los sectores de actividad en los que, estando comprendidos en su objeto social, sería apto para ejecutar las prestaciones que vayan a ser objeto de encargo.
- b) El encargo deberá ser objeto de formalización en un documento que será publicado en la Plataforma de Contratación correspondiente cuando supere los 50.000 euros (la información relativa a los encargos de importe superior a 5.000 euros deberá publicarse al menos trimestralmente)<sup>38</sup>. El documento de formalización establecerá el plazo de duración del encargo.
- c) Los órganos que tengan la condición de poder adjudicador necesitarán autorización del Consejo de Ministros cuando el importe del gasto que se derive del encargo, sea igual o superior a doce

<sup>37</sup> «El poder adjudicador respecto del cual tiene esa condición; precisar el régimen jurídico y administrativo de los encargos que se les puedan conferir; y establecer la imposibilidad de que participen en licitaciones públicas convocadas por el poder adjudicador del que sean medio propio personificado, sin perjuicio de que, cuando no concurra ningún licitador, pueda encargárseles la ejecución de la prestación objeto de las mismas».

<sup>38</sup> La información a publicar para este tipo de encargos será, al menos, su objeto, duración, las tarifas aplicables y la identidad del medio propio destinatario del encargo, ordenándose los encargos por la identidad del medio propio.

millones de euros. También en las modificaciones de esos mismos encargos cuando superen el 20 por 100 del importe del encargo.

En cuanto los negocios jurídicos que los medios propios celebren en ejecución del encargo, la LCSP también determina su regulación, estipulando que<sup>39</sup> (apdo. 7):

- a) El contrato quedará sometido a la LCSP de acuerdo con la naturaleza de la entidad que los celebre y el tipo y valor estimado de los mismos. En todo caso, cuando el medio propio no sea un poder adjudicador se le aplicarán las normas que rigen los contratos de los poderes adjudicadores que no tienen la condición de Administraciones Públicas<sup>40</sup>.
- b) El importe de las prestaciones parciales que el medio propio puede contratar con terceros no excederá del 50 por 100 de la cuantía del encargo (no se consideran prestaciones parciales las que el medio propio adquiera a otras empresas cuando se trate de suministros o servicios auxiliares o instrumentales que no constituyen una parte autónoma y diferenciable de la prestación principal, aunque sean parte del proceso necesario para producir dicha prestación)<sup>41</sup>. Excepcionalmente puede superarse este porcentaje siempre que el encargo se base en razones de seguridad, en la naturaleza de la prestación que requiera un mayor control en la ejecución de la misma, o en razones de urgencia que demanden una mayor celeridad en su ejecución (justificación que acompañará al documento de formalización del encargo y se publicará en la Plataforma de Contratación correspondiente).

Finalmente, no hay que olvidar que el art. 86 (*Medio propio y servicio técnico*) de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público<sup>42</sup> (en adelante, LRJSP), establece los requisitos que, como entidad del sector público, debe reunir un medio propio. De acuerdo con el mismo, además de reunir los requisitos de la LCSP antes expuestos, la entidad debe acreditar que dispone de medios suficientes e idóneos para realizar prestaciones en el sector de actividad que se corresponda con su objeto social de acuerdo con su norma o acuerdo de creación. Asimismo, debe darse alguna de las dos circunstancias siguientes y que ha de acreditarse en el control de eficacia<sup>43</sup>:

<sup>39</sup> Este aspecto ha sido recientemente modificado: el apartado 7 del art. 32 de la LCSP ha sido modificado por la Disposición Final 44.1 de la Ley 6/2018, de 3 de julio, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2018.

<sup>40</sup> Título I del Libro Tercero de la LCSP.

<sup>41</sup> Se prevén excepciones para: los contratos de obras que celebren los medios propios a los que se les haya encargado una concesión (de obras o de servicios), cuando la gestión del servicio público se efectúe mediante la creación de entidades de derecho público destinadas a este fin, ni a aquellos en que la misma se atribuya a una sociedad de Derecho privado cuyo capital sea 100 por 100 público. Tampoco en determinados casos de prestación de servicios informáticos y tecnológicos a la Administración Pública.

<sup>42</sup> Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público.

<sup>43</sup> La acreditación en cuestión se ha de realizar en una memoria justificativa que acompañará la propuesta de declaración de medio propio y servicio técnico, informada por la intervención general.

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

Como mecanismo adicional de publicidad, el art. 82 (*El Inventario de Entidades del Sector Público Estatal, Autonómico y Local*) de esta misma Ley, prevé que los medios propios de cada Administración territorial figuren con tal carácter en su correspondiente Inventario de Entidades del Sector Público.

En definitiva, nuestro ordenamiento regula en diferentes leyes (LRJSP y LCSP) las figuras de los medios propios y de los encargos a los mismos, como forma de aprovisionamiento público que tiene como consecuencia evitar recurrir a un procedimiento de adjudicación de prestaciones en régimen de concurrencia competitiva. Los requisitos legales para su utilización tienen por finalidad evitar su uso fraudulento y la creación de prácticas cuasi monopolísticas injustificadas, incompatibles con los principios del mercado interior, y en detrimento del principio de libre competencia.

Para cerrar este apartado, queremos hacer referencia a la permanencia de la figura de la encomienda de gestión en el Derecho administrativo español, si bien su contenido ya excluye sin duda, por el objeto, las relaciones *in-house*. En efecto, si bien la definición del nuevo art. 11.1, párrafo 1.º, de la LRJSP (*Encomiendas de gestión*) es la misma que la del art. 15.1 de la Ley 30/1992<sup>44</sup>, ahora se añade un párrafo 2.º que excluye toda posibilidad de identificación con los encargos a medios propios: «Las encomiendas de gestión no podrán tener por objeto prestaciones propias de los contratos regulados en la legislación de contratos del sector público. En tal caso, su naturaleza y régimen jurídico se ajustará a lo previsto en esta».

Razones de eficacia o carencia de medios idóneos justifican este apoyo que unos órganos o entidades de Derecho público prestan a otros. Se trata de una suerte de cooperación público-pública mediante la ejecución de prestaciones que, objetivamente, estén excluidas del ámbito de aplicación de la LCSP, que las excluye expresamente de su ámbito de aplicación en su art. 6.3. En todo caso, parece que la virtualidad práctica de esta figura resulta bastante limitada.

