

RESOLUCIÓN

S/0007/19 MEDIOS PROPIOS

CONSEJO. SALA DE COMPETENCIA

Presidente

D^a. María Ortiz Aguilar

Consejeros

D^a. María Pilar Canedo Arrillaga

D. Carlos Aguilar Paredes

D. Josep María Salas Prat

Secretario del Consejo

D. Miguel Bordiu García-Ovies

En Madrid, a 26 de octubre de 2021.

La Sala de Competencia del Consejo de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, con la composición expresada, ha dictado la siguiente Resolución en el Expediente S/0007/19 MEDIOS PROPIOS, tramitado ante la denuncia de siete asociaciones territoriales de ingenieros consultores, por la posible comisión de prácticas contrarias al artículo 3 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia.

ÍNDICE

I. ANTECEDENTES DE HECHO	3
II. LAS PARTES	4
1. Denunciada: Ingeniería y Economía del Transporte S.M.E. M.P., SA (INECO)	4
2. Denunciantes: ASICA, ASINCA, ASINCAR, ACALINCO, AGEINCO, ASINCEX y AVINCO (Asociaciones denunciantes).....	5
III. MARCO NORMATIVO	5
IV. MERCADO AFECTADO	10
V. HECHOS	12
1. Hechos denunciados	12

2. Actuaciones de la Dirección de Competencia.....	16
VI. FUNDAMENTOS DE DERECHO	17
1. Competencia para resolver, objeto de la resolución y propuesta del órgano instructor.....	17
2. Valoración de la Sala de Competencia	18
A. Sobre la infracción del artículo 3 de la LDC como consecuencia del incumplimiento del requisito previsto en el artículo 32.4 b) de la LCSP.....	22
B. Sobre la infracción del artículo 3 de la LDC como consecuencia del incumplimiento del artículo 30 de la LCSP	24
C. Conclusiones.....	25
VII. RESUELVE.....	26
VIII. Voto particular que formulan los consejeros D^a María Pilar Canedo y D. Josep María Salas	27
1. Introducción.....	27
2. Análisis de lo actuado en el expediente	28
3. Análisis de la cuestión.....	30
A. El recurso a los medios propios.....	30
B. La posible aplicación del artículo 3 LDC a los hechos denunciados.....	34
C. La eficacia de la vía de promoción de la competencia en este caso	40
4. Conclusión.....	41

I. ANTECEDENTES DE HECHO

1. El 4 de enero de 2019 se recibió en la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (**CNMC**) escrito de denuncia, contra la SOCIEDAD INGENIERÍA Y ECONOMÍA DEL TRANSPORTE, S.M.E. M.P., S.A. (en adelante, **INECO**), de **[CONFIDENCIAL]** en nombre y representación de siete asociaciones territoriales de empresas consultoras de ingeniería, por prácticas contrarias al artículo 3 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia (**LDC**) (folios 12 a 264), por falseamiento de la competencia con afectación al interés público por actos desleales tipificados en el artículo 15 de la Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal (**LCD**), como “violación de normas”; en concreto, la supuesta contravención de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público (**LCSP**) en la ejecución por parte de INECO de encargos de su administración pública de referencia y por su estrategia de internacionalización.
2. La Dirección de Competencia (**DC**), de conformidad con lo dispuesto en el artículo 49.2 de la LDC, acordó llevar a cabo una información reservada con número de expediente S/0007/19, MEDIOS PROPIOS, con el objeto de delimitar el marco normativo y la existencia de indicios de infracción en los hechos investigados que justificasen la apertura de un expediente sancionador.
3. Durante la información reservada, la DC ha realizado los siguientes requerimientos de información:
 - El 22 de mayo de 2019, a las asociaciones denunciantes (folios 272 a 275), recibiendo contestación el 4 de junio de 2019 (folios 277 a 336).
 - El 14 de octubre de 2020, a la Intervención General de la Administración del Estado, que fue contestado el 22 de octubre (folios 720 a 730).
4. Las asociaciones denunciantes presentaron nueva documentación a la DC:
 - El 2 de julio de 2019, incluyendo Informe del Tribunal de Cuentas de 30 de mayo de 2019, relativo al seguimiento y fiscalización del cumplimiento de determinados requisitos legales derivados de la legislación de contratos públicos por parte de INECO (folios 337 a 490).
 - El 4 de mayo y el 27 de julio de 2020, con información complementaria vinculada con su denuncia (folios 498 a 719).
5. El 22 de abril de 2020, la DC remitió al Departamento de Promoción de la Competencia determinada información aportada por las denunciantes (folios 491 y ss.).

