

A stylized tree graphic in shades of green. The tree has a thick trunk with a large circular cutout at the bottom. The canopy is composed of numerous branches, each ending in several oval-shaped leaves. The background is a light green gradient.

QD 60

**PONENCIAS,
CRÓNICAS
Y NOTAS**

Encargos de gestión versus encomiendas de gestión

CARMEN ALONSO HIGUERA

Secretaria general del Ayuntamiento de Cornellà de Llobregat

- 1. Introducción**
- 2. Las encomiendas de gestión en la legislación de régimen jurídico**
 - 2.1. Las encomiendas de gestión en la LRJPAC
 - 2.2. Novedades incorporadas en la encomienda de gestión por la LRJSP
- 3. Los encargos a medios propios en la legislación de contratos del sector público**
 - 3.1. Precedentes legislativos y evolución jurisprudencial
 - 3.1.1. Requisitos exigidos por la jurisprudencia del TJCE
 - 3.1.2. Novedades introducidas por la sentencia de 19 de abril de 2007 (asunto TRAGSA)
 - 3.2. Las previsiones del TRLCSP y su origen
 - 3.3. Las previsiones de las directivas comunitarias
 - 3.4. Regulación actual de los encargos a medios propios en la LCSP
 - 3.4.1. Ejecución directa de prestaciones por la Administración con la colaboración de empresarios particulares o a través de medios propios no personificados
 - 3.4.2. Encargos a medios propios personificados
- 4. Bibliografía**

1 Introducción

Además de las formas directas e indirectas de gestión de los servicios públicos locales, de la asistencia técnica de las Administraciones supramunicipales y del eventual uso de las técnicas de delegación intersubjetiva, los municipios también pueden hacer efectiva la eficaz prestación de los servicios y demás actividades de su competencia mediante la utilización de técnicas o instrumentos jurídicos que, como la encomienda de gestión o los encargos a medios propios, implican la transferencia de determinadas funciones, aunque no la

de la titularidad de la competencia o el servicio –cooperación vertical–, o, también, mediante formas asociativas de gestión compartida con otros entes locales o Administraciones, a través de fórmulas colaborativas que pueden dar lugar a la creación de nuevas personas jurídicas dotadas de personalidad jurídica propia y patrimonio independiente, cuando lo que se pretenda sea prestar el servicio conjunta y descentralizadamente de forma estable, de entre las cuales son típicas en nuestro derecho local las mancomunidades de municipios y los consorcios –cooperación horizontal–.

Cuando obedezca a razones o finalidades más coyunturales o se refiera solo a aspectos parciales del servicio, esta actividad conjunta se puede instrumentar, también, en régimen de cooperación horizontal, mediante simples convenios interadministrativos de cooperación o colaboración, en los que, sin dar lugar al nacimiento de una nueva persona jurídica, se regulen los mecanismos necesarios para facilitar la cooperación consensuada entre varios municipios o entre estos y otros niveles de Administración en la prestación de servicios que sean de interés común, lo que no deja de ser un claro reflejo de la aplicación práctica de los principios de eficacia y coordinación que el artículo 103 de la CE impone a todas las Administraciones públicas.

La jurisprudencia ha considerado posible, incluso, la utilización conjunta de diversas técnicas, cooperación horizontal y vertical¹, en la satisfacción del mismo fin público, admitiendo la posibilidad de hacer encargos a medios propios de forma sucesiva a una previa cooperación horizontal –integración del ayuntamiento en un consorcio y posterior encargo de gestión a una sociedad que tiene la consideración de medio propio de este consorcio–, siempre que para ello se cumplan las exigencias de cooperación horizontal entre el ayuntamiento y el consorcio exigidas por el artículo 12.4 de la Directiva de Contratos, y las exigencias de cooperación vertical entre el consorcio y la sociedad que exige su artículo 12.1.

Al igual que sucedía con el concepto de convenio de colaboración, el de encomienda de gestión ha sido siempre objeto de importantes discusiones doctrinales en nuestro derecho, ya que la regulación contenida en su momento en la LRJPAC de esta figura adolecía de falta de precisión y carecía de una

1. La STSJ de Cataluña 21.9.2020, JUR 315312, haciéndose eco de la STSJ de Aragón de 4 de marzo de 2020 –rec. 194/2017–, considera que para que nos encontremos ante una auténtica cooperación horizontal, se han de dar las exigencias contempladas en el artículo 12.4 de la Directiva de Contratos, negando la concurrencia de estos requisitos en una relación ayuntamientos-consorcio, por considerar que no se daba la exigencia de interés común en la finalidad a perseguir por el consorcio, por cuanto mientras para unos ayuntamientos el fin era la prestación asociada de un servicio de abastecimiento de agua, para otros ayuntamientos, que ya lo prestaban de forma directa a través de sus propias empresas municipales de capital íntegramente público, el único interés que se podía identificar era de mercado.

adecuada delimitación respecto de otras figuras afines que estaban reguladas por la legislación contractual, como los actualmente denominados encargos a medios propios, a lo que sin duda contribuía que la legislación de contratos de aquel momento les diera prácticamente la misma denominación que la utilizada por la legislación de régimen jurídico, refiriéndose a este tipo de negocios jurídicos, también, como encomiendas de gestión.

Esta situación, fue denunciada durante muchos años por la doctrina más autorizada, hasta que en un informe del año 2010² el Tribunal de Cuentas puso de manifiesto la necesidad de definir cuidadosamente los supuestos en los que las relaciones entre Administraciones se podían canalizar mediante encomiendas de gestión o encargos a medios propios, y lo elevó a las Cortes en demanda de la adopción de medidas que velaran por la correcta gestión de los fondos públicos, realizando para ello una serie de propuestas concretas, que dieron posteriormente lugar a la aprobación de la Resolución de 18 de diciembre de 2012 de la Comisión Mixta para las relaciones con el Tribunal de Cuentas, en la que se instaba al Gobierno central a realizar esta labor, que posteriormente se materializó en la LRJSP.

Pero no solo fue el Tribunal de Cuentas el que abordó esta cuestión, sino que también el Consejo de Estado se había hecho eco de los problemas que se podían derivar de esta indefinición cuando, al dictaminar el anteproyecto de ley de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno³, recomendó, y así se recogió en la letra b) del artículo 6 del texto finalmente aprobado, que se incluyera una previsión sobre la necesidad de hacer pública la información relativa a las encomiendas de gestión y, muy singularmente, la relativa a su presupuesto, objeto, obligaciones económicas, tarifas de acuerdo con las cuales se establezcan tales obligaciones y la realización, en su caso, de subcontrataciones, con indicación de los adjudicatarios, del procedimiento en virtud del cual deban tener lugar y de los importes de adjudicación.

Y el Consejo de Estado recomendaba en su informe esta regulación, por considerar lo siguiente:

“Una parte relevante de los servicios que pueden ser prestados a las entidades del sector público pueden canalizarse a través de entidades que tengan la condición de medio propio y servicio técnico de las mismas, acudiendo a la figura de la encomienda de gestión (artículos 4.1.n) y 24 del TRLCSP), sin que sea infrecuente que tales entidades subcontraten, a su vez, todo o parte de las prestaciones que las corresponde ejecutar con terceras persona, ajenas al sector público; de este modo, en ocasiones

2. Dictamen núm. 878/2010, de 30 de noviembre.

3. Dictamen núm. 707/2012, de 19 de julio.

puede llegar a soslayarse el cumplimiento de algunas de las exigencias que en materia de publicidad impone el Ordenamiento jurídico a los entes integrantes del sector público o, al menos, atemperarse el rigor con que en otras circunstancias tales obligaciones deben ser atendidas”.

Ello era debido al hecho de que mientras las encomiendas interorgánicas sujetas al régimen jurídico de la entonces vigente LRJPAC tenían que ser objeto de publicidad, las interadministrativas y las realizadas a medios propios que regulaba la legislación contractual no estaban expresamente sometidas a este requisito de publicidad.

Señalado lo anterior a manera de introducción necesaria, realizaremos a continuación un análisis particularizado de la regulación de las encomiendas de gestión en la legislación de régimen jurídico y de la regulación de los encargos a medios propios en la legislación contractual.

2

Las encomiendas de gestión en la legislación de régimen jurídico

2.1

Las encomiendas de gestión en la LRJPAC

La encomienda de gestión es una técnica por la que se transfieren por el órgano competente determinadas funciones relacionadas con el ejercicio de la competencia, manteniendo, en cambio, su titularidad y la responsabilidad derivada de la misma.

Esta técnica tuvo su origen en el artículo 5 de la Ley del Proceso Autonómico, que la contempló como forma de gestión de servicios autonómicos por parte de las diputaciones provinciales por mandato de las comunidades autónomas y que, posteriormente, se recogió en los artículos 8 y 37.1 de la LRBRL, al prever que las comunidades autónomas podían encomendar a las diputaciones provinciales la gestión ordinaria de alguno de sus servicios, pero con sometimiento de estas últimas a las instrucciones que a estos efectos pudieran dictar las primeras.

Más tarde, fue la LRJPAC la norma que generalizó la utilización de esta técnica para todas las Administraciones públicas, al regularla con carácter general en su artículo 15, como técnica en virtud de la cual los órganos administrativos o las entidades de derecho público podían encomendar a otros órganos o entidades, de la misma o distinta Administración, la realización de actividades de carácter material, técnico o de servicios, por razones de eficacia o cuando no se poseyeran los medios técnicos idóneos para su desempeño,

sin que ello supusiera, como señalaba expresamente el propio precepto, ni la transferencia de la titularidad de la competencia, ni tan siquiera la de los elementos sustantivos de su ejercicio, o, lo que es lo mismo, ni la decisión sobre la competencia, ni la responsabilidad de tal decisión, y este era el motivo por el que correspondía al órgano encomendante la responsabilidad de dictar los actos administrativos productores de efectos jurídicos derivados de la actividad material concreta objeto de encomienda, aunque no los de mero trámite⁴.

Se trataba, por tanto, de una forma de mandato o encargo jurídico-público efectuado por una Administración para que otra diferente gestionase servicios de su titularidad, en su nombre y bajo su responsabilidad, con sujeción a tutela orgánica, pues, a diferencia de la delegación, en la que el ente delegado ostenta la capacidad de autoorganización del servicio y actúa en su propio nombre y bajo su propia responsabilidad, sujeto solo a la tutela legal y material del órgano delegante, que mantiene la capacidad de dirigir y controlar el servicio delegado, en la encomienda de gestión, por el contrario, la Administración encomendada actúa como órgano de la encomendante, sujeta a su tutela orgánica, a sus instrucciones generales y particulares y sin capacidad de autoorganización.

Nos encontrábamos, en consecuencia, ante una Administración que se colocaba en una situación de inferioridad respecto de la Administración encomendante, que, como previó en su momento el artículo 6 de la Ley del Proceso Autonómico, puede fijar, respecto del servicio encomendado, módulos de funcionamiento y financiación y determinados niveles de rendimiento.

En la LRJPAC la encomienda de gestión se posibilitaba tanto entre órganos y entidades de la misma Administración, como entre órganos y entidades de una Administración diferente, exigiéndose, en este último caso, la conformidad de ambas partes formalizada mediante la suscripción de un convenio, pero lo cierto es que también en el caso de encomiendas entre órganos administrativos o entidades de la misma Administración se requería una mínima formalidad, al resultar necesaria su formalización por escrito, como presupuesto previo necesario para después poder cumplir el requisito de publicación en el diario oficial correspondiente que exigía la LRJPAC, con la particularidad de que, en este caso, a diferencia de lo que sucede con la delegación entre órganos locales, la publicación se constituía como un requisito determinante de su eficacia a causa de lo que preveía el artículo 15.3 de la LRJPAC.

La LRJPAC contenía, además, una habilitación expresa, de carácter normativo, para que cada Administración y, por tanto, también la local, pudiera

4. STS de 8 de octubre de 2013, RJ 5847.

regular los requisitos necesarios para la validez de estos acuerdos, con los únicos límites que se derivaban de las determinaciones mínimas de la propia Ley, entre ellas, la necesidad de incluir, como mínimo, la obligación de que los acuerdos de encomienda incluyeran la mención expresa de la actividad o actividades a las que afectaba, su plazo de vigencia y la naturaleza y alcance de la actividad encomendada.

Cómo señaló en su momento Luis Ortega⁵, “la encomienda de gestión supone una forma de gestión directa de actividades instrumentales al margen del recurso a la fórmula contractual”. En otras palabras, lo que encargado al sector privado constituiría un contrato administrativo, encargado a órganos o entidades de las Administraciones públicas constituye, siendo lo mismo, una encomienda de gestión. Precisamente por eso el legislador no consideró viable la utilización de esta técnica respecto de personas físicas o jurídicas sujetas al derecho privado, a las que remitió a la vía contractual, aunque con un grado importante de imprecisión, puesto que indujo a confusión cuando a continuación indicó que no se podían encomendar a personas o entidades sujetas al derecho privado actividades que, según la legislación vigente, tuvieran que realizarse con sujeción al derecho administrativo.

Para Luis Ortega, el artículo 15.5 de la LRJPAC había que interpretarlo en el sentido de que lo que este precepto impedía era la utilización de esta encomienda de gestión respecto de personas físicas o jurídicas sometidas al derecho privado, mientras que su último inciso había que entenderlo referido a otros tipos posibles de encomienda de gestión que pudiera regular la legislación sectorial en relación con otras actividades y bajo otro régimen jurídico diferente, respecto de los que el legislador estatal lo único que establecía era una norma básica de obligado cumplimiento por los legisladores sectoriales, consistente en imponer la prohibición de encomendar a este tipo de personas actividades sometidas al derecho administrativo, con el objeto de evitar un uso desviado de estas técnicas que tuviera como único objetivo evadir el derecho administrativo cuando se tratara de una actividad esencialmente pública.

Esta prohibición era de fundamental importancia en el ámbito local, respecto de las sociedades privadas municipales o sociedades mercantiles de capital íntegramente municipal, en la medida en que, en cuanto personas de derecho privado, estarían incluidas dentro del ámbito de la prohibición a la que anteriormente nos hemos referido.