Por otra parte, también quedan excluidos los convenios entre entidades del sector público que sean poderes adjudicadores regulados en el art. 6.1

---

Además, en la denominación de las entidades que tengan la condición de medio propio deberá figurar necesariamente la indicación «Medio Propio» o su abreviatura «M. P.».

<sup>44</sup> «La realización de actividades de carácter material o técnico de la competencia de los órganos administrativos o de las Entidades de Derecho Público podrá ser encomendada a otros órganos o Entidades de Derecho Público de la misma o de distinta Administración, siempre que entre sus competencias estén esas actividades, por razones de eficacia o cuando no se posean los medios técnicos idóneos para su desempeño».

de la LCSP cuando, también por el objeto, no se pueda considerar un contrato<sup>45</sup>. Los requisitos que se exigen son los establecidos en el art. 12.4 de la Directiva, al que se añade el referido criterio objetivo que la Directiva no exige expresamente.

Por último, se desea también hacer referencia a la exclusión del ámbito de aplicación de la LCSP establecida en el art. 6.2<sup>46</sup>. Se refiere a «convenios» con personas del sector privado cuyo objeto no sea el de los contratos públicos.

Por la regulación en el art. 6.1 (convenios entre entidades del sector público) podría parecer que el supuesto del art. 6.2 es equiparable (entre el sector público y el privado) dado que el hecho de que en ambos casos exista una exclusión objetiva debería de bastar por sí misma para que la LCSP no sea aplicable a ninguna de ellas.

Sin embargo, no puede serlo. En efecto, por un lado, el caso del art. 12.4 de la Directiva 2014/24/UE (que parece que es el que se traspone en el art. 6.1 LCSP) ha de partir de un contrato objetivamente sujeto a la misma, que esta excluye cuando se verifiquen las condiciones establecidas. De hecho, cabría incluso pensar si, dada la exclusión objetiva, resulta necesario imponer los requisitos previstos en el referido art. 12.4 de la Directiva, así como cuestionarse qué diferencia habría entre el caso del art. 6.1 LCSP y el del art. 11.1, párrafo 1.º, de la LRJSP. Por otro lado, cuando se trata de una persona del sector privado (caso del art. 6.2 LCSP), como ya hemos visto, nunca es aplicable la excepción *in-house* a las relaciones objetivamente sujetas a la Directiva, sin perjuicio de que se puedan beneficiar, en su caso, de otras exclusiones previstas.

### III. CONCLUSIONES DEL INFORME DE LA CNC DE 2013

Sin perjuicio de la evaluación jurisprudencial y normativa de esta figura, el impacto del uso de los medios propios, por sus efectos en la competencia, ha sido siempre cuestión de interés para la Autoridad de Competencia. Prueba de ello, es el Informe denominado «Los medios propios y las encomiendas de gestión: implicaciones de su uso desde la óptica de la promoción de la competencia»<sup>47</sup> (CNC, 2013), cuyo objeto fue analizar el impacto para la competencia derivado del uso sistemático de estas figuras<sup>48</sup>.

<sup>45</sup> «Cuyo contenido no esté comprendido en el de los contratos regulados en esta Ley o en normas administrativas especiales».

<sup>46</sup> «Estarán también excluidos del ámbito de la presente Ley los convenios que celebren las entidades del sector público con personas físicas o jurídicas sujetas al derecho privado, siempre que su contenido no esté comprendido en el de los contratos regulados en esta Ley o en normas administrativas especiales».

<sup>47</sup> Disponible en la *web* de la CNMC, *Informe sobre los medios propios y las encomiendas de gestión: implicaciones de su uso desde la óptica de la promoción de la competencia*, 2013. Debe advertirse que las encomiendas de gestión analizadas en el marco temporal del Informe hoy serían calificadas como encargos a medios propios en virtud de la nueva calificación que otorga la nueva LCSP.

<sup>48</sup> El mencionado informe analizó la actividad de cinco entidades de la Administración General del Estado considerados medios propios (Tragsa y las filiales de su Grupo: Ineco, Isdefe, Red.es y

Fruto del análisis extenso y riguroso sobre el empleo de esta figura, la CNC pudo advertir que el recurso a los medios propios era muy extendido en las distintas Administraciones Públicas objeto de su estudio y verificó que esta práctica produce una serie de impactos sobre la competencia. Principalmente, destaca la ausencia de tensión competitiva propia de la competencia por el mercado en que consiste la licitación y el consecuente cierre del acceso a otros operadores distintos del medio propio, como proveedores de bienes y servicios al sector público. Es más, señaló que este cierre puede verse agravado y afectar a la competencia dinámica en el mercado en sectores donde la Administración es un importante demandante de bienes y servicios, o cuando el contenido de la encomienda se define de forma generosa tanto en su objeto —englobando de forma genérica distintas prestaciones—, como en la determinación de su duración.

En igual sentido, destacó como restrictivo la relajación de los requisitos de información y publicidad, en particular cuando parte de la prestación encomendada al medio propio es, a su vez, «subcontratada» por este a otros operadores. Por otra parte, señaló que la ausencia de información del mercado desincentiva al demandante público a comparar otras modalidades de aprovisionamiento, así como tampoco permite conocer la eficiencia en el desempeño de los medios propios, ni estática ni dinámicamente.

Todas estas restricciones a la competencia identificadas en el Informe conllevan una serie de riesgos para el sistema de aprovisionamiento público que fueron analizados igualmente por la CNC. De forma destacada, la determinación de las tarifas y condiciones de las encomiendas, a diferencia de los procedimientos de licitación donde se permite la interacción competitiva entre distintos operadores para determinar dichas variables, se fijan unilateralmente con anterioridad al encargo y sin capacidad de minorar las asimetrías de información entre demandante y proveedor por mecanismos de mercado, de ahí que el riesgo de mantener o incrementar las ineficiencias sea elevado. Además, se observó que el recurso sistemático a los medios propios puede perjudicar a la estructura de la oferta en la medida en que se limita el acceso y expansión de terceros operadores en el mercado, así como a la neutralidad competitiva entre los medios propios y sus competidores privados, ya activos en el mercado.