6. El 3 de noviembre de 2020, de acuerdo con lo previsto en el artículo 49.3 de la LDC, la DC elevó al Consejo de la CNMC propuesta de no incoación del procedimiento sancionador y el archivo de las actuaciones seguidas como consecuencia de la denuncia presentada por considerar que no resulta de aplicación la LDC a los hechos denunciados.
7. La Sala de Competencia del Consejo de la CNMC deliberó y falló el asunto en su reunión de 26 de octubre de 2021.

II. LAS PARTES

1. Denunciada: Ingeniería y Economía del Transporte S.M.E. M.P., SA (INECO)

INECO es una sociedad mercantil de capital 100% estatal, dependiente del Ministerio de Transportes, Movilidad y Agenda Urbana¹ a través de sus accionistas (ENAIRES, ADIF, ADIF AV Y RENFE²). Se dedica a la ingeniería y consultoría civil del transporte desde hace 50 años y sus ámbitos de operación se orientan al desarrollo de infraestructuras en los sectores aeronáutico, ferroviario, carreteras, transporte urbano y puertos. En la actualidad, cuenta con 3.000 profesionales y desarrolla actividades en más de 50 países³. De acuerdo con las últimas cuentas anuales publicadas, la facturación en 2020 fue de 299,28 millones de euros y el beneficio de explotación de 17,5 millones de euros.

De acuerdo con sus Estatutos⁴, INECO tiene la consideración de medio propio personificado de la Administración General del Estado⁵ y de las demás entidades del sector público estatal, ya sean personificaciones jurídico-públicas o jurídico-privadas, siempre que tengan la condición de poder adjudicador, respecto de las que se cumpla lo dispuesto en el artículo 32 de la LCSP.

¹ Anteriormente Ministerio de Fomento.

² ENAIRES, con un 45.85% del capital; Renfe Operadora con un 12,78%; Administrador de Infraestructuras Ferroviarias (ADIF) con un 20,69% y ADIF Alta Velocidad con el restante 20,68%.

³ Según artículo 2 de sus Estatutos y otra información de su página web: <https://www.ineco.com>

⁴ Artículo 2 de sus Estatutos.

⁵ A los efectos previstos en el artículo 32.4 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público y en el artículo 86 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público.

INECO puede recibir encargos como medio propio personificado para realizar cualquiera de las actividades contenidas en su objeto, que serán de ejecución obligatoria, se retribuirán mediante compensación tarifaria y llevarán aparejada la potestad, para el órgano que confiere el encargo, de dictar las instrucciones necesarias para su ejecución.

No podrá participar en las licitaciones públicas convocadas por los poderes adjudicadores de los que sea medio propio personificado, sin perjuicio de que, cuando no concurra ningún licitador, pueda encargarse a INECO la ejecución de la prestación objeto de las mismas.

2. Denunciantes: ASICA, ASINCA, ASINCAR, ACALINCO, AGEINCO, ASINCEX y AVINCO (Asociaciones denunciantes)

[CONFIDENCIAL] en representación de la Asociación de Ingenieros Consultores de Andalucía (ASICA); la Associació Catalana d'Enginyeria i Consultoria (ASINCA); la Asociación de Ingenierías y Consultorías de Aragón (ASINCAR); la Asociación Castellano-Leonesa de Empresas de Ingeniería, Consultoras y Servicios Tecnológicos (ACALINCO); la Asociación Gallega de Empresas de Ingeniería, Consultoría y Servicios Tecnológicos (AGEINCO), la Asociación de Ingenierías y Consultorías de Extremadura (ASINCEX); y la Asociación Valenciana de Ingenieros Consultores (AVINCO).

Los asociados de las Asociaciones denunciantes son fundamentalmente empresas dedicadas a la prestación de servicios de consultoría técnica en el ámbito de la ingeniería y arquitectura.

III.MARCO NORMATIVO

Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público (LCSP, antes mencionada)⁶, en su artículo 30⁷, regula los “encargos” a medios propios (figura similar a la anterior “encomienda de gestión”, aunque no idéntica)⁸ y los

⁶ Esta Ley transpuso la Directiva 2014/21/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, sobre contratación pública que concluyó el proceso de revisión y modernización de las normas sobre contratación pública para, entre otros objetivos, incrementar la eficiencia del gasto público.