No opinaba así una parte importante de la doctrina⁶, en particular, Fernando Garrido Falla y Elisenda Malaret García. Para el primero, el encargo

5. Leguina y Sánchez (1993: 76-78).

6. Garrido y Fernández (1993: 87); Malaret García (1992: 84, 117).

de gestión de actividades y servicios a entes instrumentales de la Administración sujetos a derecho privado era una práctica jurídica habitual, que es la que da sentido al ente instrumental, por lo que no consideraba aplicable tal prohibición a este tipo de sociedades públicas y entendía que estaba dirigida a las personas físicas y empresas mercantiles de titularidad privada. Para la profesora Malaret, por su parte, la prohibición que contenía el artículo 15.5 de la LRJPAC tampoco era predicable respecto de las empresas de capital íntegramente público, pues para la aplicación de la legislación de contratos hacía falta que el sujeto de derecho privado en cuestión fuera un tercero, y ello por considerar que todo el arsenal de prerrogativas públicas se convertía en innecesario cuando el capital era íntegramente público y la Administración podía, mediante su posición de *dominium*, determinar el comportamiento de la sociedad, sin que en estos casos fuera necesario el *imperium*.

No obstante, en mi opinión⁷ todavía hacía falta distinguir el tipo de empresa pública a la que se dirigía la encomienda, por considerar que no era lo mismo cuando se trataba de una empresa pública para la gestión directa de un servicio público, que cuando se trataba de una empresa pública constituida como instrumento para el ejercicio de actividades económicas en el mercado.

En el caso de las sociedades de servicio público no existe una auténtica encomienda de gestión, ya que la propia empresa municipal constituye una forma de gestión directa a la que nada se encomienda. Simplemente se crea como instrumento para gestionar, de forma directa y descentralizada, un servicio público concreto que constituye su objeto social, fuera de lo cual, nada más se le puede encomendar, si no va esta encomienda precedida de una ampliación del mismo, a fin de dar cabida a la gestión de nuevos servicios públicos previamente establecidos por el ayuntamiento, cuando se hubiera optado por esta forma de gestión. En estos supuestos, además, el ente instrumental gestiona un servicio público globalmente considerado y no meras actividades materiales, técnicas o de servicio, concepto este que no hay que confundir con el de servicio público, pues aquellas no son más que facetas parciales de una actividad municipal concreta.

Por el contrario, cuando se trataba de empresas públicas de capital íntegramente municipal constituidas para el ejercicio, en régimen de libre competencia, de actividades puramente económicas, estas empresas, además de constituirse para un fin determinado y no para el que eventualmente decidiera encargarles el ayuntamiento por la vía de la encomienda de gestión, sin seguir para ello el procedimiento legalmente establecido para el ejercicio de la iniciativa en la realización de actividades económicas, tenían que actuar

7. Alonso Higuera (2002: 559).

en el mercado desprovistas de potestades administrativas y en igualdad de condiciones que las restantes empresas privadas. Por tanto, en la medida en que concertara con la Administración matriz una determinada actividad, salvo que constituyera la actividad económica para la que fue creada, se tenía que hacer por la vía contractual y solo cuando tal actividad formara parte de su objeto social, por lo que, dada su naturaleza y finalidad, no se le podían encomendar otras actividades que, como la contratación de obras públicas o la gestión de servicios públicos, se tenían que realizar con sujeción al derecho administrativo.

Este era el estado de la cuestión en el año 2002 con la legislación entonces vigente que, como vemos, planteaba serios interrogantes respecto de la posibilidad de que esta técnica se utilizara con personas sujetas al derecho privado, incluso cuando fueran íntegramente públicas, en particular cuando de sociedades para el ejercicio de actividades económicas se trataba, pues el TRLCAP del año 2000 no se ocupó de esta cuestión hasta que con la reforma operada en virtud del Real Decreto Legislativo 5/2005, de 11 de marzo, se puso fin a las dudas que el artículo 15 de la LRJPAC suscitaba sobre la utilización de esta figura cuando de personas sujetas al derecho privado se trataba. En consecuencia, a partir de ese momento, el régimen jurídico de las encomiendas de gestión reguladas en el artículo 15 de la LRJPAC tan solo resultaba aplicable a las Administraciones o a sus entes instrumentales sujetos a derecho público, como de forma tajante declaró posteriormente la jurisprudencia⁸.

No obstante, dicha reforma tampoco acabó con las dudas que suscitaba esta institución, pues generó otra importante discusión, sobre si la encomienda de gestión que regulaba la LRJPAC y la que regulaba la legislación de contratos eran la misma figura o técnica jurídica⁹ o, como entendió entonces el Tribunal Supremo, se trataba de una modalidad de la misma figura que tenía un régimen jurídico distinto.

También se suscitó la duda de si cuando la encomienda se realizaba al amparo de la LRJPAC con entes de otras Administraciones públicas sujetos al derecho público, su objeto podía ser coincidente con el de un contrato, cues-

8. La STS 1.7.2015, RJ 3895, declara que en caso de personas o entes sujetos a derecho privado, como las fundaciones, la LRJPAC excluye esta transferencia competencial del régimen general de la encomienda, porque considera que la relación es contractual y la remite a la legislación de contratos.

9. En la sentencia anteriormente anotada y en otras anteriores como la STS 9.12.2013, RJ 8174, el Tribunal Supremo entendió que la legislación contractual regulaba una modalidad de encomienda específica, llamada contratación doméstica, que suponía una excepción del régimen general de la contratación pública, en especial en cuanto al principio de concurrencia.

ción en relación con la cual se pronunció la Abogacía del Estado¹⁰ en el sentido de considerar que si bien inicialmente existía esta posibilidad, puesto que la legislación contractual no había regulado aún la figura de los encargos a medios propios o contratos *in house providing*, después, una vez que lo hizo, ya no era posible, pues la diferencia básica entre una y otra figura consistía precisamente en que mientras la encomienda de gestión de la LRJPAC resultaba aplicable a actividades o actuaciones ajenas a la legislación de contratos públicos, las reguladas en la legislación de contratos quedaban limitadas a la realización de prestaciones de contenido materialmente contractual, propias de los contratos de obras, suministros y servicios, y este era el motivo por el que tampoco consideraba aplicable a estas últimas el deber de publicación y, en general, las formalidades reguladas por el artículo 15 de la LRJPAC.

En este estado de confusión, la legislación propia de alguna comunidad autónoma¹¹, como sucedió en Cataluña, ayudó notablemente a avanzar en la distinción de estas dos técnicas, al establecer, respecto de lo que ya denominaba encargos de gestión, las siguientes precisiones:

- a) Que los encargos de gestión solo podían recaer en organismos o entidades públicas, declarando, paralelamente y de forma expresa, que cuando el encargo de gestión tuviera por objeto el propio de un contrato incluido en el ámbito de aplicación de la legislación contractual, no le resultaría aplicable el régimen jurídico contenido en el mencionado precepto.
- b) Que de acuerdo con la legislación contractual, estos tipos de encargo solo podían hacerse a favor de organismos o entidades públicas que tuvieran la condición de medio propio de la Administración, organismo o entidad pública que los realiza.
- c) Que la capacidad de cada Administración de regular sus encargos mediante reglamento se limitaba a los requisitos de formalización de los acuerdos.
- d) Que los convenios mediante los que se formalizasen encargos de gestión tenían que contemplar, como mínimo, el alcance y contenido de la actividad encomendada, las razones que justifican el encargo, la fórmula de financiación de la actividad encargada, con indicación de los correspondientes créditos presupuestarios que se transfieren, las relaciones y las actuaciones a realizar para el seguimiento y control del encargo y el plazo de vigencia del convenio.

10. Circular 6/2009.

11. Ley 26/2010, de 3 de agosto, de régimen jurídico y procedimiento de las Administraciones públicas de Cataluña.

- e) Que el órgano, organismo o entidad pública que recibía el encargo podía gestionarlo directamente o por los medios previstos en la legislación pública de contratos y, en su caso, en la normativa de régimen local.

De este modo se clarificaron en Cataluña aspectos tales como la separación existente entre dos figuras jurídicas absolutamente diferentes –la encomienda de gestión prevista por la LRJPAC y la regulada en aquel momento por la legislación contractual–, lo que dio lugar a que una parte de la doctrina¹² considerara que se trataba de figuras que respondían a un mismo supraconcepto, con claros elementos comunes, pero con regímenes jurídicos diferentes.

2.2

Novedades incorporadas en la encomienda de gestión por la LRJSP

En este estado de cosas, la promulgación de la LRJSP vino a aclarar algunos aspectos más, al incorporar las novedades siguientes:

- Redujo su objeto a actividades de carácter material o técnico, suprimiendo las de servicios y perfilando de esta manera un objeto más limitado, menos ambiguo y claramente indicador de actividades parciales.
- Suprimió toda referencia a previsiones como las contenidas anteriormente en el apartado 5 del artículo 15 de la LRJPAC¹³ que tantas dudas había generado, y precisó en el primero de sus apartados, como ya había hecho la legislación catalana, que la encomienda tan solo era posible a favor de entidades de derecho público.
- Neutralizó toda posibilidad de que las encomiendas que regula tuvieran por objeto prestaciones propias de los contratos regulados en la legislación contractual.
- Exigió que los órganos que recibieran la encomienda tuvieran atribuidas estas actividades entre sus competencias.
- Atribuyó al órgano encomendado la condición de encargado del tratamiento de los datos de carácter personal a los que pudiera tener acceso por razón del encargo, resolviendo así las dudas que se suscitaban al respecto, al no transferirse con la encomienda ni la titularidad de la competencia ni la de los elementos sustantivos de su ejercicio.

12. Vilalta Reixach (2012: 86).

13. En este apartado la LRJPAC excluía el régimen de aplicación de la encomienda a favor de personas físicas o jurídicas sujetas a derecho privado, a las que remitía a la legislación contractual, en particular respecto de actividades sujetas al derecho administrativo, sin distinguir entre las que formarían parte del sector público y las que no.

- Unificó el sistema de publicación, al imponer la obligación de publicar los convenios en los que se formalizaran los encargos entre órganos y entidades de derecho público de Administraciones diferentes, lo que ya era obligatorio para los que tenían lugar entre órganos y entidades de derecho público de la misma Administración.

Estas previsiones, acompañadas de la regulación que en su artículo 86 realiza la LRJSP respecto de los medios propios y los servicios técnicos de la Administración del Estado, a pesar de no resultar en principio aplicable esta última al ámbito local, sirven para aclarar de una vez por todas, en la línea iniciada seis años antes por la legislación catalana, los diferentes supuestos en los que se aplica esta Ley respecto de aquellos otros en los que resulta aplicable la legislación de contratos, ya que una y otra figura jurídica, aunque siguieron compartiendo unos años más la misma denominación y tenían elementos comunes, disfrutaban de regímenes jurídicos diferentes que, en consecuencia, daban lugar a dos figuras jurídicas distintas.

En el primer caso obedecen a una necesidad derivada de la carencia de medios técnicos idóneos para desarrollar una actividad que no es usual o, también, a razones de eficacia, aspectos ambos que tienen que quedar debidamente justificados y motivados en el expediente que sirva de cobertura para la toma de la decisión y, en consecuencia, ante un instrumento que nos permite, sin renunciar a la competencia ni transferir su ejercicio, bien superar insuficiencias de medios materiales o técnicos del órgano titular de la misma, bien lograr mayores niveles de eficiencia en su ejercicio.

En el segundo caso, por el contrario, cuando el TRLCSP excluía entonces de su ámbito de aplicación las encomiendas de gestión en sus artículos 4.n) y 24.6, se estaba refiriendo a supuestos claramente contractuales, concretamente de autocontratación, de aquí que en terminología comunitaria fueran conocidas como contratos *in house* o contratos domésticos que, a diferencia de la figura regulada por la legislación de régimen jurídico, constituyen negocios jurídicos de naturaleza ordinaria y no excepcional que, también a diferencia de los anteriores, no tienen limitado su objeto y pueden contemplar todo tipo de prestaciones, y a los que, en consecuencia, no resultan de aplicación las formalidades y el régimen jurídico contemplados en la LRJSP.

En la LCSP actual, como veremos más adelante, esta distinción se acentúa aún más, ya que, en su artículo 6.2 y 3, se excluyen de su ámbito de aplicación las encomiendas de gestión reguladas en la legislación de régimen jurídico del sector público, no, en cambio, los encargos que los poderes adjudicadores pueden realizar en determinados supuestos a medios propios personificados a los que se refiere su artículo 32.

3

Los encargos a medios propios en la legislación de contratos del sector público

Si esta fue la evolución que se produjo en la legislación de régimen jurídico para llegar a la regulación actual de la figura de la encomienda de gestión, similar camino ha recorrido la legislación contractual para llegar a la regulación de lo que la LCSP actual denomina encargos a medios propios, apartándose así de su precedente inmediato, el TRLCAP, que seguía refiriéndose a encomiendas de gestión, a pesar de la confusión que esta denominación producía, por su coincidencia nominativa con la figura que regulaba la legislación de régimen jurídico.

3.1

Precedentes legislativos y evolución jurisprudencial

Esta figura, hoy denominada encargo de gestión por la LCSP, no siempre había sido objeto de atención por parte de la legislación pública de contratos, pues la Ley de 1995 no incorporó ninguna previsión al respecto, y no fue hasta 10 años después cuando se incorporó esta cuestión al artículo 3.1.1) del TRLCAP, para excluir de su ámbito de aplicación las encomiendas de gestión que se realizaran a favor de entidades o de sociedades cuyo capital social perteneciera totalmente a la propia Administración pública.

Esta previsión se mantuvo vigente en estos términos hasta que la Ley 42/2006, de 28 de diciembre, dio una nueva redacción a este precepto, incorporando la redacción que se iba a mantener en vigor hasta promulgación de la actual LCSP, en virtud de la cual quedaban fuera del ámbito de aplicación de la Ley:

“1) Las encomiendas de gestión que se confieran a entidades y sociedades cuyo capital sea en su totalidad de titularidad pública y sobre las que la Administración que efectúa la encomienda ostente un control análogo al que ejerce sobre sus propios servicios, siempre que estas sociedades y entidades realicen la parte esencial de su actividad con la entidad o entidades que las controlan”.

Esta evolución de nuestro derecho positivo fue producto, aunque tardío, de la evolución que también se fue paulatinamente produciendo en la jurisprudencia comunitaria en torno a la interpretación de este concepto dentro del marco de la Directiva 2004/18/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 31 de marzo de 2004, sobre coordinación de los procedimientos de adjudica-

cación de los contratos públicos de obras, de suministro y de servicios, que no contenía determinación específica al respeto, por lo que se partía para ello de la finalidad fundamental de esta norma comunitaria que se deducía de su considerando 4, según el cual de lo que se trataba era de lo siguiente:

“(4) Los Estados miembros deben velar por que la participación en un procedimiento de adjudicación de contrato público de un licitador que sea un organismo de derecho público no cause distorsión de la competencia con respecto a licitadores privados”.