Por otro lado, el Informe recoge entre sus conclusiones la necesidad de que, tanto la creación de medios propios como el mantenimiento de dicha condición, sean decisiones que deben estar justificadas rigurosamente. En este sentido, tales decisiones deben ir precedidas de un adecuado análisis de los efectos sobre la competencia que pueden comportar, así como la justificación de su necesidad y proporcionalidad.

---

su filial Inteco) y a sus poderes adjudicadores (Ministerios de adscripción), por ser significadamente activos en el sector de la consultoría técnica de proyectos. Se escogió este sector por considerar que en el mismo existe una pluralidad de prestadores privados que ofertan servicios similares a los encomendados a los medios propios señalados.

Finalmente, la CNC concluye que igualmente debe ser objeto de justificación rigurosa, caso a caso, la utilización de las encomiendas, y confrontándose con el perjuicio para la competencia. De esta forma, la elección de la encomienda frente al aprovisionamiento mediante operadores privados a través de procesos de licitación pública, debe responder a elementos de eficiencia, racionalidad económica y, por lo menos, a una mayor eficacia administrativa. Se critica en particular el caso en que, tras la adjudicación de la encomienda, se produce la «subcontratación» de buena parte de la misma.

#### IV. ANÁLISIS Y REFLEXIONES DESDE LA ÓPTICA DE PROMOCIÓN DE LA COMPETENCIA

Las exigencias que debían cumplir los encargos a los medios propios personificados no han sido en el pasado todo lo efectivos que deberían, a tenor de las conclusiones del informe de la CNC de 2013.

Debido a los innegables efectos que la extralimitación en su empleo conlleva sobre la competencia efectiva, bajo las advertencias de la Autoridad de Competencia, se esperaba la llegada de la nueva Ley de Contratos como una oportunidad para poner coto a tales prácticas.

La CNMC en el Informe referente al «Anteproyecto de Ley de Contratos del Sector Público» cuestiona el texto por ampliar la vía de la cooperación (horizontal y vertical) a través de figuras afines a la contratación pública y recomienda que ambas figuras se interpreten restrictivamente por cuanto suponen mecanismos de escape a la exigencia de salvaguarda de la libre competencia y posibles pérdidas de eficiencia.

Si bien, advertimos en la nueva regulación notables mejoras con respecto a la regulación anterior (TRLCSJP), lo cierto es que el nuevo texto incorpora algunas otras carencias que tienen un impacto desde la óptica de competencia que trataremos en el presente epígrafe.

##### A. AUSENCIA DE NECESIDAD ANÁLISIS DE EFICIENCIA TANTO PARA LA CONDICIÓN DE MEDIO PROPIO COMO PARA CADA ENCARGO

Pese a que, como hemos visto, el art. 86.2.a) de la LRJSP, establece como una de las dos vías para que una entidad acceda a la consideración de medio propio el que «sea una opción más eficiente que la contratación pública»: cabe acudir a otra opción alternativa (seguridad jurídica o urgencia en la necesidad) y, además, no se fijan parámetros claros de comprobación que permitan asegurar que la opción es más eficiente. No obstante, es un avance en la línea de lo recomendado por la CNC en el Informe de 2013.

Adicionalmente, no se exige justificación de esta circunstancia para cada encargo, es decir, para la atribución directa de cada prestación. Consideramos que esto sería mucho más beneficioso desde la perspectiva de

competencia, dado que permitiría observar, caso a caso, si el recurso a esta figura resulta adecuado. Incluso, si se emplea el encargo de forma recurrente sería posible medir las eventuales ganancias en eficiencia a lo largo del tiempo.

A este respecto, hemos de recalcar que el hecho de que exista un medio propio a disposición de un determinado poder adjudicador constituye una opción de este, no una obligación. Es decir, pese a disponer de la posibilidad de atribuir un encargo, el poder adjudicador puede perfectamente acudir a la licitación pública de las prestaciones que requiere. Este aspecto ha sido puesto de manifiesto también por la jurisprudencia del TJ<sup>49</sup>: la relación *in-house* permite no recurrir a la licitación de la prestación, pero no se impone la exclusión de licitar como un contrato sujeto a las normas.

## B. PROBLEMAS EN LA DETERMINACIÓN DE EXISTENCIA DE CONTROL ANÁLOGO

Hemos visto que el art. 12.2 de la Directiva 2014/24/UE prevé dos casos novedosos, que se recogen como reflejo en el art. 32.3 de la LCSP, en que se permite la inaplicación de los procedimientos previstos en aquella: las relaciones *in-house* de *hijo a padre* y *entre hermanos*.

En estos dos casos, es necesario cuestionar la existencia del requisito del control análogo. En particular, en el segundo supuesto (de *hijo a padre*), cabe discutir incluso también que se verifique el requisito de que la entidad matriz desarrolle la parte esencial de su actividad para la entidad controlada adjudicadora.

Ambos supuestos se consideran novedosos, dado que el Tribunal de Justicia no se ha pronunciado sobre ninguno de ellos reconociendo que sean aceptables. No obstante, el caso de la relación *in-house* horizontal se planteó en la STJ en el asunto C-15/13, *Datenlotsen Informationssysteme*, donde, pese a la opinión favorable del Abogado General en sus conclusiones, con ciertas condiciones, el TJ se pronunció en contra de extender la

---

<sup>49</sup> Véase la STJ en el asunto C-573/07, *Sea*, apartado 36: «Según la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, una licitación no es obligatoria en caso de contrato a título oneroso celebrado con una entidad jurídicamente distinta de la autoridad local que es la entidad adjudicadora en el supuesto de que esta entidad territorial ejerza sobre dicha entidad un control, aunque el contratante sea una entidad jurídicamente distinta de la entidad adjudicadora, en el supuesto de que la entidad territorial, que es la entidad adjudicadora, ejerza sobre la entidad distinta de que se trate un control análogo al que ejerce sobre sus propios servicios y de que esta entidad realice la parte esencial de su actividad con la entidad o las entidades que la controlan (véase, en este sentido, la Sentencia de 18 de noviembre de 1999, *Teckal*, C-107/98, rec. p. I 8121, apdo. 50)».