⁷ Artículo 30. *Ejecución directa de prestaciones por la Administración Pública con la colaboración de empresarios particulares o a través de medios propios no personificados.*

supuestos en los que se permite la utilización de esta figura relativos a la ejecución de obras y fabricación de medios muebles, y a la prestación de servicios, como son los de consultoría.

Por su parte, los artículos 31 y 32⁹ de la LCSP regulan el concreto uso de los medios propios que pueden llevar a cabo las entidades pertenecientes al sector público que actúen como poder adjudicador, así como los requisitos para la consideración de medios propios personificados.

De acuerdo con estas normas, se consideran medios propios personificados aquellos entes públicos sobre los que concurren los siguientes requisitos de forma cumulativa:

- Que **se reconozca expresamente en los estatutos** del medio propio la condición de medio propio personificado respecto del concreto poder adjudicador;
- Que **no exista participación directa de capital privado** en la entidad jurídica controlada;
- Que el poder adjudicador ejerza sobre la persona jurídica de que se trate un **control análogo** al que ejercería sobre sus propios servicios¹⁰;
- Que dicha entidad realice la **parte esencial** de su actividad **con el ente o entes públicos que la controlan** (el 80% de su facturación).

Todo ello sin perjuicio de los requisitos establecidos para los medios propios de ámbito estatal en la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público, cuyo artículo 86.2 establece que las entidades integrantes del sector público institucional tendrán la consideración de medio propio cuando, además de disponer de medios suficientes e idóneos para realizar las prestaciones correspondientes a su objeto social, sea una opción más eficiente que la contratación pública y resulte sostenible y eficaz con base en criterios de

⁸ Sobre este tema, estudio de la CNC de 19 de junio de 2013, *Los medios propios y las encomiendas de gestión: implicaciones de su uso desde la óptica de la promoción de la competencia*, disponible en https://www.cnmc.es/sites/default/files/1186066_8.pdf.

⁹ *Artículo 31. Potestad de auto organización y sistemas de cooperación pública vertical y horizontal. Artículo 32. Encargos de los poderes adjudicadores a medios propios personificados.*

¹⁰ El apartado 4 del artículo 32 de la LCSP contempla también el supuesto, y los requisitos aparejados, en el que un medio propio personificado lo sea de dos o más poderes adjudicadores que sean independientes entre sí. Interesa resaltar que, en todo caso, se exige que todas ellas ostenten un control conjunto sobre el medio propio análogo al que ostentarían sobre sus servicios y unidades.

rentabilidad económica o resulte necesario por razones de seguridad pública o de urgencia.

En cuanto al requisito del “**control análogo**”, se entiende que existe tal control cuando concurren varias circunstancias. Entre otras, en primer lugar, se exige que el poder adjudicador pueda ejercer una influencia decisiva sobre los objetivos estratégicos y decisiones significativas del medio propio, de la misma forma que puede hacerlo sobre sus propios servicios. Conforme a este control, los encargos del poder adjudicador al medio propio deben ser de “ejecución obligatoria” (y así lo debe establecer también los estatutos o el acto de creación del medio propio). Debe existir, por tanto, una unidad de decisión entre ellos, de acuerdo con las instrucciones fijadas unilateralmente por el poder adjudicador¹¹. En segundo lugar, para que exista control análogo, la LCSP exige que la compensación que reciba el medio propio se establezca por referencia a las tarifas aprobadas reglamentariamente por su poder adjudicador¹².

En cuanto al porcentaje del 80% de la **facturación**, de acuerdo con la LCSP¹³, debe calcularse tomando en consideración los siguientes conceptos referidos a los tres ejercicios anteriores al de la formalización del encargo:

- El promedio del volumen global de negocios;
- los gastos soportados por los servicios prestados al poder adjudicador en relación con la totalidad de los gastos en que haya incurrido el medio propio por razón de todas las prestaciones que haya realizado, u,
- otro indicador alternativo de actividad que sea fiable.