De ello se desprendía, a su vez, que el principio general respecto de los negocios jurídicos derivados de las relaciones entre poderes adjudicadores o de estos con otras personificaciones públicas, era el de su plena sujeción a la normativa comunitaria de contratos cuando se celebraran a título oneroso y tuvieran por objeto alguno de los contratos que regulaba esta Directiva, pues como nos recordó entonces el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas en sus sentencias de 18 de noviembre de 1999 y 11 de enero de 2005¹⁴, el objetivo principal de las normas comunitarias en materia de contratos públicos era abrir la contratación pública a la mayor competencia posible, a la libre circulación de los servicios y a la competencia no falseada en todos los Estados miembros.

Y esta es la razón por la que, aunque es cierto que esta jurisprudencia comunitaria admitió la posibilidad de que una autoridad pública, que es a la vez entidad adjudicadora, pudiera realizar las tareas de interés público que le correspondieran con sus propios medios administrativos, técnicos y de cualquier otro tipo, sin verse obligada a recurrir a entidades externas y ajenas a sus servicios y sin dar lugar a un contrato, mediante la utilización de la técnica de los llamados contratos internos o *in house providing*¹⁵, también es cierto que cualquier excepción a la obligación de aplicar las normas comunitarias de contratos, como esta de la contratación interna, tenía que ser interpretada de manera muy estricta y a la luz de cuál es el objetivo principal de las normas comunitarias en materia de contratos públicos.

Vemos, pues, que el fundamento de esta institución descansaba, en su origen, no tanto en las normas comunitarias como en la jurisprudencia que el Tribunal europeo había ido dictando al interpretarlas, partiendo de la premisa esencial de la interpretación restrictiva de las excepciones a las normas comunitarias en materia de contratación¹⁶ y, en consecuencia, de este instrumento, en cuanto supone una quiebra del principio de libre competencia y es una

14. Asuntos ©-107-98, Teckal y otro, y ©-26/2003, Stadt Halle y otro, respectivamente.

15. En la sentencia del TSJ de la Comunidad Valenciana 5.11.2012, JUR 15229, al aplicar esta exclusión, se consideró que, en consecuencia, este tipo de encomiendas están excluidas del requisito de publicidad regulado en la legislación contractual.

16. Sentencia de 13 de octubre de 2005 (asunto C-458/03, Parking Brixen).

excepción al ámbito de aplicación del derecho comunitario de contratos, que no puede servir para eludir la ley.

Es por ello que el estudio de la configuración jurisprudencial del régimen jurídico de las relaciones *in house* se manifiesta como esencial a la hora de determinar el alcance de esta figura en el derecho interno inmediatamente precedente, y por eso debemos tener en cuenta que esta configuración parte de la sentencia de 18 de noviembre de 1999 (asunto C-107-98, Teckal), que fue la que configuró los requisitos esenciales, que fueron posteriormente objeto de numerosas interpretaciones por parte del Tribunal de Luxemburgo.

3.1.1

Requisitos exigidos por la jurisprudencia del TJCE

El fundamento de esta excepción radica en el vínculo existente entre el poder adjudicador y el ente sobre el que recae el encargo, que más que a la lógica contractual obedece a razones de pura organización interna del poder adjudicador, sin que el hecho de que ambos ostenten personalidad jurídica propia e independiente altere en absoluto esta lógica que, únicamente, juega a efectos formales, pero no materiales, ya que la falta de auténtica autonomía del ente instrumental respecto del poder adjudicador se manifiesta como evidente.

Precisamente por ello, para esta primera sentencia es necesaria la concurrencia de dos requisitos básicos para que podamos hablar de relaciones *in house* que justifiquen la inexistencia de contrato, la falta de concurrencia competitiva y la inaplicación de la normativa comunitaria, por una parte que el poder adjudicador encomendante ejerza sobre el ente encomendado un control análogo al que ejerce sobre sus propios servicios y, por otra, que el ente que recibe la encomienda realice la parte esencial de su actividad con el poder o poderes adjudicadores que lo controlan.

Por lo que se refiere al primer requisito relativo al control análogo, tal y como se desprende del informe de la IGAE de 5 de junio de 2006, de los informes 1/2006, de 9 de febrero, y 4/2007, de 28 de junio, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Generalitat de Cataluña, y de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado¹⁷, así como de la jurisprudencia comunitaria posterior contenida en diferentes sentencias del Tribunal europeo¹⁸, podemos extraer las conclusiones siguientes:

17. Informe de 30 de marzo de 2019, JUR 161209.

18. Sentencias del TJCE 11.1.2005 (asunto ©-26/03, Stadt Halle), 21.7.2005 (asunto ©-231/03, CONAME), 13.10.2005 (asunto ©'458/03, Parking Brixen), 10.11.2005 (asunto

- Que la participación, aun minoritaria, de una empresa privada en el capital de una sociedad en la que participe también la entidad adjudicadora, excluye cualquier posibilidad de entender que esta última ejerce sobre la primera un control análogo al que ejerce sobre sus propios servicios, razón por la que la reforma operada en el TRLCAP por la Ley 42/2006, de 28 de diciembre, dio una nueva redacción a su artículo 3.1.1), incorporando de forma expresa y con rango de requisito la exigencia de que el capital de las entidades y sociedades en las que ha que recaer la encomienda sea en su totalidad de titularidad pública.
- Que una participación muy minoritaria y casi simbólica en el capital del poder adjudicador encomendante es insuficiente para permitir este control.
- Que el hecho de que el poder adjudicador posea la totalidad del capital, a título individual o junto con otros poderes públicos, supone un indicio, aunque no decisivo, de que dicho poder adjudicador puede ostentar este control análogo exigido por la jurisprudencia.
- Que si con posterioridad a la encomienda de gestión el ente que la recibe, que originalmente era de capital íntegramente público, pasa a tener una participación privada, puede ser considerada una operación en fraude de ley que enmascara la adjudicación de un contrato a una empresa de economía mixta, perdiendo en todo caso la concurrencia del requisito de control.
- Que este control tiene que permitir una influencia real y determinante, tanto en sus objetivos estratégicos como en sus decisiones más trascendentales, razón por la que se puede presumir que no se ejerce este control análogo cuando en los estatutos de la entidad instrumental se confieren a sus administradores las más amplias facultades para la gestión ordinaria y extraordinaria de la sociedad, sin reservarse al poder adjudicador encomendante ninguna facultad de control ni ningún derecho de voto especial.

Respecto del requisito relativo al parámetro de actividad del ente que recibe la encomienda, la jurisprudencia comunitaria posterior a 1999, contenida, básicamente, en la sentencia del Tribunal europeo de 11 de mayo de 2006 (asunto ©-340/04, Carbotermo), también nos permite extraer diversas conclusiones:

- En primer lugar, que este requisito tiene por particular objeto garantizar que la normativa sobre contratos continúe siendo aplicable en caso de que un ente controlado por uno o varios poderes adjudicadores opere en el mercado y pueda competir con otros entes o empresas.

©-29/04, Comisión Europea contra la República de Austria), 6.4.2006 (asunto ©-410/04, ANAV) y 11.5.2006 (asunto ©-340/04, Carbotermo).

- También, que se puede considerar que el ente realiza la parte esencial de su actividad con el poder adjudicador que le controla cuando su actividad está destinada principalmente a este poder, de forma que el resto tenga un carácter meramente marginal.
- Que el volumen de negocios determinante para realizar esta medición es el que el ente realice en virtud de decisiones de adjudicación adoptadas por el poder adjudicador que le controla, y que las actividades a tomar en consideración para ello son todas las que el ente que recibe la encomienda lleve a cabo dentro del marco de la adjudicación efectuada por aquel, con independencia de que vayan dirigidas al beneficio directo del poder adjudicador o al de los usuarios de los servicios de su competencia y de que esta actividad sea remunerada por el primero o por estos usuarios.
- Y, finalmente, que en el supuesto de que sean varios los poderes adjudicadores que controlen al ente, el requisito de la actividad se analiza respecto de todos los poderes adjudicadores considerados en conjunto. De aquí que la reforma operada en el TRLCAP por la Ley 42/2006, de 28 de diciembre, que dio una nueva redacción a su artículo 3.1.1), incorporara de forma expresa esta eventualidad, al referirse a “la entidad o entidades que las controlan”.

3.1.2

Novedades introducidas por la sentencia de 19 de abril de 2007 (asunto TRAGSA)

Estos parámetros de interpretación del cumplimiento de los dos requisitos de los que hablaba la sentencia Teckal en 1999, que fue una constante reiterada por el TJCE durante más de siete años de jurisprudencia comunitaria, sufrieron en los últimos tiempos de vigencia del TRLCAP algunos cambios, que no estuvieron exentos de innumerables críticas doctrinales, como consecuencia de la sentencia de 19 de abril de 2007, dictada por el Tribunal de Luxemburgo a raíz de la cuestión prejudicial planteada por nuestro Tribunal Supremo mediante Auto de 1 de abril de 2005, a la vista de las sentencias de la Audiencia Nacional de 15 de noviembre de 2000, AN 72968, y del Tribunal Supremo de 18 de diciembre de 2003, AN 466, respecto de la sociedad estatal TRAGSA¹⁹.

¹⁹. Esta problemática también había sido objeto del Informe 1/2006, de 9 de febrero, de la Comisión Permanente de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Generalitat de Cataluña, que consideró que la aplicación de la doctrina comunitaria al caso de TRAGSA hacía inviable la instrumentación de las relaciones de la Administración de la Generalitat de Cataluña por la vía de encargos excluidos de la aplicación de la normativa

En esta sentencia, referida a la Empresa de Transformación Agraria, S.A. (TRAGSA), sociedad dominante de un *holding* público que estaba participada en un 99% por el Estado y en el 1% restante por cuatro comunidades autónomas, y era definida por su normativa reguladora²⁰ como medio propio y servicio técnico instrumental del Estado y de las comunidades autónomas globalmente consideradas, se planteaban al Tribunal de Luxemburgo las siguientes cuestiones prejudiciales:

- Si era admisible en los términos del artículo 86 CE, apartado 1, que un Estado miembro de la Unión atribuyera *ex lege* a una empresa pública un régimen jurídico que le permitiera realizar obras públicas sin someterse al régimen general de contratación administrativa mediante concurso, sin concurrir circunstancias especiales de urgencia o interés público, tanto por debajo como superando el umbral económico contemplado por las directivas europeas dictadas al respecto.
- Si un régimen jurídico parecido sería compatible con lo que se establecía en las directivas 93/36, 93/37, 97/52/CC del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de octubre de 1997, y 2001/78/CE de la Comisión, de 13 de septiembre de 2001, de modificación de las anteriores, normativa posteriormente refundida en la Directiva 2004/18/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 31 de marzo de 2004, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, de suministro y de servicios.
- Si las afirmaciones de la sentencia España/Comisión (TJCE 2003, 122) eran aplicables en todo caso a TRAGSA y sus filiales, teniendo en cuenta el resto de la jurisprudencia del Tribunal europeo en materia de contratación pública, y considerando que la Administración encarga a TRAGSA un alto número de obras que quedan detraídas del régimen de libre competencia, y si esta circunstancia podía suponer una distorsión significativa del mercado relevante.

contractual, por entender que no se cumplía ninguno de los requisitos exigidos, en el primer caso, porque en el supuesto de las comunidades autónomas no concurría una situación real de control objetivamente apreciada, a pesar de que las normas reguladoras de TRAGSA la calificaran como medio propio instrumental y servicio técnico de aquellas, puesto que las comunidades autónomas globalmente consideradas únicamente participaban con un 1% en su capital social. Respecto del segundo requisito, el referido a que TRAGSA realizara la parte esencial de su actividad, tampoco se cumplía y, además, aunque el capital social de la sociedad matriz era íntegramente público, el de las restantes empresas del grupo, a las cuales se extendía la calificación de medio instrumental propio, tenía participación de capital privado, por ser empresas de capital mixto.

²⁰ Ley 66/1997, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y de orden social, posteriormente modificada por el artículo 76 de la Ley 62/2003, de 30 de diciembre, también de medidas fiscales, administrativas y de orden social.

Pues bien, respecto de la primera de las cuestiones planteadas, después de señalar que según el artículo 86 del Tratado los Estados miembros no adoptarán ni mantendrán, respecto de las empresas públicas y aquellas empresas a las que concedan derechos especiales o exclusivos, ninguna medida contraria a las normas del Tratado CE, especialmente las previstas en los artículos 12 y 81 a 89 CE, ambos incluidos, el Tribunal europeo no la admitió a trámite, por no contenerse en la resolución de remisión las indicaciones precisas sobre la existencia de una posición dominante, ni sobre la repercusión de la mencionada posición dominante en el comercio entre los Estados miembros.

Respecto de la segunda de las cuestiones planteadas, el Tribunal europeo entendió que las directivas 92/50/CE del Consejo, de 18 de junio de 1992, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de servicios, 93/36/CEE del Consejo, de 14 de junio de 1993, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de contratos públicos de suministro, y 93/37/CEE del Consejo, de 14 de junio de 1993, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, no se oponían a un régimen jurídico como el atribuido a TRAGSA, que le permite realizar operaciones sin estar sujeta al régimen establecido por las mencionadas directivas, en cuanto empresa pública que actúa como medio propio instrumental y servicio técnico de varias autoridades públicas, ya que las autoridades públicas de que se trata ejercen sobre esta empresa un control análogo al que ejercen sobre sus propios servicios y la mencionada empresa realiza la parte esencial de su actividad con estas mismas autoridades.

Y en base a esta última consideración, el Tribunal consideró improcedente responder a la última cuestión prejudicial que se le había planteado.

Como nos recordó posteriormente el Informe 4/2007, de 28 de junio, de la Comisión Permanente de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Generalitat de Cataluña, esta decisión del Tribunal vino a añadir, a los ya establecidos por la jurisprudencia comunitaria anterior, un nuevo elemento para evaluar la concurrencia del requisito de que la actividad del ente que recibe la encomienda está destinada esencialmente al poder adjudicador que la realiza, consistente en que la entidad vinculada esté obligada o no a realizar los trabajos que le encomiende el ente o entes que ejercen el control, de manera que no tenga libertad de decisión respecto de su aceptación, ni tampoco en relación con el régimen de tarifas aplicables a sus prestaciones.