En la misma línea, véase la sentencia en el asunto C-220/05, *Jean Auroux*, apartado 63: «Es cierto que, conforme a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, la licitación no es necesaria para los contratos celebrados entre un ente territorial y una persona jurídicamente distinta de este conforme a los cuales es preciso que, a la vez, el ente territorial ejerza sobre la persona de que se trate un control análogo al que ejerce sobre sus propios servicios y esta persona realice la parte esencial de su actividad con el ente o los entes que la controlan (véanse las sentencias *Teckal*, antes citada, apdo. 50, y de 13 de enero de 2005, *Comisión/España*, C-84/03, rec. p. I-139, apdos. 38 y 39)».

excepción más allá de lo exigido por la jurisprudencia (apdos. 28 a 30)<sup>50</sup>. Además, indicó que no se verificaba el control análogo de la matriz sobre la entidad adjudicataria (apdo. 31)<sup>51</sup>.

Por otra parte, resulta cuestionable que se pueda permitir estas excepciones, al menos la vertical ascendente, sobre la base de la doctrina *in-house*. Pensemos por ejemplo en lo absurdo del requisito del control análogo: o bien es descendente (lo cual parece intuitivo), o bien es ascendente (lo cual parece contraintuitivo), pero difícilmente pueden darse ambos simultáneamente partiendo de la base de que ha de darse una relación jerárquica. Adicionalmente, la fijación de la contraprestación y de las condiciones del encargo *¿correspondería su determinación por una entidad controlada a una matriz, la cual, por definición, es la que debe ejercer el control sobre la referida entidad controlada?*

La CNMC ya advirtió en su Informe referente al «Anteproyecto de Ley de Contratos del Sector Público» sobre los riesgos que pueden derivarse de la puesta en marcha de esta figura, observándose difícil la aplicabilidad práctica de los requisitos exigidos a los encargos descendentes (control o fijación de tarifas entre otras cuestiones).

En este sentido, la STJ en el asunto C-295/05, *Asemfo/TRAGSA*, apartado 54, estableció la ausencia de capacidad de la entidad controlada para decidir sobre el encargo ni la fijación de la tarifa como elemento en favor de aceptar la excepción *in-house*<sup>52</sup>. Por el contrario, debido a la ausencia de control que ostenta una entidad controlada a su entidad matriz, difícilmente va a poder fijarle la tarifa o las condiciones, sino que más bien sería la entidad matriz la que determinaría para sí misma, de forma indirecta, el contenido del encargo.

En otro orden de cosas, planteamos que la presunción establecida en el art. 32.2.a), párrafo 2.<sup>o</sup><sup>53</sup>, puede no verificar las exigencias del concepto

<sup>50</sup> Apartados 28 a 30:

«28. En el litigio principal, ha quedado acreditado que no existe ninguna relación de control entre la Universidad, que es la entidad adjudicadora, e HIS, que es la adjudicataria. En efecto, la Universidad no tiene ninguna participación en el capital de dicha entidad ni ningún representante legal en sus órganos de dirección.

29. Por consiguiente, la razón que justifica el reconocimiento de la excepción por lo que respecta a las adjudicaciones denominadas “*in house*”, a saber, la existencia de un vínculo interno específico entre la entidad adjudicadora y la adjudicataria, no se da en una situación como la del litigio principal.

30. Por tanto, esa situación no puede estar cubierta por la antedicha excepción, salvo que los límites de la aplicación de la excepción, claramente circunscritos por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, se extiendan de un modo que puede reducir significativamente el alcance del principio enunciado en el apartado 24 de la presente sentencia».

<sup>51</sup> «Por lo demás, procede señalar que, en cualquier caso, sobre la base de los elementos de los autos remitidos al Tribunal de Justicia y a la luz de la jurisprudencia anteriormente expuesta, la Ciudad de Hamburgo no puede ejercer sobre la Universidad un “control análogo”».

<sup>52</sup> «Procede observar que, si Tragsa no goza de libertad alguna ni con respecto al curso que debe dar a un encargo formulado por las autoridades competentes ni en cuanto a la tarifa aplicable a sus prestaciones, afirmación que incumbe verificar al órgano jurisdiccional remitente, no se cumple el requisito de aplicabilidad de las Directivas examinadas relativo a la existencia de un contrato».

<sup>53</sup> «En todo caso se entenderá que el poder adjudicador que puede conferirle encargos ostenta sobre el ente destinatario del mismo un control análogo al que ejerce sobre sus propios servicios o

de control análogo exigidas por la jurisprudencia del TJ. En efecto, los motivos por los que se puedan incluir en los estatutos o el acto de creación de una entidad la obligación de ejecutar encargos a requerimiento de otras entidades pueden ser diversos, pero el hecho de obliguen al medio propio a ejecutarlos no tiene por qué implicar lo que sí impone la Directiva 2014/24/UE: que ejerza una influencia decisiva sobre objetivos estratégicos y decisiones significativas de la persona jurídica controlada a la que se atribuye el encargo.

### C. COMPROBACIÓN DEL UMBRAL DEL 80 POR 100 DE LAS ACTIVIDADES DEL MEDIO PROPIO DESTINADAS AL PODER ADJUDICADOR QUE REALIZA EL ENCARGO

La explicitación de este umbral del 80 por 100 de las actividades del medio propio en favor de la(s) entidad(es) que la controla(n), como límite para aceptar la aplicación de la doctrina *in-house* [arts. 12.1.b) y 12.3.b) de la Directiva 2014/24/UE, y arts. 32.2.b) y 32.4.b) de la LCSP], nos genera dudas.

Por un lado, en cuanto al método de cálculo de dicho porcentaje: pese a que la LCSP relaciona algunos, como el promedio del volumen global de negocios, los gastos soportados por los servicios prestados al poder adjudicador u «otro indicador alternativo de actividad». Con independencia del método aplicado, el mismo deberá estar referido a los tres ejercicios anteriores al de la formalización del encargo y, si no fuera posible, hay que justificar que el nivel de actividad se corresponde con la realidad, en especial mediante proyecciones de negocio. Observamos que la LCSP se asienta sobre criterios abiertos y ambiguos y adolece de imprecisión en cuanto a la metodología de cálculo válida.

En este sentido, la CNMC en el referido Informe sobre el «Anteproyecto de Ley de Contratos del Sector Público» cuestionó la imprecisión a la hora de calcular este porcentaje de las actividades que el ente destinatario del encargo, recomendando una mayor aclaración sobre cómo proceder a dicho cálculo, así como sobre el concepto de «otro indicador alternativo de actividad que sea fiable».