Hasta el 31 de diciembre de 2020, el cumplimiento efectivo del requisito debía “...*quedar reflejado en la Memoria integrante de las Cuentas Anuales del ente destinatario del encargo y, en consecuencia, ser objeto de verificación por el auditor de cuentas en la realización de la auditoría de dichas cuentas*”

¹¹ Artículos 32.2.a) y 32.4.a) LCSP, estableciendo un requisito similar al establecido en la Directiva sobre Contratación Pública.

¹² Artículos 32.2.a) tercer párrafo y 32.4. a), penúltimo y último párrafos. Por otro lado, sobre la fijación de las tarifas por el poder adjudicador y su relevancia para la determinación del control análogo, ver la Sentencia del TJUE de 19 de abril de 2007, C-295/05, *Tragsa*.

¹³ Artículo 32.4.b) 1º párrafo, en relación con el artículo 32.2.,2º párrafo.

anuales de conformidad con la normativa reguladora de la actividad de auditoría de cuentas¹⁴.

En este sentido, hasta la fecha indicada, el párrafo 4º del artículo 32.2 b) de la LCSP, concretaba un mecanismo de control específico del cumplimiento de la regla 80-20, exigiendo que se incluya en la Memoria integrante de las Cuentas Anuales del ente destinatario del encargo y que sea objeto de verificación mediante la auditoría de dichas cuentas anuales. Al respecto, debe significarse que está vigente el requisito establecido legalmente de que más del 80% de las actividades del ente destinatario del encargo y, en consecuencia, dicha actividad continúa en la actualidad siendo exigible a los medios propios y se ha suprimido el concreto mecanismo de control antes descrito.

Por otra parte, hasta el 31 de diciembre de 2020, de acuerdo con el apartado 5 del artículo 32 de la LCSP, el **incumplimiento sobrevenido** de cualquiera de los mencionados requisitos conllevaba **la pérdida de la condición de medio propio personificado**. Esta disposición ha sido suprimida¹⁵.

Una de las principales consecuencias del recurso al encargo de actividades a los medios propios, por parte de las administraciones públicas, es que **dichos encargos no tendrán la consideración de contratos** y, por tanto, no se encuentran sujetos a los requisitos, trámites y procedimientos de la LCSP relativos a la contratación con el sector público. De la misma forma, la actividad económica que representan los servicios encargados al medio propio por parte de su poder adjudicador queda excluida del mercado, no pudiendo la oferta privada competir por esos servicios.

La LCSP impone algunos límites o normas en relación con los negocios jurídicos celebrados por el medio propio en ejecución del encargo¹⁶; entre ellos destaca el límite de subcontratación del 50% de los servicios objeto del encargo. En concreto:

*“b) El importe de las prestaciones parciales que el medio propio pueda contratar con terceros **no excederá del 50 por ciento de la cuantía del encargo**. No se considerarán prestaciones parciales aquellas que el medio propio adquiera a otras empresas cuando se trate de suministros o servicios auxiliares o instrumentales que no constituyen una parte autónoma y*

¹⁴ Artículo 32.4.b) 2º párrafo, en redacción anterior a la Ley 11/2020, de 30 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2021.

¹⁵ Disposición final 40.1 de la Ley 11/2020, de 30 de diciembre.

¹⁶ apartado 7 del artículo 32 LCSP.

*diferenciable de la prestación principal, aunque sean parte del proceso necesario para producir dicha prestación*¹⁷.

*No obstante, se excluyen determinados contratos de la aplicación de esta norma¹⁸ y se prevé que “Excepcionalmente podrá superarse dicho porcentaje de contratación siempre que el encargo al medio propio se base en razones de seguridad, en la naturaleza de la prestación que requiera un mayor control en la ejecución de la misma, o en razones de urgencia que demanden una mayor celeridad en su ejecución. La justificación de que concurren estas circunstancias se acompañará al documento de formalización del encargo y se publicará en la Plataforma de Contratación correspondiente conjuntamente con éste”.*¹⁹

Por formar parte del sector público, las sociedades estatales y demás empresas públicas son objeto, junto a sus poderes adjudicadores, de la fiscalización externa, permanente y consuntiva de su actividad económico-financiera por parte del Tribunal de Cuentas²⁰.

Asimismo, la Intervención General de la Administración del Estado (IGAE) es el órgano de control interno económico-financiero del sector público estatal y el centro directivo y gestor de la contabilidad pública.