La decisión del Tribunal europeo resolviendo las cuestiones prejudiciales sirvió de base para que el Tribunal Supremo dictara su sentencia de 30 de

enero de 2008, RJ 645²¹, por la que se desestimó el recurso de casación interpuesto por ASEMFO contra la sentencia de la Audiencia Nacional de 26 de septiembre de 2001, que previamente había desestimado el recurso interpuesto contra una resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia de 30 de marzo de 1998, que desestimaba las pretensiones de ASEMFO, relativas al abuso de posición de dominio de TRAGSA por no seguir los procedimientos de adjudicación previstos en la legislación pública de contratos.

Pero no estuvo exenta de ciertas críticas de una parte de la doctrina que, como el profesor de la Facultad de Derecho de la Universidad de Zaragoza, Miguel Á. Bernal Blay, entendía que con ella este Tribunal se apartaba de su consolidada doctrina anterior y abogaba, incluso, por entender que en ningún caso se tenía que interpretar como un cuestionamiento de aquella doctrina, sino como un mero error en la apreciación de las circunstancias concurrentes en el caso concreto, que tenían que ser verificadas por el Tribunal Supremo, aunque lo cierto es que, como ya hemos visto, esta sentencia del TJCE sirvió de base al Tribunal Supremo para considerar ajustada a derecho la actividad de TRAGSA.

Las principales críticas doctrinales se centraron básicamente en considerar que el hecho de que el capital fuera íntegramente público, aunque no de una única entidad, no era dato suficiente para determinar la existencia de un control análogo al que se ejerce sobre los servicios propios por parte de todas ellas, sino que se tiene que dar una situación de control efectivo por cada uno de estos entes, especialmente cuando, de ellos, tan solo cuatro comunidades autónomas participaban en su capital social, y de una manera simbólica, y el resto de comunidades autónomas simplemente podían participar potencialmente.

También consideraron que aceptar como fundamento del control análogo que la norma interna obligue a realizar la prestación encomendada era erróneo, pues la previsión normativa no es la causa de la existencia del control, sino una consecuencia del mismo. Igualmente entendían que el hecho de que una Administración pudiera fijar de manera autónoma y unilateral la tarifa o precio del encargo podía significar la existencia de un control, pero no necesariamente que este control implicara una influencia determinante en sus objetivos estratégicos o en sus decisiones más importantes.

21. Esta sentencia se dictó con los votos particulares de los magistrados Eduardo Espín Templado y Manuel Campos Sánchez-Bordona, por considerar que era necesario plantear una nueva cuestión prejudicial al Tribunal europeo, ante la declaración de inadmisibilidad, por carencia de datos, de la primera de las cuestiones que se le habían planteado, a fin de que, introduciendo determinadas precisiones que completaran esta carencia, determinara los límites de los legisladores nacionales en la configuración de un medio propio, a la luz no solamente del artículo 86 CE, sino también de los artículos 43 y 49 CE, relativos a la libertad de establecimiento y de prestación de servicios.

Otras críticas descansaban en el hecho de considerar que si bien TRAGSA era una empresa de capital íntegramente público, en cambio era sociedad matriz de un grupo en el que se integraban, también, sociedades de economía mixta, y estas también recibían encomiendas de gestión y, por lo que se refiere al requisito de que el ente encomendado realizara la parte esencial de su actividad para la entidad o entidades que efectúan la encomienda, entendían que no estaba limitado estatutariamente el porcentaje de actividad que TRAGSA podía realizar para otros entes diferentes del Estado y de las comunidades autónomas y, por tanto, podía oscilar en el tiempo.

Seguramente debido a esta situación, la actual LCSP introdujo en su disposición adicional vigésima cuarta determinadas previsiones sobre el régimen jurídico de TRAGSA y sus filiales, en las que, aunque se reitera su naturaleza de medio propio instrumental y servicio técnico del Estado, de las comunidades autónomas y de los poderes adjudicadores dependientes de unos y otros, se matiza en cierto modo su alcance al dar tal consideración únicamente a las filiales de TRAGSA cuyo capital pertenezca íntegramente a esta sociedad pública, cerrando de este modo toda posibilidad de extender esta naturaleza a sociedades del grupo de capital mixto.

3.2

Las previsiones del TRLCSP y su origen

Partiendo de estos precedentes legislativos y jurisprudenciales, la legislación de contratos anterior también contempló la previsión de que los poderes adjudicadores pudieran, en determinados supuestos, efectuar encomiendas de gestión a otras entidades del sector público, y de que estas encomiendas quedasen al margen de esta Ley, es decir, excluidas de su ámbito de aplicación y sometidas a su legislación especial, sin que les resultaran de aplicación los preceptos de esta norma, sino únicamente sus principios orientadores²², a efectos de resolver las dudas o lagunas que pudieran presentarse.

Con estas previsiones, que son idénticas a las que contempló posteriormente la LCSP, se excluyeron del ámbito de aplicación del TRLCSP los negocios jurídicos en virtud de los cuales se encargara a una entidad del sector público que, conforme a lo que señalaba el artículo 24.6, tuviera atribuida la condición de medio propio y servicio técnico del poder o poderes adjudicadores, la realización de una determinada prestación, sin perjuicio de que los con-

22. Publicidad, concurrencia, transparencia, confidencialidad, igualdad y no discriminación.

tratos que la entidad tuviera que celebrar con terceros para la realización de las prestaciones objeto del encargo hubieran de quedar sometidos al TRLCSP en los términos que resultasen procedentes, de acuerdo con la naturaleza y según el tipo y la cuantía del contrato y, en todo caso, cuando se tratara de contratos de obras, servicios o suministros cuyas cuantías superaran los umbrales establecidos en la Sección 2.^a del Capítulo II del Título Preliminar del TRLCSP, observando en su preparación y adjudicación las reglas establecidas en los artículos 137.1 y 190 de esta Ley.

Para que fuera posible en el marco legal del TRLCSP la encomienda de gestión, era necesario que así se hubiera previsto de forma expresa y de manera concreta y específica en la norma de creación de la entidad que recibía la encomienda o en sus estatutos reguladores, y solo respecto de aquellas entidades que, en su condición de ente encomendante o de ente que recibe la encomienda, cumplieran todas y cada una de las condiciones siguientes:

– *Que el ente encomendante tuviera la condición de poder adjudicador.*

La respuesta a esta primera cuestión nos venía dada directamente por el TRLCSP, que en su artículo 3.3 consideraba poderes adjudicadores a todas las Administraciones públicas y, individualmente o asociados entre sí, al resto de entes, organismos o entidades con personalidad jurídica propia que no tuvieran tal condición, pero hubieran sido creados específicamente para satisfacer necesidades de interés general que no tuvieran carácter industrial o mercantil, siempre que uno o varios sujetos que tuvieran que ser considerados poderes adjudicadores financiaran mayoritariamente su actividad, controlaran su gestión o nombraran a más de la mitad de los miembros de su órgano de administración, dirección o vigilancia.

– *Que la entidad que recibe la encomienda pudiera tener la condición de medio propio y servicio técnico del ente encomendante.*

Este segundo requisito exigía, a su vez, que de acuerdo con lo que establecía el artículo 24.6 del TRLCSP concurrieran en la entidad que recibiera la encomienda una serie de circunstancias; por una parte, que se tratara de entes, organismos y entidades del sector público, concepto que nos venía concretado en el artículo 3.1 del propio TRLCSP y que resultaba predicable, en todo caso y entre otros entes, organismos y entidades, de las Administraciones públicas estatal, autonómica y local; de sus organismos autónomos y entidades públicas empresariales; de las sociedades mercantiles y fundaciones participadas, directa o indirectamente, en más de un 50% de su capital social en el caso de las primeras, o de su dotación inicial o patrimonio permanente, en el caso de las segundas, por entes del sector público, así como por los consorcios administrativos.

La segunda circunstancia que debía concurrir consistía en que la actividad esencial de los entes que tuvieran que ser considerados medios propios instrumentales se destinara al poder o poderes adjudicadores que realizaran la encomienda²³, o lo que era lo mismo, que globalmente considerada, la actividad del ente estuviera principalmente destinada a los poderes adjudicadores que lo controlaban, tomando para ello como base el volumen de negocios que realizara en virtud de decisiones de adjudicación de aquellos.

También se tenía que dar la circunstancia de que los poderes adjudicadores que efectuaran la encomienda ostentaran sobre el ente que la recibía un control análogo al que podían ejercer sobre sus propios servicios. En este caso, no obstante, la solución interpretativa nos venía dada no solo por la jurisprudencia que anteriormente hemos analizado, sino también y muy especialmente por el propio TRLCSP, cuando establecía que se entendería en todo caso que los poderes adjudicadores ostentaban sobre un ente, organismo o entidad un control análogo al que tuvieran sobre sus propios servicios, si podían conferirles encomiendas de gestión de ejecución obligatoria, de acuerdo con instrucciones fijadas unilateralmente por el ente encomendante y cuya retribución se fijara por referencia a tarifas²⁴ aprobadas por la entidad pública

23. Para el Tribunal de Justicia europeo, según la postura que adoptó en su sentencia 11.5.2006 –asunto ©-340/2003, Carbotermo SPA–, solo se puede considerar que una empresa realiza la parte esencial de su actividad con el ente que la controla, cuando la actividad de esta empresa esté destinada principalmente a este ente, de forma que el resto de su actividad tenga un carácter meramente marginal.

24. Por lo que se refiere a las tarifas que correspondía aprobar al ente que realizaba la encomienda para establecer la retribución, se daban las circunstancias siguientes:

- a. Según el Informe núm. 13/2015, de 12 de noviembre, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de Cataluña, se tenían que determinar en base a criterios vinculados exclusivamente a los costes reales de producción o de realización de las prestaciones objeto de la encomienda, por lo que no cabía utilizar la denominación de presupuesto, ni incorporar ninguna cantidad en concepto de gastos generales o de beneficio industrial.
- b. Según la consulta vinculante de la Dirección General de Tributos núm. V0681-15, de 27 de febrero, cuando una misma encomienda de gestión incluyese entregas de bienes y prestaciones de servicios, si era posible su delimitación como partidas independientes, solo estaban sujetas a IVA las primeras, y si no lo era, debía tenerse en cuenta la naturaleza de la operación que tuviera más relevancia económica, sujetándola o no a IVA en función de tal naturaleza dominante.
- c. Según la Circular de la IGAE de 18 de octubre de 2013, aunque en el caso de contratos y subvenciones y ayudas públicas sujetas a la LGS, resultaba posible adoptar el compromiso de gasto en un ejercicio anterior al del inicio de su ejecución, en concepto de gastos de tramitación anticipada, en el caso de las encomiendas de gestión y los convenios de colaboración no se podían formalizar ni tampoco suscribir aquellos cuya ejecución presupuestaria se iniciara en un ejercicio posterior, por lo que, aunque se pudiera iniciar la tramitación del expediente en un ejercicio anterior, su fiscalización previa se tenía que realizar en el mismo ejercicio presupuestario en el que se fuera a formalizar y ejecutar presupuestariamente.

de la que dependieran, incorporando a la norma, de esta manera y pese a las críticas doctrinales, la doctrina contenida en la sentencia del Tribunal de Luxemburgo de 19 de abril de 2007, dictada en el caso TRAGSA.

Nos encontrábamos, por tanto, ante la posibilidad de que fueran la norma creadora del ente o sus estatutos reguladores los que dieran cumplimiento a este requisito, mediante la introducción en su texto de las determinaciones precisas para hacer realidad las premisas anteriores, en términos similares a lo que hacía el propio TRLCSP con TRAGSA en su disposición adicional vigésima quinta.

Y, para finalizar, cuando se tratara de sociedades, la totalidad de su capital debía ser de titularidad pública, lo que acababa con el problema interpretativo que este extremo planteaba respecto de las fundaciones del sector público, al no tener este tipo de entidades un elemento que pudiera ser considerado análogo al de capital social.

Esta cuestión dio lugar al Informe 4/2007, de 28 de junio, de la Comisión Permanente de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Generalitat de Cataluña, en el que, respecto de este extremo, después de constatar cuál sería el futuro, ya que en el que entonces era proyecto de LCSP, a efectos del requisito del capital, solo se hacía referencia a sociedades y no a entidades, se descartó toda posibilidad de que el requisito de capital íntegramente público no fuera exigible a las fundaciones del sector público, desde el momento en que la jurisprudencia comunitaria y el artículo 3.1 del TRLCAP hacían alusión a “entidades y sociedades”, pues consideraba posible interpretar que la presencia de entidades privadas sin ánimo de lucro en la fundación no alteraría los objetivos de interés público que persiguen los entes públicos que participan mayoritariamente, y su aplicación la basó en considerar que el capital de una fundación estaría integrado tanto por la dotación fundacional inicial como por las subvenciones públicas que ingresarán posteriormente.

No obstante este posicionamiento, lo cierto es que fue generalizada la interpretación, especialmente teniendo en cuenta las previsiones de futuro, de que este criterio no resultaba entonces exigible respecto de las fundaciones privadas, que pudieran tener la condición de medios propios instrumentales y servicios técnicos de uno o más poderes adjudicadores, siempre que se tratase de las fundaciones del sector público a las que se refería el artículo 3.1.f) del TRLCSP²⁵ y cumpliesen los restantes requisitos materiales y formales que estamos analizando.

25. Las fundaciones que se constituyan con una aportación mayoritaria, directa o indirecta, de una o varias entidades integrantes del sector público, o cuyo patrimonio fundacional, con un carácter de permanencia, esté formado en más de un 50% por bienes o derechos aportados o cedidos por las referidas entidades.

Respecto de esta segunda condición globalmente considerada de que el ente que recibía la encomienda pudiera tener la condición de medio propio y servicio técnico del ente encomendante, se había planteado una duda durante la vigencia del TRLCAP, respecto de si cabía la posibilidad de que los ayuntamientos que integraban una mancomunidad de municipios pudieran efectuar encomiendas de gestión, al amparo de aquella norma, a una sociedad mercantil cuyo capital perteneciera íntegra y exclusivamente a la referida mancomunidad, que había sido objeto de consulta a la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado, que en su Informe 15/2007, de 26 de marzo, con una interpretación muy literal y restrictiva de la ley, concluyó que no cabía tal posibilidad por la siguiente razón:

“[...] el capital de la Sociedad no pertenece a los Ayuntamientos sino a la Mancomunidad (artículos 2 y 6 y siguientes de los Estatutos) ni del examen de estos últimos se desprende algún control efectivo de los Ayuntamientos sobre la Sociedad, por lo que, incluso prescindiendo del requisito de que la mayor parte de la actividad se realice con los Ayuntamientos no concurre el requisito de control efectivo idéntico a los de sus propios servicios que exige la letra l) del artículo 3.1 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas para admitir acuerdos de encomiendas de gestión con régimen jurídico excluido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas”.