Por otro lado, existe un ámbito que puede resultar más laxo en cuanto a su cómputo y control, cual es el de las operaciones que realicen los medios propios fuera de la UE. En la medida en que la Directiva 2014/24/UE no distingue en ningún momento si las actividades realizadas por los medios propios se efectúan dentro de la UE o fuera, y teniendo presente que la posición ganada como medio propio a nivel nacional, derivada de su natura-

---

unidades cuando él mismo o bien otro u otros poderes adjudicadores o personas jurídicas controlados del mismo modo por el primero puedan conferirle encargos que sean de ejecución obligatoria para el ente destinatario del encargo por así establecerlo los estatutos o el acto de creación, de manera que exista una unidad de decisión entre ellos, de acuerdo con instrucciones fijadas unilateralmente por el ente que puede realizar el encargo».

leza de entidad pública con un mercado cautivo (el de los encargos), puede servir para reforzar la posición competitiva del medio propio en el exterior, debería prestarse especial atención a este aspecto. Además, las empresas de los Estados miembros también compiten por el mercado exterior, por lo que cualquier beneficio a estos efectos tendrá repercusión en el mercado interior.

D. RECONOCIMIENTO ESTATUTARIO EXPRESO O EN LOS ACTOS DE CREACIÓN; DISPOSICIÓN DE MEDIOS APROPIADOS Y PRESTACIONES PARCIALES

El art. 32.2.d) LCSP establece una serie de exigencias no impuestas por la Directiva 2014/24/UE. En primer término, se exige conformidad o autorización expresa del poder adjudicador respecto del que vaya a ser medio propio; asimismo, se exige que, conforme a su objeto social, el medio propio disponga de medios adecuados para realizar los encargos; y que los estatutos del medio propio contengan una serie de elementos mínimos.

Lo primero que hay que indicar es que la LCSP avanza en la dirección correcta. Cuanto mejor se delimite el ámbito de los medios propios, menos riesgos de arbitrariedad y abuso de la figura se podrán dar. No obstante, no debe bastar la exigencia de requisitos meramente formales, que pueden suponer cargas administrativas, para seguir haciendo las cosas de la misma manera.

Por ejemplo, la LCSP exige que el medio propio disponga de medios *adecuados*, y la LRJSP establece que debe disponer de medios *suficientes e idóneos* lo que podría no resultar equivalente. Pero, en cualquier caso, esta verificación solo se exige en el momento de su creación. Si, por el contrario, la verificación se hiciese en relación con cada encargo, no sería necesario permitirle expresamente la posibilidad de realizar contrataciones parciales de hasta un 50 por 100 del valor del encargo. Además, la disposición de medios adecuados se presume en caso de que ostente la clasificación concreta para la realización del encargo, lo que no parece admitir prueba en contrario. Adicionalmente, salvo en este supuesto, no se expresa en ningún punto cómo se va a acreditar la referida disposición de medios adecuados, por lo que previsiblemente quedará al arbitrio de la entidad de la que depende el admitir que cuenta con dichos medios, lo que no parece imparcial, dado que esa entidad tiene incentivos para pronunciarse favorablemente. Lo anterior se ve matizado positivamente por el hecho de que, en la Administración General del Estado, sea la Intervención la que deba informar sobre este aspecto.

En cuanto a los negocios jurídicos en ejecución de los encargos, prevista en el art. 32.7 LCSP, también se considera que la regulación que se establece avanza en la dirección correcta.

La sujeción de los referidos negocios jurídicos a la LCSP en los términos que corresponda según sus características, es una garantía de mínimos, reforzada por la sujeción, en todo caso, a las normas correspondientes a los

contratos de los poderes adjudicadores que no tengan la condición de Administraciones Públicas. Con esto se acota la huida del Derecho administrativo parcialmente, pese a que se permite reducir hasta ese nivel la sujeción que, de haberse adjudicado por una Administración, habría habido.

Por otro lado, si bien se limita la posibilidad de contratar con terceros hasta un 50 por 100 de la cuantía del encargo, lo que evitaría los encargos en los que el medio propio sea un mero intermediario, se permite, equivalentemente, contratar hasta el otro 50 por 100, lo que demostraría, al menos, una de las dos cosas siguientes: o bien resulta más eficiente la realización de la prestación por parte de terceros (al menos parcialmente), o bien el medio propio no dispone de los medios suficientes para ejecutar el encargo por sí mismo (como hemos visto más arriba). En ambos casos podría parecer que se incumpliría alguna de las exigencias de la LCSP en el sentido expuesto anteriormente, al menos en cuanto a su finalidad.

Por último, existe una serie de casos en que no se aplica el límite indicado (por ejemplo, en todas las concesiones), sin que parezca, a priori, que exista una justificación objetiva clara, o, en todo caso, expresa.

## E. RÉGIMEN TARIFARIO

Como se ha indicado anteriormente, el art. 32.2.a) LCSP establece que la contraprestación al medio propio por la realización del encargo se define como una compensación. A este respecto, se ha de indicar que, si con ello se pretende demostrar que no se trata de un precio para evitar la calificación del negocio jurídico como oneroso, tal y como ha establecido la jurisprudencia del TJ, eso resulta irrelevante. En efecto, como se indica en STJ en el asunto C-159/11, *Azienda Sanitaria Locale di Lecce*, apartado 29:

«En tercer lugar, como expuso la Abogado General en los puntos 32 a 34 de sus conclusiones, y como se deriva del sentido normal y habitual de los términos “con carácter oneroso”, un contrato no deja de ser un contrato público por el mero hecho de que su retribución se limite al reembolso de los gastos soportados por la prestación del servicio pactado».

Por ello, se desea recalcar que es la ausencia de dos o más voluntades distintas la que permite que estemos ante un negocio jurídico excluido de la aplicación de la Directiva 2014/24/UE, y no la ausencia de onerosidad del mismo.

En segundo lugar, la forma de determinación de las tarifas no resulta eficiente, dado que, en lugar de orientarse a precios de mercado, se establece administrativamente por la entidad que controla al medio propio, y «se calcularán de manera que representen los costes reales de realización de las unidades producidas directamente por el medio propio». Esto lo que garantiza es que se consoliden las ineficiencias que se han ido acumulando a lo largo del tiempo e, incluso, se incrementen, dado que no se opone ninguna evaluación sobre el desempeño del medio propio en la ejecución de los en-

cargos, ni en términos absolutos, ni en términos comparativos con operadores de mercado que ejecutan prestaciones equivalentes. Además, las tarifas de dos medios propios diferentes por los mismos servicios podrían divergir sustancialmente. Lo único positivo en este ámbito es que, al menos, se limita de alguna manera objetiva la cuantía del pago al medio propio.