Como ya se señala en los párrafos anteriores, es preciso incidir en que el marco normativo aplicable a los hechos denunciados, por las fechas en las que los mismos se habrían producido, es el previsto en la redacción de la LCSP previa a la entrada en vigor de la Ley 11/2020, de 30 de diciembre, de Presupuestos

¹⁷ Redacción del segundo inciso en vigor a partir del 5 de julio de 2018.

¹⁸ Artículo 32.7 últimos párrafos de la letra b): *No será aplicable lo establecido en esta letra a los contratos de obras que celebren los medios propios a los que se les haya encargado una concesión, ya sea de obras o de servicios. Igualmente no será de aplicación en los supuestos en los que la gestión del servicio público se efectúe mediante la creación de entidades de derecho público destinadas a este fin, ni a aquellos en que la misma se atribuya a una sociedad de derecho privado cuyo capital sea, en su totalidad, de titularidad pública.*

Tampoco será aplicable a los contratos que celebren los medios propios a los que se les haya encargado la prestación de servicios informáticos y tecnológicos a la Administración Pública con el fin de garantizar la compatibilidad, la comunicabilidad y la seguridad de redes y sistemas, la integridad, fiabilidad y confidencialidad de la información, así como a los que celebren los medios propios cuyas funciones sean el fomento de las telecomunicaciones, el desarrollo de la sociedad de la información y sociedad digital. (redacción del segundo inciso a partir del 5 de julio de 2018 y el último a partir del 1 de enero de 2021).

¹⁹ Redacción en vigor a partir del 5 de julio de 2018.

²⁰ De acuerdo con artículos primero a cuarto de la Ley Orgánica 2/1982, de 12 de mayo, del Tribunal de Cuentas.

Generales del Estado para el año 2021, que introduce modificaciones relevantes en el régimen del encargo a medios propios.

IV. MERCADO AFECTADO

La Comisión Europea ha tenido la ocasión de analizar el sector afectado por las prácticas denunciadas identificando como mercado de producto el de los servicios técnicos de ingeniería consistentes en la prestación de servicios intelectuales que acompañan un proyecto de ingeniería en su conjunto, desde su concepción a la puesta en marcha del mismo (servicios relacionados con la innovación y desarrollo, la ingeniería de procesos y la realización, explotación y mantenimiento)²¹. Se ha valorado incluso la posibilidad de segmentar mercados posteriores atendiendo al sector de actividad (mercado de servicios técnicos de ingeniería para el sector aeronáutico²², para el sector de transporte urbano²³, para la energía²⁴, etc.), sin que se haya delimitado de forma exacta el mercado en cuestión.

En cuanto a la delimitación del ámbito geográfico, los mismos precedentes apuntan a una dimensión al menos nacional, sin que pueda descartarse un ámbito superior.

En todo caso, no es preciso para el análisis de este expediente una delimitación exacta del mercado relevante, por lo que se tendrá en cuenta el mercado nacional de **servicios técnicos de arquitectura e ingeniería y otras actividades relacionadas con el asesoramiento técnico**.

Dentro de este mercado, las empresas miembros de las Asociaciones denunciadas centran su actividad en los servicios técnicos y consultoría de las necesidades logísticas de los transportes, sector en el que las Administraciones públicas ostentan un elevado porcentaje de la demanda global.

²¹ Ver, por ejemplo, la Decisión de la Comisión de 18 de agosto de 2017, en el asunto M.8548, *Ardian / GPS Branch of Assystem Group*.

²² ²² Decisión de la Comisión de 6 de diciembre de 2001, en el asunto M.2645, *Saab / WM-DATA AB / SAAB Caran JV*, aptdo. 15.

²³ Decisión de la Comisión de 21 de septiembre de 2012, en el asunto M.6646, *Alstom Transport SA / FSI / Translohr*, aptdo. 43.

²⁴ Decisión de la Comisión de 24 de marzo de 2017, en el asunto M.8270, *EDF / CDC / RTE*, aptdo 19.

De acuerdo con la última memoria anual de Tecniberia de 2016, información aportada por las Asociaciones denunciantes, el peso de los servicios técnicos es de un 5,5% del conjunto del sector servicios que, a su vez, representa alrededor de un 70% del PIB, por lo que se trataría de un mercado con un peso de alrededor del 4% del PIB.