Este criterio se consideraba excesivamente restrictivo y literal, ya que una mancomunidad no deja de ser más que un conjunto de municipios que de manera asociada gestionan un servicio de su competencia, por lo que la sociedad mercantil no es otra cosa que el instrumento municipal para gestionarlo de forma directa y de manera asociada, de lo que se derivaba la evidencia de que los municipios, como titulares del servicio, no solamente tenían sobre la mancomunidad un control efectivo idéntico al que ejercían sobre sus propios servicios, sino que se trataba, efectivamente, de uno de sus propios servicios, que controlaban a través de los órganos de la propia mancomunidad, integrados de forma exclusiva y única por los representantes de los ayuntamientos de los municipios asociados.

Cuestión diferente era la tratada por esta misma Junta Consultiva en dos informes posteriores²⁶. En el primero, negando la posibilidad de considerar como medio propio de las entidades locales de la provincia de Málaga a una sociedad cuyo capital social pertenecía íntegramente a la Diputación Provincial como medio propio de esta, al entender que no podían ejercer sobre la misma un control análogo al que ejercerían sobre sus propios servicios, salvo

26. Informes núm. 2/2012, de 7 de junio, y 24/2012, de 14 de diciembre.

que entraran en su capital social, en contra de lo que había dictaminado cuatro años antes la Comisión Consultiva de Contratación Pública de Andalucía²⁷, que entendió que una sociedad de la Junta de Andalucía se consideraba medio propio instrumental de las entidades locales andaluzas con las que la Comunidad Autónoma formalizara un convenio de colaboración, aunque no participaran en su capital, en base a la doctrina jurisprudencial fijada respecto de TRAGSA, por entender que la participación en el capital solo constituye un indicio que no es decisivo, que no constituye, por tanto, un requisito necesario para la existencia del control análogo.

En el segundo informe, la Junta Consultiva estatal niega la misma posibilidad a una empresa de un ayuntamiento catalán respecto de otros ayuntamientos con los que formalizase un convenio en el que se pactara esta condición. Este posicionamiento ha sido reiterado por esta Junta Consultiva más tarde, estando ya en vigor la LCSP, en su informe de 30 de marzo de 2019, JUR 161209, en el que contesta diversas consultas relacionadas con la posibilidad de que una sociedad municipal cuyo capital social pertenece íntegramente a un único ayuntamiento, pueda convertirse en medio propio de otras entidades —ayuntamientos, comarcas y mancomunidades—²⁸.

27. Informe núm. 13/2008, de 22 de diciembre.

28. Las conclusiones de este informe, que por su claridad transcribimos, fueron las siguientes:

- Siendo requisito imprescindible que cada Administración pública participe en el capital social del medio propio conjunto, no cabe considerar en abstracto la exigencia de un porcentaje de capital mínimo para cada una de las Administraciones públicas de las que se considera la entidad conjunta medio propio a los efectos de la LCSP.
- Para que pueda existir un control conjunto análogo cada Administración debe participar mediante representantes en los órganos estatutarios que ejercen una influencia determinante, tanto sobre los objetivos estratégicos como sobre las decisiones importantes de dicha sociedad, debiéndose considerar a este respecto tanto la junta general como el consejo de administración y cuantos órganos puedan preverse con el fin de influir en estas decisiones.
- Los representantes pueden representar a varias o a la totalidad de las Administraciones partícipes (artículo 32.4.1.º), siendo por tanto compatibles con el citado artículo representantes individuales de una Administración con representantes conjuntos de varias de ellas.
- No resulta compatible con el carácter conjunto del control la posibilidad de que una Administración pueda condicionar por sí sola la actividad de la sociedad medio propio conjunto de varias Administraciones.
- La calificación como medio propio debe constar expresamente en los estatutos de acuerdo con el artículo 32.2.d) de la LCSP.
- Los encargos deben realizarse dentro del objeto social del medio propio, debiendo precisarse en la plataforma de contratación 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 de acuerdo con el artículo 32.6.a) de la LCSP.
- El encargo no impide que el medio propio subcontrate la realización de determinadas prestaciones objeto del encargo sin superar el 50% de la cuantía del mismo (apartado b) del artículo 32.7 de la LCSP).

- *Que la norma de creación o los estatutos reguladores de la entidad que recibía la encomienda hubieran determinado de forma expresa y específica²⁹ la condición de la entidad como medio propio y servicio técnico del poder adjudicador encomendante; las entidades respecto de las que tuviera esta condición, con detalle del régimen de las encomiendas que se les pudieran conferir y de las condiciones en las que se les pudieran adjudicar directamente contratos; y la imposibilidad de que estas entidades participasen en licitaciones públicas convocadas por el poder adjudicador encomendante, sin perjuicio de que, de no acudir licitadores, pudiera este encargarles, mediante encomienda de gestión, la ejecución de la prestación que constituyera el objeto del contrato cuya licitación resultaba desierta.*

Respecto de este tercer requisito el TRLCSP introdujo una medida de seguridad jurídica, puesto que no solo exigía, como hacía el TRLCAP, que los entes que tuvieran que recibir encomiendas de gestión por parte de los poderes adjudicadores reuniesen los requisitos exigidos por la normativa y jurisprudencia comunitaria y por la normativa interna, sino que, además, estableció la necesidad de que la norma creadora del ente o sus estatutos reguladores contuviesen determinadas previsiones mínimas al respecto, que no dejaran margen para ninguna duda, referidas básicamente al hecho de que el ente ostentase tal condición y los poderes adjudicadores respecto de los que la ostentase, así como el régimen jurídico de estas encomiendas y las condiciones en las que se les podían adjudicar directamente contratos y, en todo caso, la prohibición de participar en

-
- En el momento de creación del medio propio conjunto hay que justificar que su creación sea una opción más eficiente que la contratación pública y resulte sostenible y eficaz, aplicando criterios de rentabilidad económica, o 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 (artículos 86.2 LRJSP y 32.2.d] y 32.6 LCSP).
 - La tarifa deberá calcularse de manera que represente los costes reales en los términos fijados en el artículo 32.4.a) *in fine* de la LCSP. Respecto al IVA, los servicios prestados conforme a la normativa tributaria no están sujetos al impuesto en los términos previstos en la disposición final décima de la LCSP, que modifica la Ley 37/1992, de 28 de diciembre, del Impuesto sobre el Valor Añadido.
 - El medio propio conjunto no puede participar en licitaciones públicas convocadas por los ayuntamientos de los que sea medio propio personificado, sin perjuicio de que, cuando no concorra ningún licitador, pueda encargársele la ejecución de la prestación objeto de las mismas de acuerdo con el artículo 32.2.d), segundo párrafo, de la LCSP.
 - No cabe acudir al mecanismo de delegación de competencias entre dos ayuntamientos para la utilización de un medio propio que solo pertenece a uno de ellos.

29. Por este motivo la Recomendación núm. 2/2009, de 22 de abril, de la Comisión Consultiva de Contratación Pública de Andalucía, recomendaba que, a efectos de dar cumplimiento al artículo 24.6 de la LCSP, las entidades instrumentales de la Junta de Andalucía adaptaran sus normas de creación o estatutos, con objeto de recoger tal previsión.

licitaciones públicas convocadas por el poder adjudicador encomendante³⁰, sin perjuicio de que, de no acudir licitadores, pudiera este encargarles, mediante encomienda de gestión, la ejecución de la prestación que constituyera el objeto del contrato cuya licitación quedara desierta.

– *Régimen jurídico y limitaciones de la contratación externa*

Para finalizar, el TRLCSP contemplaba un último requisito en relación con las encomiendas de gestión, que hacía referencia al régimen jurídico de la actividad contractual del ente que la recibe, cuando para llevarla a cabo tenía que acudir a la contratación externa, y que, en determinados supuestos, portaba inherente algunas limitaciones, al establecer que cuando las prestaciones encomendadas generasen la necesidad de suscribir contratos con terceros, estos contratos, que como ha señalado la jurisprudencia³¹ únicamente eran imputables al ente que recibía la encomienda y nunca al ente encomendante, tenían que quedar sometidos al TRLCSP de acuerdo con la naturaleza jurídica del ente receptor de la encomienda que, en muchos supuestos, generaría la existencia de un contrato privado, y también de acuerdo con el tipo y la cuantía del contrato, es decir, según se tratara de contratos sujetos a regulación armonizada o no y según su cuantía superara o no los umbrales económicos que el TRLCSP establecía.

Con la previsión expresa de que cuando se tratara de la ejecución de obras, la entidad no podía contratar con terceros más del 50% de su importe, por aplicación de lo dispuesto por el artículo 24.4 *in fine* del TRLCSP, al tratarse de la realización de obras por Administración, ya que como señaló la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de Canarias³², esta posibilidad de contratar con terceros derivaba del hecho de que la condición de medio propio o servicio técnico no requería necesariamente que la entidad dispusiera de todos los medios necesarios para llevarla a cabo, por lo que podía contratar con terceros los recursos o medios complementarios que resultasen necesarios, siempre y cuando estas contrataciones se llevaran a cabo de acuerdo con el TRLCSP.

Se planteaba la duda, no obstante, de si la previsión contenida en el artículo 24.4 *in fine* del TRLCSP, al no tener este apartado del precepto naturaleza básica, resultaba aplicable a todas las comunidades autónomas o estas

30. Para la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de Cataluña –Informe núm. 4/2010, de 26 de marzo–, esta imposibilidad de concurrir a licitaciones públicas convocadas por el poder adjudicador del cual se constituyen en medio propio, no enerva, lógicamente, su capacidad de concurrir a licitaciones convocadas por otros entes, organismos o entidades del sector público.

31. STS 9.12.2013, RJ 8174.

32. Informe núm. 2/2012, de 10 de abril.

podían, en el ámbito de sus propias competencias, variar este porcentaje. De lo que no cabía ninguna duda, en cambio, es de que no lo podían eliminar, ya que resultaba evidente que si la totalidad de la obra encomendada hubiera sido objeto de contratación externa, ya no se podría hablar de ejecución de obras por Administración, y si no se trataba de la ejecución de obras por Administración, tampoco cabía la encomienda de gestión, pues tal y como establecía el artículo 24.1.a) del TRLCSP, eran obras por Administración las que el poder adjudicador llevaba a cabo utilizando exclusivamente medios propios o con la colaboración parcial de empresarios cuando, entre otros supuestos, la Administración dispusiera de servicios técnicos suficientemente aptos para su realización, lo que no era otra cosa que los medios propios y servicios técnicos de que hablaba el propio TRLCSP en su artículo 24.6 al regular los requisitos de las encomiendas de gestión. De hecho, así lo consideró la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado³³.

En consecuencia, todas las encomiendas de gestión o contratos *in house* que no se ajustaran a esas exigencias, constituían una utilización anómala y contraria a la ley de esta figura, que generaba una relación contractual vulnerando los principios comunitarios de publicidad y concurrencia. Incluso, en algunos casos, en función del objeto de la encomienda, provocó que los juzgados y tribunales de lo social considerasen que con la utilización de esta técnica se producía una auténtica cesión ilegal de trabajadores³⁴ prohibida por el artículo 43 del entonces Estatuto de los Trabajadores, ya que, en estos casos, el objeto de la encomienda consistía únicamente en proveer de mano de obra al ente encomendante, y este fue el motivo por el que en muchos supuestos resolvieron declarar la condición de trabajadores indefinidos no fijos de los demandantes, respecto de la entidad que efectuaba la encomienda, al considerarla realizada en fraude de ley.

3.3

Las previsiones de las directivas comunitarias

A diferencia de la anterior Directiva sobre contratación pública³⁵, la Directiva 2014/24/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, que derogó la anterior, regula en su artículo 12, por primera vez en el ámbito comunitario, los contratos públicos adjudicados entre entidades del

33. Informe núm. 13/2012, de 27 de septiembre.

34. SSTSJ de Andalucía 4.5.2010 y de Murcia 10.12.2012 y 24.6.2014, AS 1151, AS 630 y AS 2757.

35. Directiva 2004/18/CE.

sector público, después de declarar en su considerando 31 que así lo aconsejaba la considerable inseguridad jurídica respecto de los supuestos en los que los contratos entre entidades del sector público tenían que quedar sometidos a las normas de contratación pública, debido a las diferentes interpretaciones que se estaban produciendo de la jurisprudencia comunitaria dictada al respecto entre los diferentes Estados de la Unión, incluso entre los diferentes poderes adjudicadores.

Por eso, bajo el doble principio de que el mero hecho de que las dos partes de un acuerdo sean poderes públicos no excluye por sí solo la aplicación de las normas de contratación, y de que la normativa comunitaria no tiene que interferir en la libertad de los poderes públicos para ejercer las funciones de servicio público de su competencia utilizando sus propios recursos, incluidos los derivados de la cooperación interadministrativa, regula en su artículo 12 los contratos públicos entre entidades del sector público, asegurando que la cooperación entre entidades públicas no genere un falseamiento de la competencia con respecto a los operadores económicos privados, hasta el punto de situar a un proveedor de servicios privado en una situación de ventaja respecto de sus competidores.

A tal fin, su artículo 12 regula cuatro supuestos de contratos públicos adjudicados entre entidades del sector público que quedan excluidos del ámbito de aplicación de la Directiva que, tal y como señaló la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de Cataluña en su Informe núm. 13/2015, de 12 de noviembre, se concretaban en las modalidades siguientes: el contrato *in house* ordinario, que es el que dio lugar a la jurisprudencia comunitaria y el que se recogió en el TRLCSP, en los términos que anteriormente hemos analizado; el contrato *in house* inverso, en el que es el medio propio o la entidad controlada quien contrata a la entidad controladora; el contrato *in house* horizontal, que es el suscrito entre dos entidades controladas por una misma entidad; y el contrato *in house* con una entidad controlada de manera conjunta por varios poderes adjudicadores.