Únicamente cuando las actividades objeto del encargo se subcontraten con empresarios particulares, las referidas tarifas se fijarán atendiendo al coste efectivo soportado por el medio propio en los casos en que este coste sea inferior al resultante de aplicar las tarifas a las actividades subcontratadas [art. 32.2.a), párr. 3.º LCSP]. Esta es la única medida que podría servir de referencia para promover alguna eficiencia, pero, sin embargo, no se establece que el medio propio deba tender a reducir sus costes en medida equivalente.

Adicionalmente, y en la medida en que la finalidad de la LCSP al determinar de esta forma las tarifas, los medios propios no deberían de generar beneficios por sus operaciones. Más concretamente, solo deberían poder generarlos con las actividades que no deriven de los encargos (como mucho el 20 por 100 del total), cuestión que debería de resultar relativamente sencilla de controlar por quien esté encargado del control de su actividad o, al menos en la actividad de control prevista en el art. 85 de la LRJSP (por ejemplo, en las actuaciones de control de eficacia y supervisión continua, que tomarán en consideración la información económico financiera disponible).

En el caso de que se generasen beneficios por las referidas actividades, cabría plantearse si se está otorgando al medio propio una ayuda de Estado en el sentido del art. 107 del TFUE, por el exceso de compensación de los referidos gastos, en especial si dicho medio propio lleva a cabo operaciones en el mercado, compitiendo con operadores del sector privado.

## F. PUBLICIDAD Y TRANSPARENCIA

Conforme a reiterada jurisprudencia del TJ, el considerando 1 de la Directiva 2014/24/UE establece los principios del TFUE por los que se ha de regir la adjudicación de cualesquiera contratos públicos, incluso por debajo de los umbrales: las libertades básicas del mercado interior y los principios que de estas se derivan, los de igualdad de trato, no discriminación, reconocimiento mutuo, proporcionalidad y transparencia. El propio art. 18.1 de la Directiva 2014/24/UE así lo impone: «Los poderes adjudicadores tratarán a los operadores económicos en pie de igualdad y sin discriminaciones, y actuarán de manera transparente y proporcionada».

La referida jurisprudencia consolidada otorga una importancia axial a los principios de transparencia y publicidad. Como ejemplo, la STJ en el asunto C-410/04, *ANAV*, se expresa de la siguiente manera en su apartado 21:

«Los principios de igualdad de trato y de no discriminación por razón de la nacionalidad implican, en particular, una obligación de transparencia que permita que la autoridad pública concedente se asegure de que los mencionados principios son respetados. Esta obligación de transparencia que recae sobre dicha autoridad consiste en garantizar, en beneficio de todo licitador potencial, una publicidad adecuada que permita abrir a la competencia la concesión de servicios y controlar la imparcialidad de los procedimientos de adjudicación (véanse, en este sentido, las sentencias antes citadas *Te-leaustria* y *Telefonadress*, apdos. 61 y 62, y *Parking Brixen*, apdo. 49)».

La utilidad del principio de transparencia resulta clave para la consecución del mercado interior de la contratación pública, como se expresa en la STJ en el asunto C-231/03, *Coname*, apartado 18: «En efecto, si no existe transparencia, esta última empresa no tendrá ninguna posibilidad real de manifestar su interés en obtener dicha concesión».

La transparencia en la adjudicación de los contratos públicos sirve a una finalidad esencial, conforme se expresa en la STJ en el asunto C-387/14, *Esaprojekt*, apartado 36: «El objetivo de la obligación de transparencia es garantizar que no exista riesgo alguno de favoritismo y de arbitrariedad por parte del poder adjudicador».

Es cierto que las exigencias en materia de transparencia y publicidad se matizan, para los contratos no cubiertos por las Directivas (en particular, cuando no lleguen a los umbrales armonizados), por el concepto de interés transfronterizo<sup>54</sup>.

Como se ha indicado anteriormente, en el Informe sobre Medios propios de la CNC de 2013, la efectividad de estos principios en las encomiendas de gestión dejaba mucho que desear, caracterizándose por la opacidad y la falta de sistemática en la provisión de información.

En este campo, un gran avance fue la entrada en vigor de la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno, que en su art. 8.1.b) establece: «Igualmente, se publicarán las encomiendas de gestión que se firmen, con indicación de su objeto, presupuesto, duración, obligaciones económicas y las subcontrataciones que se realicen con mención de los adjudicatarios, procedimiento seguido para la adjudicación e importe de la misma».

La anterior información, en lo referente a la Administración General del Estado, ha de hacerse pública en el Portal de la Transparencia (art. 10),

---

<sup>54</sup> STJ en el asunto C-159/11, *Azienda Sanitaria Locale di Lecce*, apartado 23: «En primer término, debe señalarse que la aplicación de la Directiva 2004/18 a un contrato público está sujeta al requisito de que el valor estimado de este alcance el umbral fijado en el artículo 7, letra b), de dicha Directiva, teniendo en cuenta el valor normal en el mercado de las obras, suministros o servicios objeto del contrato público. En caso contrario, resultan de aplicación las normas fundamentales y los principios generales del Tratado FUE, en concreto los principios de igualdad de trato y de no discriminación por razón de la nacionalidad, y la obligación de transparencia que de ellos se deriva, siempre que el contrato de que se trate presente un interés transfronterizo cierto habida cuenta, en particular, de su envergadura y del lugar de ejecución (véanse en este sentido, en particular, las Sentencias de 15 de mayo de 2008, *SECAP* y *Santorso*, C-147/06 y C-148/06, rec. p. 1 3565, apdos. 20, 21 y 31 y jurisprudencia citada)».

bajo el control del Consejo de Transparencia y Buen Gobierno. Por primera vez se hacía pública y de forma centralizada la información referente a las encomiendas de gestión atribuidas a medios propios.