En 2014, la cifra de negocios obtenida por las empresas de servicios técnicos fue de **23.355 millones de euros**²⁵. Esta cifra fue incrementándose de manera paulatina en los últimos ejercicios. Según los datos del INE correspondientes a este sector²⁶, en 2015 la cifra de negocios del sector se elevó a 24.151 millones de euros, volviéndose a incrementar en 2016, hasta alcanzar, en dicho año, 25.241 millones de euros. Las denunciantes aportan el siguiente diagrama reflejando la variación interanual de la facturación nacional y la internacional en el sector:

FACTURACIÓN	2009	2010	2011	2012	2013	2014	2015	2016	2017	Prev. 2018	(%) 2017-09
Nacional	5.381	4.751	4.218	3.625	2.900	1.595	1.400	1.320	1.000	1.200	-76%
Internacional	2.562	2.698	2.854	2.996	2.846	2.700	2.900	3.330	3.350	3.450	72%
TOTAL (millones €)	7.942	7.449	7.072	6.621	5.746	4.295	4.300	4.650	4.350	4.650	

Fuente: Datos facilitados por Asociación Española de empresas de ingeniería, consultoría y servicios tecnológicos (TECNIBERIA)

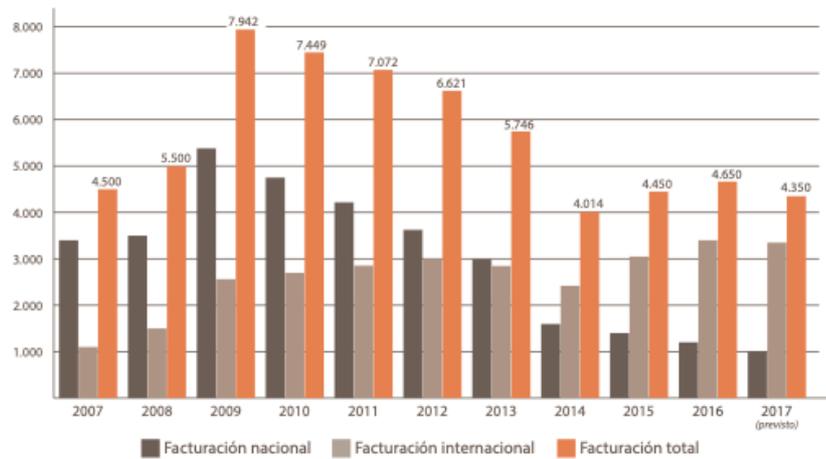
Destaca la disminución del negocio nacional, que se ve parcialmente compensado con el auge del negocio internacional²⁷:

²⁵Ver Memoria TECNIBERIA 2016, página 23, con última información pública disponible en el momento de presentación de la demanda sobre el conjunto del sector recopilada en una encuesta realizada en 2014, en <https://tecniberia.es/wp-content/uploads/documentacion/tecniberia-memoria-2016.pdf>. Si se tienen únicamente en cuenta los datos de facturación obtenidos de los servicios técnicos de arquitectura e ingeniería y otras actividades relacionadas con el asesoramiento técnico (Grupo 711, Código NACE), la cifra se reduce a 19.985,40 millones de euros, correspondiendo 15.084,04 al sector de los servicios técnicos de ingeniería.

²⁶Grupos CNAE 2009 7111 - Servicios técnicos de arquitectura y 7112 -Servicios técnicos de ingeniería y otras actividades relacionadas con el asesoramiento técnico. Informes del INE publicados en 2017 y 2018.

²⁷Ver Memoria TECNIBERIA 2016, página 27.

**FACTURACIÓN EN
EMPRESAS DE
TECNIBERIA
(M.€)**



Fuente: Tecniberia

V. HECHOS

1. Hechos denunciados

Las Asociaciones denunciantes señalan que INECO ha incurrido en una infracción grave del **artículo 3 de la LDC como consecuencia de la infracción del artículo 15 de la LCD**, que prohíbe la infracción de normas con el objeto desleal de prevalerse en el mercado de una ventaja competitiva, con afectación del interés público.