En todas estas modalidades es necesario, según la Directiva, que se cumplan todas y cada una de las condiciones siguientes:

- a. Que el poder adjudicador ejerza sobre la persona jurídica de la que se trate un control análogo al que ejerce sobre sus propios servicios, considerando que se da esta situación cuando ejerza una influencia decisiva sobre objetivos estratégicos y decisiones significativas de la persona jurídica controlada, bien directamente, bien mediante otra persona jurídica controlada por el poder adjudicador, control que, en los supuestos de una entidad controlada de manera conjunta por varios poderes adjudicadores, ha de ser conjunto entre todos ellos, pro-

duciéndose esta circunstancia tanto cuando los órganos decisorios de la persona jurídica controlada estén compuestos por representantes de todos los poderes adjudicadores participantes, con la posibilidad de que cada representante pueda representar a varios poderes adjudicadores participantes o a la totalidad de los mismos, como cuando estos poderes adjudicadores puedan ejercer conjuntamente una influencia decisiva sobre los objetivos estratégicos y las decisiones significativas de la persona jurídica controlada, o cuando la persona jurídica controlada no persiga intereses contrarios a los intereses de los poderes adjudicadores que la controlan.

- b. Que más del 80 % de las actividades de esta persona jurídica se lleven a cabo en el ejercicio de cometidos que le hayan sido confiados por el poder adjudicador o poderes adjudicadores que la controlan o por otras personas jurídicas controladas por estos, con la previsión de que para calcular este porcentaje se ha de tomar en consideración la media del volumen de negocios total, u otro indicador alternativo de actividad apropiado, como los gastos soportados por la persona jurídica o el poder adjudicador considerado en relación con servicios, suministros y obras en los tres ejercicios anteriores a la adjudicación del contrato, salvo que, debido a la fecha de creación o del inicio de actividad de la persona jurídica o del poder adjudicador o debido a la reorganización de sus actividades, estos datos no estuvieran disponibles respecto de los tres ejercicios anteriores o hubieran perdido su vigencia, en cuyo caso será suficiente con demostrar que el cálculo del nivel de actividad se corresponde con la realidad, en especial mediante proyecciones de negocio.
- c. Que no exista participación directa de capital privado en la persona jurídica controlada, ni ejerza una influencia decisiva sobre la persona jurídica controlada, sin perjuicio de reconocer la posibilidad de que, de conformidad con los tratados, la legislación nacional de cada Estado pueda imponer formas de participación de capital privado sin capacidad de control mayoritario ni minoritario³⁶.

36. La STC 103/2015, de 28 de mayo, se refiere a esta posibilidad, al señalar que las nuevas directivas en materia de contratación “han venido a despejar la inseguridad jurídica existente sobre cuándo los contratos celebrados entre entidades del sector público están o no sujetos a las normas de contratación pública, especificando que aun cuando, con carácter general la encomienda de un poder adjudicador a una entidad del sector público controlada por éste, pero participada por los particulares, no puede ser objeto de encomienda directa, ya que ello otorgaría al operador económico una ventaja competitiva, ello no es predicable de los supuestos en los que una norma legal o administrativa de derecho interno, acorde con los Tratados, es la que encarga la prestación del servicio público a una organización en cuyo

Añadiendo en su apartado 4 a estas modalidades de contratos *in house* o cooperación vertical, como nuevo negocio excluido, la cooperación horizontal o cooperación entre poderes adjudicadores para la prestación conjunta de servicios públicos, siempre que el contrato establezca o desarrolle una cooperación entre los poderes adjudicadores participantes, con el fin de garantizar que los servicios públicos que les incumban se presten de forma que se logren los objetivos que tienen en común, que el desarrollo de esta cooperación se guíe únicamente por consideraciones relacionadas con el interés público y que los poderes adjudicadores participantes realicen en el mercado abierto menos del 20% de las actividades objeto de cooperación, calculado por el mismo procedimiento que en los supuestos anteriores.

Este precepto de la Directiva fue considerado aplicable³⁷ en España antes de su transposición al derecho español, incluso antes de que hubiera expirado el plazo para ello, con la única excepción de la referencia a la participación de capital privado en el medio propio o la persona jurídica controlada contenida en los apartados 1.2) y 2 del propio precepto, respecto de la cual, como el propio artículo indica, la imposición expresa de esta participación requería disposición legal nacional.

3.4

Regulación actual de los encargos a medios propios en la LCSP

En la LCSP la regulación de las encomiendas de gestión ha sido mucho más matizada que en la legislación anterior, entre otras poderosas razones porque, como sucedía con otros muchos aspectos de esta Ley, el legislador dio con ella cumplimiento o, cuando menos, recogió muchos de los pronunciamientos judiciales que en relación con este extremo se habían ido generando por el Tribunal de Justicia europeo y por la doctrina más autorizada elaborada en torno a estos pronunciamientos de la justicia comunitaria, y esta es la razón que nos ha llevado a considerar necesario el análisis previo de los anteceden-

capital participan obligatoriamente operadores privados, siempre que esta participación no permita bloquear ni controlar la persona jurídica controlada –empresa mixta– ni les otorgue una influencia decisiva en las decisiones [considerando 32 de la Directiva 2014/24/UE y art. 12 c)]”.

37. El Informe núm. 1/2016, de 6 de abril, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de Cataluña, se hace eco de las palabras de la Abogacía del Estado, que mantenía que “esta norma del derecho de la Unión Europea establece en la materia que disciplina una regulación muy detallada que, por eso, hace innecesaria realmente la promulgación de una norma de derecho nacional que desarrolle o complete las previsiones de aquella con el fin de posibilitar su efectiva aplicación”.

tes legislativos y de los orígenes de esta institución, para interpretar debidamente su regulación actual.

En este nuevo marco perfilado por las actuales directivas comunitarias se promulgó la actual LCSP, que, tal y como el propio texto indica en su disposición final quinta, tenía por objeto incorporar a nuestro ordenamiento las directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/24/UE y 2014/23/UE, ambas de 26 de febrero de 2014, sobre contratación pública y sobre adjudicación de contratos de concesión.

En la LCSP, además de contemplarse en su disposición adicional vigésima cuarta un régimen jurídico específico para TRAGSA y su filial TRAGSA-TEC, bajo la denominación de “encargos a medios propios personificados”, que consagra su condición de medio propio, respecto de diferentes actividades, no susceptibles de verse ampliadas por la vía interpretativa³⁸, y respecto de diferentes entidades, entre las que se incluyen las diputaciones provinciales y sus entidades del sector público dependientes que tengan la condición de poderes adjudicadores³⁹, se diferencia entre la encomienda de gestión regulada actualmente por la LRJSP⁴⁰, que excluye de su ámbito de aplicación en su artículo 6.3, y los convenios interadministrativos y encargos a medios propios que, sin excluirlos, regula de forma específica en sus artículos 30 a 33, aunque, como veremos, no en todos los casos con carácter básico.

En estos preceptos, después de establecer en el artículo 31 un reconocimiento explícito de la potestad de autoorganización y de los sistemas de cooperación pública entre entidades pertenecientes al sector público, tanto de naturaleza vertical, mediante sistemas de cooperación consistentes en el uso de medios propios personificados, como de naturaleza horizontal, mediante la formalización de convenios, en ambos casos de naturaleza no contractual, y después de autorizar para estos casos la realización conjunta de contrataciones y de su responsabilidad, distingue entre la ejecución directa de prestaciones por la Administración con la colaboración de empresarios particulares o a través de medios propios no personificados, que regula en su artículo 30, y los encargos a medios propios personificados, aplicando un régimen jurídico distinto según sean realizados por poderes adjudicadores o por entidades pertenecientes al sector público que no tengan la consideración de poder adjudicador.

38. La sentencia del Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de Castilla y León de 22 de mayo de 2019, JUR 252686, así lo pone de manifiesto, recordando la exigencia de que las actividades estén incluidas en su objeto social.

39. Informe de la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado 39/2019, de 20 de diciembre, JUR 343716.

40. STSJ de Cataluña 21.9.2020, JUR 315312.

3.4.1

Ejecución directa de prestaciones por la Administración con la colaboración de empresarios particulares o a través de medios propios no personificados

La ejecución directa de prestaciones por la Administración se regula en el artículo 30, aunque, según se deriva del número 3 de su disposición final primera, en calidad de legislación no básica. Según estas previsiones, la ejecución directa de prestaciones por la Administración se puede instrumentar, bien con la colaboración de empresarios particulares o a través de medios propios, siempre que no se trate de medios propios personificados, ya que en este caso la Ley nos remite al encargo de gestión, y puede ir referida a la ejecución de obras o a la fabricación de bienes muebles, ya que la prestación de servicios ha de ser normalmente realizada por la propia Administración con sus propios medios, y solo cuando carezca de estos y previa justificación en el expediente, mediante contratación externa, generando de esta manera un principio de preferencia por la prestación directa, frente a la externalización, que en el caso de los servicios parece configurarse como fórmula residual.

La ejecución de obras por la Administración, con o sin la colaboración de empresarios particulares, procederá en los mismos supuestos que actualmente regula el TRLCSP, es decir, en los siguientes casos:

1. Cuando la Administración tenga montadas fábricas, arsenales, maestranzas o servicios técnicos o industriales suficientemente aptos para la realización de la prestación, en cuyo caso deberá normalmente utilizarse este sistema de ejecución.
2. Cuando la Administración posea elementos auxiliares utilizables, cuyo empleo suponga una economía superior al 5% del importe del presupuesto del contrato o una mayor celeridad en su ejecución, justificándose, en este caso, las ventajas que se sigan de la misma.
3. Cuando no haya habido ofertas de empresarios en la licitación previamente efectuada.
4. Cuando se trate de un supuesto de emergencia, de acuerdo con lo previsto en el artículo 120 de la propia Ley.
5. Cuando, dada la naturaleza de la prestación, sea imposible la fijación previa de un precio cierto o la de un presupuesto por unidades simples de trabajo.
6. Cuando sea necesario relevar al contratista de realizar algunas unidades de obra por no haberse llegado a un acuerdo en los precios contradictorios correspondientes.

7. Cuando se trate de obras de mera conservación y mantenimiento, según la definición contenida en su artículo 230.5.
8. Excepcionalmente, cuando se trate de la ejecución de obras definidas en virtud de un anteproyecto y no se aplique el régimen previsto en el artículo 145.6 de la Ley, relativo a la valoración de las ofertas con más de un criterio de adjudicación.

Con la previsión de que en los supuestos contemplados en los números 1, 2, 3, 5 y 6 se tendrá que redactar el correspondiente proyecto en los términos reglamentariamente previstos, y con la posibilidad de utilizar en todos los casos la colaboración de empresarios particulares, siempre que esta no sobrepase, en los supuestos a) y b), el 60% del importe total del proyecto, con lo que se elevó el límite anterior del 50%.

En estos casos la relación contractual con estos empresarios deberá ir precedida de la autorización de la ejecución de las obras y, en su caso, de la aprobación del proyecto, por el órgano competente para la aprobación del gasto, y constituirá un contrato de obras que se tendrá que adjudicar de acuerdo con los procedimientos de selección del contratista regulados con carácter general por la propia LCSP, con la excepción de los supuestos de emergencia.

La fabricación de bienes muebles por la Administración, con o sin la colaboración de empresarios particulares, procederá cuando concurra alguno de los supuestos previstos para las obras en los apartados 1, 3, 4 y 5 anteriores, o en el supuesto previsto en el apartado 2 cuando se obtenga un ahorro superior al 20% del presupuesto del suministro o una mayor celeridad en su ejecución, decantándose en este caso el principio de preferencia por la externalización, frente a la fabricación directa, salvo que se refiera a la fabricación de bienes muebles que, por razones de defensa o de interés militar, resulte conveniente ejecutar por la Administración.

En estos supuestos, la relación contractual con estos empresarios deberá ir precedida de la autorización de la fabricación de los muebles por el órgano competente para la aprobación del gasto, y constituirá un contrato de suministro que, como en el caso de las obras, se adjudicará de acuerdo con los procedimientos de selección del contratista regulados con carácter general por la propia LCSP, con la excepción de los supuestos de emergencia.

3.4.2

Encargos a medios propios personificados

Por el contrario, cuando los encargos afecten a prestaciones propias de los contratos de obras, suministros, servicios o concesión de obras o de servicios

y se realicen a medios propios personificados, nos encontraremos ante los denominados contratos *in house* o encargos de gestión, que no tendrán la consideración jurídica de contrato y que únicamente quedan sometidos a un régimen jurídico específico, establecido con rango de legislación básica, que será diferente según que el ente encomendante tenga la condición de poder adjudicador o sea simplemente una entidad del sector público que no tenga tal consideración⁴¹; precisamente por ello la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado⁴² ha considerado que ni les resultaban de aplicación –ni directa, ni analógica, ni supletoria– las medidas de suspensión de los contratos previstas en el artículo 34 del Real Decreto-ley 8/2020, de medidas urgentes extraordinarias para hacer frente al impacto económico y social del COVID-19, ni tampoco las previstas en el artículo 208 de la LCSP.

- Encargos de los poderes adjudicadores a medios propios personificados

Cuando se trate de poderes adjudicadores del sector público que decidan ejecutar de manera directa prestaciones propias de los contratos de obras, suministros, servicios o concesión de obras o de servicios a través de medios propios personificados, se sujetarán al régimen establecido en el artículo 32 de la LCSP, que ha sido posteriormente modificado en tres ocasiones mediante las leyes de presupuestos generales del Estado 6/2018, de 3 de julio, y 11/2020, de 30 de diciembre, y mediante el Real Decreto-ley 36/2020, de 30 de diciembre, de medidas urgentes para la modernización de la Administración pública y para la ejecución del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia.

Según la redacción actual de este precepto, este tipo de operaciones no tendrá la consideración de contrato, sino la de encargos a medios propios realizados en ejercicio de su potestad de autoorganización, cuando suponga la ejecución directa por los poderes adjudicadores de prestaciones propias de los contratos de obras, servicios, suministros, concesión de obras y concesión de servicios públicos por parte de los poderes adjudicadores, mediante un encargo a otra persona jurídica distinta que, con independencia de su sujeción al derecho público o al privado, tenga respecto del poder adjudicador

41. El propio Preámbulo nos anuncia que, “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”.

42. Informe núm. 27/2020, de 12 de febrero de 2021, JUR 73442.

encomendante la condición de medio propio, a cambio de una compensación económica de carácter tarifario.

Idéntico régimen jurídico se aplicará cuando el encargo de gestión sea inverso u horizontal, es decir, cuando el medio propio o la entidad controlada, siendo un poder adjudicador, realice un encargo al poder adjudicador que la controla o a otra persona jurídica controlada, directa o indirectamente, por el mismo poder adjudicador, siempre que no exista participación directa de capital privado en la persona jurídica a la que se realice el encargo.