La nueva LCSP ahonda en este ejercicio al exigir la publicación en la Plataforma de Contratación correspondiente la información relativa tanto al medio propio [art. 32.6.a)]<sup>55</sup> como a cada encargo individual [art. 32.6.b)], cuando supere los 50.000 euros (en este caso, también se publicarán en el Perfil del Contratante), si bien en los que superen los 5.000 euros se podrán agrupar trimestralmente.

Podemos decir a día de hoy que se ha avanzado en gran medida en los últimos años en materia de publicidad y transparencia en el ámbito de los medios propios. No obstante, podemos observar la existencia de una cierta dispersión de la información, que no resulta coincidente en los diferentes ámbitos (Portal de la Transparencia, Plataforma de Contratación y Perfil del Contratante) y la autonomía de las diferentes administraciones puede dar lugar a mayores dificultades para el acceso a la información y para su presentación y actualización.

Finalmente, dada la gravedad de la adjudicación directa sin publicidad que supondría la atribución de un encargo fuera de los casos previstos por las normas<sup>56</sup>, se podría adoptar una medida que garantizase la necesidad de publicación como requisito para poder ejecutar el contrato. De esta manera se aseguraría la vigencia de los principios de transparencia, publicidad e igualdad de trato y se garantizaría la posibilidad de impugnación.

#### G. RECURSO ESPECIAL EN MATERIA DE CONTRATACIÓN Y CAUSA DE ANULABILIDAD

Destaca, por su novedad, la previsión del art. 44.2.e) LCSP, en virtud del cual es susceptible de recurso especial en materia de contratación «la formalización de encargos a medios propios en los casos en que estos no cumplan los requisitos legales», si bien solo es operativa para encargos cuyos importes superen los umbrales armonizados<sup>57</sup>.

A este respecto, hemos de afirmar lo adecuado de esta disposición, en línea con la referida STJ en el asunto C-26/03, *Stadt Halle*, apartado 34<sup>58</sup>,

<sup>55</sup> Del medio propio se publicará: su condición de tal; respecto de qué poderes adjudicadores la ostenta; y los sectores de actividad en los que, estando comprendidos en su objeto social, sería apto para ejecutar las prestaciones que vayan a ser objeto de encargo.

<sup>56</sup> Véase STJ en el asunto C-26/03, *Stadt Halle*, apartado 37, *infra*.

<sup>57</sup> Resolución del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón, de 4 de julio de 2017 (FJ 2.º) sobre la interposición del recurso contra encargos que hayan sido utilizados para ocultar un contrato «la decisión de formalización del encargo a medios propios, en tanto posible adjudicación ilegal, encajaría en los supuestos legales que son objeto del recurso especial» aplicando los principios generales.

<sup>58</sup> «Habida cuenta de esta jurisprudencia, así como de los objetivos, la estructura y el tenor de la Directiva 89/665 (LCEur 1989, 1895), y con el fin de preservar el efecto útil de esta, es necesario concluir que constituye una decisión recurrible en el sentido del artículo 1, apartado 1, de la Directiva

en virtud de la cual, de no ser recurrible la decisión de no incoar un procedimiento de contratación formal ni la decisión del poder adjudicador acerca de si un contrato público está o no comprendido dentro del ámbito de aplicación de las Directivas:

«Tendría como resultado convertir la aplicación de las normas comunitarias pertinentes en facultativa, según la voluntad de cada entidad adjudicadora, cuando, por el contrario, dicha aplicación es obligatoria si se cumplen los requisitos previstos en estas normas. Una facultad de este tipo podría provocar la infracción más grave del Derecho comunitario en materia de contratos públicos por parte de una entidad adjudicadora» (*Stadt Halle*, apdo. 37).

Por su parte, la STJ en el asunto C-391/15, *Marina del Mediterráneo, S. L.*, apartado 26, recalca que «toda decisión de un poder adjudicador al que se apliquen las normas del Derecho de la Unión en materia de contratación pública, y que sea susceptible de infringirlas, estará sujeta al control jurisdiccional previsto en las Directivas de recursos»<sup>59</sup>.

Sin embargo, con los mismos argumentos, cabe plantearse si no debería también declararse susceptible de impugnación la formalización de un convenio de cooperación horizontal entre entidades públicas, tal como se definen en el art. 12.4 de la Directiva 2014/24/UE, y se transponen en el art. 6.1 de la LCSP, como antes hemos expuesto. Igualmente, las encomiendas de gestión tal y como se definen en el art. 11 de la LRJSP.

En otro orden de cosas, también se declaran impugnables, conforme dispone el art. 44.1, último párrafo, de la LCSP, «los encargos cuando, por sus características no sea posible fijar su importe o, en otro caso, cuando este, atendida su duración total más las prórrogas, sea igual o superior a lo establecido para los contratos de servicios». Este precepto fija indirectamente la duración máxima de los encargos a medios propios, lo cual también se considera un avance significativo en la buena dirección, si bien, en caso de que nadie recurra en tiempo y forma la formalización del encargo en este punto, podría dar lugar a encargos indefinidos impugnables.

Finalmente, el art. 40.c) de la LCSP considera como causa de anulabilidad:

«Los encargos que acuerden los poderes adjudicadores para la ejecución directa de prestaciones a través de medios propios, cuando no observen alguno de los requisitos establecidos en los apartados 2, 3 y 4 del artículo 32, relativos a la condición de medio propio».

---

89/665 cualquier acto de una entidad adjudicadora, adoptado en relación con un contrato público de servicios que esté comprendido dentro del ámbito de aplicación material de la Directiva 92/50 (LCEur 1992, 2431) y que pueda tener efectos jurídicos, con independencia de que este acto se adopte sin un procedimiento formal de contratación pública o en el marco de tal procedimiento».

<sup>59</sup> En particular, la Directiva 89/665/CEE, del Consejo, de 21 de diciembre, relativa a la coordinación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas referentes a la aplicación de los procedimientos de recurso en materia de adjudicación de los contratos públicos de suministros y de obras.

También se acierta al avanzar en los mecanismos de control para el adecuado empleo de esta figura por los poderes adjudicadores. Sin embargo, cabe cuestionarse si, en lo referente a los requisitos de la Directiva 2014/24/UE traspuestos por el art. 32 LCSP, contravenir directamente las disposiciones expresas de una Directiva de la UE, en una excepción a su aplicación, ha de ser objeto solo de una causa de anulabilidad. Asimismo, hay que recordar que la carga de la prueba de que concurren todos los requisitos para la adjudicación directa del encargo recae sobre quienes se han beneficiado del mismo.