Se trata de una modalidad organizativa y de actuación administrativa que excepciona los principios contractuales públicos y, muy particularmente, el principio de concurrencia, y que tiene, por tanto, una gran incidencia en el mercado. Este es el motivo por el que algunos tribunales autonómicos de recursos contractuales⁴³ han considerado que para utilizar esta fórmula han de concurrir razones que así lo aconsejen y que este extremo quede debidamente justificado en el expediente. Incluso otros tribunales⁴⁴, yendo más allá de la dicción literal de la LCSP, han considerado aplicable a todo el sector público, y no solo al estatal, la previsión contenida en el inciso final del apartado 1 del artículo 32 de la LCSP, cuando alude a “sin perjuicio de los requisitos establecidos para los medios propios del ámbito estatal en la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público”, refiriéndose con ello, sin duda, al artículo 86 de esta última Ley, posteriormente modificado por la Ley 11/2020, de 30 de diciembre, que exige que el encargo de gestión constituya una opción más eficiente que la contratación pública, y que resulte más sostenible y más eficaz aplicando criterios de rentabilidad económica, y ello no solo en el momento de efectuar la declaración de una entidad como medio propio y servicio técnico, sino también en el momento posterior de la realización de los concretos encargos, para lo cual exige una explicitación en la memoria justificativa correspondiente de las razones por las que el encargo resulta más eficiente que el recurso a la contratación pública.

La ley también determina los requisitos que deben cumplir estas personas jurídicas para ostentar la condición de medio propio⁴⁵, distinguiendo

43. Resolución del Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de Castilla y León de 22 de mayo de 2019, JUR 252686.

44. La Resolución de 19 de febrero de 2019 del Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de la Junta de Andalucía, JUR 76132, entiende que si bien el artículo 86.2 y 3 de la LRJSP contempla requisitos que han de ser cumplidos con carácter previo a la declaración de una determinada entidad como medio propio, ello no obsta a que en los procedimientos de formalización de los concretos encargos que se le realicen se tenga también que efectuar idéntico análisis.

45. En la redacción original de la LCSP estos requisitos se tenían que mantener en todo momento, ya que, como de forma expresa determinaba en su artículo 32.5, su incumplimiento sobrevinido comportaba la pérdida de la condición de medio propio personificado y la

según se trate de medios propios de una única entidad del sector público o de varias. En el primer caso resulta requisito indispensable que se trate de personas jurídicas de derecho público o de derecho privado que cumplan la totalidad de los requisitos siguientes:

- Que el poder adjudicador que pueda conferirle encargos ejerza sobre el ente destinatario de los mismos un control, directo o indirecto, análogo al que ostentaría sobre sus propios servicios o unidades, de manera que el primero pueda ejercer sobre el segundo una influencia decisiva sobre sus objetivos estratégicos y decisiones significativas, entendiéndose que se ostenta este control análogo cuando él mismo o bien otro u otros poderes adjudicadores o personas jurídicas controladas del mismo modo por él puedan conferirle encargos que sean de ejecución obligatoria para el ente destinatario del encargo, por así establecerlo sus estatutos o 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.

En este caso la compensación económica se ha de establecer por referencia a tarifas aprobadas por la entidad pública de la que dependa el medio propio personificado y en la forma que reglamentariamente se determine, y tendrán que ser calculadas de manera que representen los costes reales de realización de las unidades producidas por el medio propio, y atendiendo al coste efectivo soportado por este respecto de las actividades encomendadas que se subcontraten con empresarios particulares, cuando el coste sea inferior al resultante de aplicar las tarifas.

- Que más del 80 % de las actividades del ente que recibe el encargo se lleven a cabo por encargo del ente encomendante o por otras personas jurídicas controladas del mismo modo por este, calculándose este porcentaje, cuando sea posible⁴⁶, con referencia a los tres ejercicios inmediatamente anteriores, a partir del promedio del volumen global de negocios, de los gastos soportados por los servicios prestados al

imposibilidad de seguir efectuando encargos a la persona jurídica afectada, aunque no afectaban a los encargos en estado de ejecución, que podían ser concluidos, pero desde la reforma operada por la disposición final cuadragésima. Uno de la Ley 11/2020, de 30 de diciembre, esta previsión ha quedado derogada.

46. Cuando debido a la fecha de creación o de inicio de actividad del poder adjudicador encomendante, o a la reorganización de sus actividades, el volumen global de negocios o, en su caso, otro indicador alternativo de actividad, no estuvieran disponibles respecto de los tres ejercicios anteriores a la formalización del encargo o hubieran perdido su vigencia, será suficiente con justificar que el cálculo del nivel de actividad se corresponde con la realidad, en especial mediante proyecciones de negocio.

poder adjudicador en relación con la totalidad de los gastos en que haya incurrido el medio propio por razón de las prestaciones que haya realizado a cualquier entidad, o a partir de otro indicador alternativo de actividad que resulte fiable⁴⁷.

En relación con el cálculo de este criterio de actividad, a nivel estatal, la Abogacía y la Intervención General del Estado dictaron de forma conjunta la Circular de 22 de marzo de 2019⁴⁸, sobre los criterios a tener en cuenta para su cálculo en aquellas entidades que sean consideradas medios propios, con el fin de cubrir el vacío normativo derivado de la falta de desarrollo reglamentario del precepto, en la que partiendo del principio de la interpretación restrictiva de estas previsiones de la LCSP determinado por la jurisprudencia europea⁴⁹, y haciendo descansar la carga de la prueba de la concurrencia de los requisitos de la existencia de circunstancias excepcionales que justifican la excepción en la entidad que quiera beneficiarse de su aplicación, se analizan los tres parámetros a tener en cuenta: las magnitudes a considerar en relación con el indicador seleccionado por el medio propio para medir la actividad –que debe ser fiable, razonable, cuantificable y constatable–, la fiabilidad y medición del indicador elegido y la temporalidad del indicador promedio.

- Cuando el ente destinatario del encargo sea un ente sujeto a derecho privado, la totalidad de su capital o patrimonio tendrá que ser de titularidad o aportación pública.
- Que esta condición de medio propio personificado de la entidad destinataria del encargo, respecto del concreto poder adjudicador que lo efectúa, figure de forma expresa en sus estatutos sociales o acto de creación, previa conformidad o autorización expresa del poder adjudicador correspondiente y previa verificación por parte de este de que cuenta con medios personales y materiales apropiados para la realización de los encargos⁵⁰ de conformidad con su objeto social, aspecto este último

47. En la redacción original de la LCSP se exigía que el cumplimiento efectivo de este requisito quedara reflejado en la memoria de las cuentas anuales del ente que recibía el encargo y fuera, en consecuencia, objeto de verificación por el auditor de cuentas correspondiente, pero en estos momentos este requisito formal ya no resulta exigible desde la reforma operada por la disposición final cuadragésima.Uno de la Ley 11/2020, de 30 de diciembre.

Respecto de este requisito, el de ausencia de capital privado y el de control, véase el Informe 1/2019, de 13 de marzo, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Generalitat de Cataluña.

48. JUR 99.601.

49. Sentencia de 13 de octubre de 2005 (asunto C-458/03, Parking Brixen).

50. Informe 11/2017, de 19 de diciembre, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Generalitat de Cataluña. También contemplan esta exigencia las sentencias que se citan en la nota siguiente.

que se presume cuando haya obtenido la correspondiente clasificación respecto a los grupos, subgrupos y categorías que ostente.

Con este objeto, los estatutos sociales o el acto de creación correspondiente deberán determinar el poder adjudicador respecto del que tiene tal condición y el régimen jurídico y administrativo de los encargos que se les puedan conferir, sin que sea posible que estos entes puedan participar en licitaciones públicas convocadas por el poder adjudicador del que sean medio propio personificado, salvo que no concurra ningún licitador, único supuesto en el que se les puede encargar la ejecución de la prestación que constituya su objeto, y siempre que el objeto del encargo sea idéntico al del contrato licitado⁵¹.

En el caso de medios propios de varios poderes adjudicadores, tendrán la consideración de medio propio personificado respecto de dos o más poderes adjudicadores que sean independientes entre sí aquellas personas jurídicas, de derecho público o de derecho privado, que cumplan los requisitos previstos anteriormente para los supuestos de medios propios de un solo poder adjudicador, pero con las siguientes especialidades:

- Respecto del requisito de control, es necesario que los poderes adjudicadores encomendantes ejerzan sobre el ente que recibe el encargo un control conjunto análogo al que ostentarían sobre sus propios servicios o unidades, entendiéndose a estos efectos que existe este control conjunto cuando se cumplan la totalidad de las condiciones siguientes:
 - Que en los órganos decisorios del ente que recibe el encargo estén representados todos los poderes adjudicadores potencialmente encomendantes, pero con la posibilidad de que cada representante pueda representar a varios entes, incluso a todos.
 - Que los poderes adjudicadores encomendantes puedan ejercer directa y conjuntamente una influencia decisiva sobre los objetivos estratégicos y sobre las decisiones significativas del ente que recibe el encargo.
 - Que el ente que recibe el encargo no persiga intereses contrarios a los intereses de los entes encomendantes.

Con la precisión, confirmada por los tribunales nacionales y europeo, de que este control conjunto se puede manifestar por diferentes medios y no requiere, con carácter indispensable, que cada una de las entidades lo ejerza individualmente⁵², ni tampoco que cada una de las

51. Resolución del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales de 18 de febrero de 2019, JUR 86612.

52. SSTSJ de Cataluña 21.9.2020 y 22.4.2021, JUR 315312 y RJCA 697, y STJUE 29.11.2012 (Econord SpA contra Comune di Cagno y Comune di Varese).

entidades participe en el capital de la entidad *in house*, siempre que se pueda acreditar que puede ejercer una influencia determinante tanto en sus objetivos estratégicos como en sus decisiones más importantes, y, por tanto, un control efectivo, estructural y funcional⁵³.

- Respecto del requisito de actividad, es necesario que más del 80 % de las actividades del ente que recibe el encargo, calculado de idéntica forma y con el mismo régimen jurídico que en el supuesto de un único poder adjudicador, se lleven a cabo en el ejercicio de los cometidos que le hayan sido confiados por las entidades encomendantes o por otras personas jurídicas controladas por ellas. Por tanto, este requisito se considera satisfecho si el medio propio alcanza el porcentaje de actividad indicado con el conjunto de las entidades que realizan la encomienda, y no con una de ellas en concreto.

Todos estos encargos, con independencia de que se trate de medios propios de un solo poder adjudicador o de varios, quedan sujetos a un procedimiento específico que requiere que, con carácter previo, el medio propio personificado publique en la plataforma de contratación correspondiente tal condición, con detalle de los poderes adjudicadores frente a los cuales la ostenta y de los sectores de actividad respecto de los que puede ejecutar prestaciones susceptibles de este tipo de encargos, que han de estar comprendidos en su objeto social. También será necesaria su formalización documental, con expresión de su plazo de duración, así como su publicación en la plataforma de contratación correspondiente, cuando su importe sea superior a 50 000 €, IVA excluido.

En el sector público estatal, la LCSP exige, además, un trámite de autorización previa del Consejo de Ministros cuando su importe iguale o sea superior a 12 000 000 de € y sus modificaciones superiores al 20 % de su importe inicial que, por razones obvias, no resulta de aplicación directa al sector local⁵⁴.

Respecto del régimen jurídico al que se han de sujetar estos encargos, la LCSP contempla un sistema de compensación económica a favor del medio propio, así como la posibilidad de contratar con terceros prestaciones parciales objeto del encargo.

La compensación económica por la prestación de servicios⁵⁵, salvo en los supuestos previstos por la letra F del artículo 7.8 de la Ley 37/1992, de

53. STJUE 18.6.2020 (Porin Kaupunki, c-328/19).

54. En este sentido entiendo que cuando el apartado 3 de la disposición final primera de la nueva LCSP declara el carácter no básico de la letra c) del apartado 5 del artículo 32, se trata de una errata, y creo que realmente el carácter no básico del precepto ha de referirse a la letra c) del apartado 6 del mismo.

55. La consulta vinculante de la Dirección General de Tributos de 27 de agosto de 2018, JUR 268853, deja claro que, en cambio, las entregas de bienes sí generan IVA, y que cuando el objeto del encargo se concrete en la realización de ejecuciones de obra con aportación de

28 de diciembre, reguladora del IVA, no está sujeta a este impuesto⁵⁶, ni tampoco puede incluir el concepto de beneficio industrial, para no resultar incompatible con la condición de medio propio, por cuanto podría producir un falseamiento o una restricción de la libre competencia, y distinguirá según se trate de actividades objeto de encargo realizadas directamente por el medio propio o de actividades realizadas mediante contratación con terceros, ya que si bien en ambos casos se parte de su establecimiento por referencia a tarifas aprobadas por la entidad pública de la que depende el medio propio, cuando se trate de actividades contratadas con terceros, la LCSP, además de remitirse a un desarrollo reglamentario, al disponer que esta compensación se calculará en la forma que reglamentariamente se determine, exige que su cálculo se realice atendiendo al coste efectivo soportado por el medio propio, ya que cuando este coste sea inferior al resultante de aplicar las tarifas a las actividades subcontratadas, quedará reducido a este coste efectivo, o lo que es lo mismo, en el caso de que como consecuencia de la contratación se obtengan economías, estas economías no podrán suponer un beneficio económico para el medio propio, sino para el ente del que depende.

La posible contratación con terceros de prestaciones parciales objeto del encargo se realizará mediante contratos sometidos a la legislación de contratos del sector público de acuerdo con la naturaleza de la entidad que los celebre y del tipo y valor estimado de los mismos, hasta un límite máximo del 50% de su cuantía⁵⁷, con la precisión de que no se considerarán prestaciones parciales las que el medio propio adquiera a otras empresas cuando se trate de suministros o servicios auxiliares o instrumentales, siempre que no constituyan una parte autónoma y diferenciable de la prestación principal, aunque formen parte del proceso necesario para producir la prestación encargada.

materiales cuyo objeto sea la construcción o rehabilitación de una edificación, y el coste de los materiales aportados por el que se ejecuta la obra exceda del 40% de la base imponible del impuesto, tendrán la consideración de entregas de bienes sujetas al IVA por aplicación de lo que dispone el artículo 8.dos de la ley reguladora de este impuesto.

^{56.} El artículo 7.8.º de la Ley 37/1992, de 28 de diciembre, reguladora del IVA, a partir de la redacción dada al mismo por la disposición final décima de la LCSP, así lo establece de manera tajante para todos los tipos de encargo a medios propios. Véanse la consulta vinculante de la Dirección General de Tributos de 22 de marzo de 2019, JT 472, y el informe de 30 de marzo de 2019, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa estatal, JUR 161209.

^{57.} Este límite máximo se podrá superar cuando el encargo se base en razones de seguridad, en el hecho de que la prestación, por su naturaleza, requiera un mayor control en la ejecución, o por razones de urgencia que demanden una mayor celeridad en su ejecución, pero esta excepción tiene carácter excepcional, por lo que se tendrá que justificar debidamente la concurrencia de estas circunstancias y acompañar el documento de justificación al de formalización del encargo, con el que se publicará en la plataforma de contratación correspondiente.

Esta limitación general tiene algunas excepciones, ya que quedan excluidos de la misma los contratos de obras que celebren los medios propios a los que se haya encargado una concesión de obras o de servicios. También, cuando se trate de la gestión de servicios públicos mediante la creación de entidades de derecho público destinadas a este fin o cuando esta gestión se atribuya a una sociedad de derecho privado de capital íntegramente público, así como cuando se trate de los contratos que celebre con terceros el medio propio al que se hayan encargado determinadas actividades tecnológicas o informáticas –la prestación de servicios informáticos y tecnológicos de la Administración pública con el fin de garantizar la compatibilidad, la comunicabilidad y la seguridad de redes y el fomento de las telecomunicaciones, el desarrollo de la sociedad de la información y sociedad digital–.

Este es, quizás, el extremo de la LCSP que ha sufrido una variación más importante desde su promulgación original, ya que inicialmente tan solo se contemplaban los dos primeros supuestos, cuyo fundamento entiendo que descansaba, en el primer caso, en el hecho de que la realización de las obras no constituye la totalidad del objeto del contrato, y, en el segundo, en la evidencia de que en estos casos no estamos ante un encargo de gestión a medios propios, sino ante una gestión directa y descentralizada del servicio mediante entes de carácter instrumental⁵⁸. En los nuevos supuestos incorporados a partir de las modificaciones operadas en la LCSP por la Ley 6/2018, de 3 de julio, y por el Real Decreto-ley 36/2020, de 30 de diciembre, las excepciones obedecen a otras exigencias de carácter más estratégico, relacionadas con la conveniencia de garantizar la compatibilidad, la comunicabilidad y la seguridad de redes y el desarrollo de la sociedad de la información.

- Encargos de entidades pertenecientes al sector público que no tengan la consideración de poder adjudicador a medios propios personificados

Cuando las entidades del sector público que actúen no tengan la condición de poder adjudicador, también nos encontraremos ante un contrato *in house* o encargo de gestión a un medio propio personificado que no tiene la condición de contrato y que se realiza a cambio de una compensación económica, pero, a diferencia del supuesto anterior, en este caso quien actúa en calidad de encomendante no es un poder adjudicador, sino una entidad del sector público que no tiene tal condición.

Para ello resulta necesario que la persona jurídica de la que se vale la entidad encomendante, con independencia de que se encuentre sujeta a derecho público o a derecho privado, tenga la condición de medio propio personifi-

⁵⁸. Informe 1/2019, de 13 de marzo, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Generalitat de Cataluña.

cado de la misma, lo que exige la concurrencia de tres requisitos: el control directo o indirecto de la entidad encomendante sobre el ente que recibe la encomienda en los mismos términos que cuando se trata de entidades que tienen la condición de poder adjudicador; que el capital social o patrimonio del ente que recibe la encomienda sea íntegramente de titularidad pública; y que más del 80% de sus actividades se lleven a cabo en virtud de encargos realizados por el ente encomendante que le controla o por otras personas jurídicas controladas por este.

Con la previsión específica, también aplicable al sector público autonómico, de que también resultará de aplicación este régimen a los encargos de gestión que se produzcan entre sus personificaciones jurídicas, cuando se dé entre ellas la correspondiente relación de control y, además, la totalidad del capital social o el patrimonio del medio propio sea de titularidad pública y cumplan el requisito relativo a que el 80% de sus actividades esté provocado por encargos del ente encomendante, a cuyo efecto, el propio artículo 33.3 de la LCSP establece que este último requisito se entenderá cumplido por referencia al conjunto de actividades que se hagan en el ejercicio de los cometidos que le hayan sido confiados por la entidad que realiza el encargo, por la entidad que controla directa o indirectamente tanto a la entidad que realiza el encargo como a la que lo recibe, así como por cualquier otra entidad también controlada directa o indirectamente por la anterior⁵⁹.

En este tipo de encargos, el artículo 33 de la LCSP no exige de forma expresa el requisito formal de que el medio propio tenga esta condición reconocida en sus estatutos o norma de creación, ni tampoco se recoge la prohibición de concurrir a licitaciones de los poderes no adjudicadores que pueden conferirle encargos, pero lo cierto es que, como puso de manifiesto la Audiencia Nacional⁶⁰, estando estas entidades sujetas a los principios de publicidad, concurrencia, transparencia, igualdad y no discriminación, y en la medida en que los encargos a medios propios constituyen excepciones a estos principios, lo lógico es evitar un recurso excesivo o abusivo de los medios propios que les otorgue ventajas competitivas en el mercado, que es lo que ocurriría si estos entes pudieran concurrir a las licitaciones que convoquen los entes encomendantes, por lo que considera que estas limitaciones son igual-

59. Así se había reconocido por la Junta estatal de Contratación Administrativa en su informe 29/2018, de 5 de octubre, con anterioridad a la reforma operada en el apartado 3 del artículo 33 de la LCSP como consecuencia de la entrada en vigor del Real Decreto-ley 17/2020, de 5 mayo, en que se consideró legalmente posible que las entidades del sector público que no tuvieran la condición de poder adjudicador pudieran realizar este tipo de encargos, respecto de otras entidades de la misma naturaleza sobre las que tuvieran el control o en cuyo capital participaran.

60. SAN 5.10.2020, JT 977.

mente aplicables a este tipo de encargos, aunque el artículo 33 de la LCSP no lo contemple de forma expresa.

Aunque el artículo 33 de la LCSP tampoco se refiera a ello, también resulta claro que en este tipo de encargos a medios propios que no tienen la condición de poder adjudicador, cuando se acuda a la contratación externa para realizar el encargo, el medio propio deberá cumplir las previsiones de la LCSP que en función de su naturaleza le resulten de aplicación –Título I del Libro Tercero–, por previsión expresa de su artículo 32.7.a).

De todo lo expuesto se deriva que el legislador español ha recogido en la LCSP las previsiones de la Directiva de manera mucho más exhaustiva de lo que hacía anteriormente el TRLCSP, configurando este negocio jurídico no como un negocio excluido de la legislación de contratos del sector público, sino como un negocio excluido de la consideración de contrato, al que dota de una regulación específica y de un régimen jurídico concreto.

De esta regulación se deduce que la LCSP sigue manteniendo la presunción de la existencia de control del poder adjudicador encomendante análogo al que ostenta sobre sus propios servicios derivada de la doctrina contenida en la sentencia del Tribunal de Luxemburgo de 19 de abril de 2007, dictada en el caso TRAGSA, por el mero hecho de que el poder o poderes adjudicadores encomendantes puedan conferirle encargos de ejecución obligatoria por así establecerlo sus estatutos o el acto de creación, a pesar de las críticas doctrinales que cuestionaban este modelo, por considerar que solo constituía un indicio de este control y no garantizaba un control efectivo.

También se deriva la prohibición de que el medio propio externalice más del 50% de las prestaciones encargadas, aunque, como ya hemos visto, las excepciones hayan ido creciendo como consecuencia de sucesivas reformas, respecto de las previsiones iniciales. Lo mismo tenemos que decir respecto de la exigencia de que el medio propio cuente con los medios personales y materiales apropiados para la realización del encargo de acuerdo con su objeto social, lo que nos hace concebir ciertas esperanzas sobre la correcta utilización de esta figura en el futuro, que permita superar los supuestos de utilización desviada que en muchos casos se han producido en el pasado, con el único fin de utilizar estos encargos como meras vías de escape de la legislación contractual⁶¹.

61. La STSJ de Cataluña 21.9.2020, JUR 315312, se refiere a esta cuestión cuando considera que la subcontratación sistemática de la mayor parte de la prestación aproxima al medio propio a un mero intermediario, que recibe una retribución por esta intermediación, y ello cuestiona el valor añadido del encargo para el poder adjudicador y para los usuarios del servicio y deja sin justificación la decisión de no licitar el servicio.

También es importante constatar una doble circunstancia: por una parte, que la dicción literal de la LCSP impedirá que las fundaciones privadas tengan la condición de medio propio de poderes adjudicadores, ya que la prohibición de participación privada va referida no solo al capital social, sino también al patrimonio; y, por otra, que respecto de la prohibición de participación privada en el ente que realiza el encargo, la LCSP ha optado por no hacer uso de la posibilidad prevista en la Directiva, de imponer formas de participación de capital privado sin capacidad de control mayoritario ni minoritario.

Por último, como ya hemos apuntado en otra parte de este trabajo, hay que recordar que la jurisprudencia ha considerado también posible que para la satisfacción del mismo fin público se pueda acudir a la utilización conjunta de diversas técnicas –cooperación horizontal y cooperación vertical–, admitiendo la posibilidad de hacer encargos a medios propios de forma sucesiva a una previa cooperación horizontal, siempre que se cumplan los requerimientos legales de una y otra técnica, y en este sentido es importante el pronunciamiento contenido en la STSJ de Cataluña a la que se hace referencia en la nota 40 de este trabajo⁶².

De manera más rotunda se pronunció el Tribunal de Cuentas en su informe de fiscalización del año 2015, al afirmar que “el recurso a la subcontratación por parte del medio propio por no tener medios suficientes constituye un fraude de ley, pues el empleo de la figura del medio propio tiene solo sentido cuando cuente con medios idóneos para el desempeño de las actividades que constituyen su objeto, de manera que se configura a la encomendaria como una mera entidad intermedia con cuyo concurso se habilita un cambio de régimen jurídico en materia de contratación pública, mucho más rápido y flexible en su tramitación, pero también con muchas menos garantías para el interés público”.

62. En la STSJ de Cataluña 21.9.2020, JUR 315312, se trata el caso de esta doble relación –integración de diversos ayuntamientos en un consorcio para la prestación del servicio del agua, y posterior encargo de gestión a una sociedad que tiene la consideración de medio propio de este consorcio–, y a pesar de considerar que no existe ningún problema en utilizar esta doble vía, acaba anulando los acuerdos municipales relacionados con la aprobación de la forma de gestión directa de este servicio y posterior encargo de gestión a la sociedad del consorcio, por considerar que ninguna de las formas de cooperación, ni la horizontal entre el ayuntamiento y el consorcio, ni la vertical entre el ayuntamiento y el medio propio, cumplía las exigencias exigidas por la Directiva de contratos –artículo 12.4 y 12.1 respectivamente–, ni tampoco las contempladas en la LCSP.

En esta sentencia se trata de un caso en el que el consorcio es integrado por dos tipos de ayuntamientos, unos de mayor población, que prestan directamente el servicio con sus propias empresas municipales y que son los ayuntamientos que, como consecuencia del sistema de voto ponderado en función de la población establecido en sus estatutos para la adopción de acuerdos, tienen el control del consorcio, y otros de menor población, que encargan su prestación directamente al medio propio del consorcio, que es una sociedad mercantil participada por este y por las sociedades mercantiles municipales que prestan el servicio en los ayuntamientos de mayor población, con quien concierta un contrato programa previamente aprobado por el consorcio, al que se limita a adherirse.

Respecto de la cooperación horizontal entre el consorcio y el ayuntamiento afectado por esta sentencia, que era uno de los ayuntamientos consorciados de menor población, el Tribunal considera que no se dan los requerimientos legales por entender que no concurre la

4

Bibliografía

- Alonso Higuera, C. (2002). *Manual del secretario. Teoría y práctica del derecho municipal*. Atelier.
- Garrido Falla, F. y Fernández Pastrana, J. M.^a (1993). *Régimen jurídico y procedimiento de las Administraciones públicas*. Un estudio de la Ley 30/1992. Civitas.
- Leguina Villa, J. y Sánchez Morón, M. (1993). Órganos de las Administraciones públicas. En J. Leguina Villa y M. Sánchez Morón (dirs.). *La nueva Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común*. Tecnos.
- Malaret García, E. (1992). *Público y privado en la organización de los Juegos Olímpicos de Barcelona 1992*. Civitas.
- Vilalta Reixach, M. (2012). El ámbito subjetivo de aplicación de la encomienda de gestión. Su concreción en la Ley catalana 26/2010, de 3 de agosto, de régimen jurídico y de procedimiento de las Administraciones públicas de Cataluña. *QDL*, 28.

exigencia de interés común en la finalidad a perseguir por el consorcio, por cuanto no se le cedían las competencias para gestionar el servicio, ni de hecho lo gestionaba, pues mientras para los ayuntamientos de menor población el fin era la prestación asociada del servicio, pero mediante una relación directa con la sociedad municipal del consorcio y no con el propio consorcio, para los ayuntamientos de mayor población, que ya prestaban este servicio de forma directa a través de sus propias empresas municipales de capital íntegramente público, el único interés que se podía identificar era de mercado.

Respecto de la cooperación vertical el Tribunal considera que tampoco se cumplen las exigencias legales, no solo porque en la retribución del medio propio se contempla un beneficio industrial, sino también porque tampoco se cumplen los requisitos relativos al control análogo, a la actividad, ni a la disponibilidad de medios suficientes del medio propio.

En el primer caso, porque el ayuntamiento afectado por la sentencia no ostenta ningún control, directo, indirecto ni conjunto, análogo al de sus propios servicios sobre el medio propio, ya que el control efectivo del consorcio y, por tanto, también de su medio instrumental, lo ostentan los ayuntamientos de mayor población que, a través de sus propias empresas mercantiles, participan en el capital social del medio propio. En el segundo caso, porque el medio propio no realiza su actividad esencial para todos los poderes adjudicadores que lo integran, sino, únicamente, para alguno de los ayuntamientos integrados en el consorcio, ya que no realiza actividades en los municipios que disponen de su propia empresa. Y respecto de la disponibilidad de medios suficientes del medio propio, porque queda acreditado en autos que tiene unos medios personales y unos recursos limitados, que le obligan a prestar el servicio de agua de los municipios de menor población mediante las sociedades públicas de los municipios de mayor población que participan en su accionariado.