## V. CONCLUSIONES FINALES

El recurso a los medios propios implica *per se* una restricción a la competencia, dado que ni existe competencia por el mercado ni tampoco competencia en el mercado, por lo que ha sido un ámbito del aprovisionamiento público en el que la Autoridad de Competencia ha recomendado evitar extralimitaciones en su uso y restringirlo a los casos en los que se evidencia la consecución de eficiencias respecto a otros mecanismo<sup>60</sup>, como la contratación pública, respecto de la cual constituye una excepción.

Del análisis de la evolución normativa y jurisprudencial de los, ahora, denominados encargos a los medios propios (antes encomiendas de gestión), se observan grandes avances en este sentido. Destacamos como aspectos positivos los avances en cuanto a la delimitación de la figura del medio propio y de los encargos, así como la limitación de su empleo a requisitos normativos preestablecidos. Todo ello, pese a la expansión que ha experimentado esta figura en la normativa tanto europea como nacional, a lo que habría que añadir que algunos conceptos quedan abiertos a la discrecionalidad de los poderes adjudicadores, lo que puede implicar una cierta laxitud en su utilización, así como una aplicación asimétrica de los mismos.

No obstante, consideramos que persisten en la regulación de esta figura una serie de carencias que cuestionan su uso o empeoran sus efectos en la competencia.

Como hemos visto en el apartado cuarto, sería deseable, en primer lugar, concebir tanto la creación del medio propio como la realización de encargos al mismo, como una posibilidad que en ambos casos debería estar justificada desde la perspectiva de la eficiencia, de forma que se reduzca el automatismo y la discrecionalidad. Por ello, debería imponerse que tales decisiones del sector público estén precedidas de un adecuado análisis de los efectos sobre la competencia que pueden comportar, así como la justificación de su necesidad y proporcionalidad.

En relación con el requisito del control análogo, observamos una ampliación desmesurada de las posibilidades que se abren, incluso en la propia

---

<sup>60</sup> El poder adjudicador que cuenta con un medio propio puede elegir no optar por el encargo y acudir a la licitación, como hemos indicado anteriormente.

Directiva, siendo cuestionable en algunos casos la ausencia de una clara apoyatura jurisprudencial.

En cuanto al umbral del 80 por 100 de actividades, la ausencia de rigor en su control puede cuestionar la legalidad de la aplicación de la excepción *in-house*.

Pese a la exigencia de disponer de medios adecuados y delimitar la externalización de prestaciones parciales al 50 por 100, lo cual es un avance, debería reforzarse este requerimiento, de forma que se exigiese disponer de medios suficientes y, consecuentemente, restringir al mínimo las posibilidades de externalizar dichas prestaciones parciales.

La orientación a costes en la fijación de tarifas consolida las ineficiencias acumuladas por el medio propio y genera incentivos en el poder adjudicador a favorecer a su entidad controlada. Por otra parte, el riesgo de sobrecompensación como contrapartida por los encargos debería introducir el análisis desde la óptica de ayudas de Estado.

Por otro lado, observamos mejoras significativas en términos de publicidad y transparencia, favoreciendo el general conocimiento de los medios propios y de las prestaciones encargadas por sus poderes adjudicadores, así como incrementando sus posibilidades de control. No obstante, advertimos que la dispersión normativa y de portales de publicación, pueden limitar su potencial. Además, podemos reconocer algunas carencias en materia de publicidad, como son: la ausencia de publicidad de la externalización de las prestaciones parciales, las modificaciones de los encargos fuera del caso previsto expresamente<sup>61</sup>, y la del incumplimiento sobrevenido de los requisitos para ser medio propio.

Acogemos también positivamente la ampliación del objeto de recurso especial y de las causas de anulabilidad en garantía del principio de legalidad y en beneficio de todos los operadores del mercado, aunque solamente se restringe a los casos por encima de los umbrales armonizados y a los encargos a medios propios, con exclusión de otras figuras reconocidas en la LCSP.

En definitiva, en esta contribución se ha podido analizar cómo gran parte de las demandas que la Autoridad de Competencia formuló en su Informe de 2013 han sido atendidas por el legislador y han tenido su reflejo en la nueva LCSP y en el LRJSP. No obstante, a nuestro juicio queda camino por recorrer y deben resolverse algunas cuestiones que han quedado abiertas o imprecisas en nuestro ordenamiento jurídico.

## REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AMOEDO SOUTO, C. (2018): «Los encargos a medios propios e instrumentales ¿hacia un nuevo comienzo?», *Estudio sistemático Ley de Contratos del Sector Público*, Aranzadi.

---

<sup>61</sup> Es el caso de encargo de importe superior a doce millones de euros, que ha de ser aprobado por el Consejo de Ministros [art. 32.6.c) LCSP].

- CNC (2011): *Guía de la CNC sobre contratación pública y competencia*.
- (2013): *Los medios propios y las encomiendas de gestión: implicaciones de su uso desde la óptica de la promoción de la competencia*.
- CNMC, PRO/CNMC/001/15, de 5 de febrero, referente al «Análisis de la contratación pública en España: oportunidades de mejora desde el punto de vista de la competencia».
- CNMC, IPN/CNMC/010/15, de 16 de julio, referente al «Anteproyecto de Ley de Contratos del Sector Público».
- COMISIÓN EUROPEA (2017): *Single Market Scoreboard, Public Procurement Performance, Spain 2017*.
- FRANCO-GARCÍA, M. (2018): «Propósitos y despropósitos sobre los encargos de los poderes adjudicadores a medios propios instrumentales en la ley de contratos del sector público», *Contratación Administrativa Práctica*, núm. 154.
- TRIBUNAL DE CUENTAS (2015): Informe de fiscalización núm. 1088, aprobado el 30 de abril, sobre «Las encomiendas de gestión de determinados Ministerios, Organismos y otras Entidades Públicas».
- (2016): Informe de fiscalización núm. 1197, aprobado el 22 de diciembre, sobre «Informe de fiscalización sobre la utilización de la encomienda de gestión, regulada en la legislación de contratación pública aplicable, por las entidades del sector público autonómico español durante el ejercicio 2013».