En concreto, se denuncia a INECO (y al Ministerio de Fomento) por:

- **Incumplir los requisitos** que le exige la normativa de contratación para poder **ser calificado como medio propio**, en particular, el requisito de actividad previsto en el artículo 32.2 b) de la LCSP (que obtenga más del 80% de su facturación del poder adjudicador), al recibir de la Administración española (básicamente, del Ministerio de Fomento) constantes encargos de gestión, ignorando el límite impuesto, mientras actúa como operador privado en competencia con el sector privado en el mercado. El incumplimiento de este límite supondría la pérdida de su condición de medio propio lo que implica que su conducta no estaría exenta en aplicación del artículo 4.1 de la LDC.
- De cumplirse el requisito de actividad del artículo 32.2 b), **incumplir**, en todo caso, **el artículo 30 de la LCSP** que exige fundamentar la realización de cada encargo que, concibiéndose como una vía excepcional, ha de justificarse cada vez que se utilice. Así, el cumplimiento de los porcentajes se estaría haciendo de manera forzada al canalizarse proyectos por la vía

de encargos con el objetivo de compensar la actividad de los medios propios ajena a su poder o poderes adjudicadores. Ello pone en duda incluso el incumplimiento *“de todos los preceptos que regulan el procedimiento concurrencial que ha de seguirse para la concertación de contratos en el sector público, fundamentalmente recogidos en el extenso Libro II de la LCSP”*.

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

En el mercado nacional libre -o no detraído de la competencia mediante la figura del encargo a INECO-, las Asociaciones denunciantes indican que los medios propios parten de una posición ventajosa por la experiencia acumulada en el sector del mercado que se trate, por la mayor facilidad de financiación y por la menor necesidad de financiación. Lo anterior se traduciría en una ruptura de la neutralidad competitiva en favor de los medios propios.

La denunciante también pone de manifiesto que las tarifas establecidas por el Ministerio de Fomento por los servicios de INECO son manifiestamente superiores a los ofrecidos por las empresas privadas en proyectos equivalentes y que, de hecho, INECO subcontrata en muchas ocasiones los servicios que le son encargados por su medio propio a empresas privadas, a precios en este caso de mercado, mediante procedimientos de contratación que no están sometidos a los procedimientos y normas establecidos para la contratación pública y que posiblemente también incumplen la normativa de contratación al sobrepasar el límite del 50% de las subcontrataciones que puede realizar un medio propio para que sea considerado como tal.

Adicionalmente, las denunciantes consideran que determinadas actuaciones como oferentes en el ámbito privado de los medios propios en el sector de la consultoría técnica y la ingeniería, y en concreto de INECO, pueden ser calificadas como **conductas de competencia desleal del artículo 3 de la LDC conforme a la cláusula general prohibitiva del artículo 4 de la LCD**. La conducta de INECO permite deducir para las denunciantes la intención de

expandir su actividad más allá de lo posible y sin límites como operador privado -desplazando a los competidores por razones diferentes a las ganadas en términos de mercado-, por lo que resultaría objetivamente contrario a las exigencias de la buena fe, reputándose desleal de acuerdo con la formulación general del párrafo primero de este artículo 4 de la LCD.

Finalmente, las Asociaciones denunciantes señalan que la conducta denunciada tiene por efecto la **expulsión del mercado de las empresas privadas de ingeniería y consultoría técnica**. Teniendo en cuenta que la Administración canaliza alrededor del 20% de la demanda del volumen global de negocio del sector²⁸, ponen de manifiesto la reducción, desde 2007 hasta 2016, que se ha venido produciendo de las licitaciones promovidas por la Administración con niveles muy inferiores a los de 2010. Según el informe de TECNIBERIA, en 2016 las licitaciones promovidas por la Administración General del Estado se redujeron en un 21% respecto del año anterior.

Afirman que esta tendencia de las licitaciones públicas se ha mantenido desde entonces, disminuyendo el porcentaje de licitaciones año a año con una especial intensidad desde 2018, mientras que la cuantía total de los encargos a INECO se ha acrecentado. De acuerdo con las Asociaciones denunciantes, con la información publicada en el portal de transparencia del anterior Ministerio de Fomento, hasta octubre de 2018, la demanda de este Ministerio alcanzó 88,69 millones de euros, de los cuales sólo el 38% ha sido canalizado a través de licitaciones.

Las Asociaciones denunciantes han aportado distintos escritos para fundamentar las alegaciones realizadas, entre ellos:

- Varias solicitudes al amparo de la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno en relación con el acceso a distintos procedimientos de encargos a INECO (solicitudes efectuadas los días 29 de enero, 13 de julio y 6 de noviembre de 2018) (folios 329, y folios 332 a 334).
- Una solicitud de AGEINCO remitida a INECO denunciando el plan de internacionalización previsto por la entidad y el Ministerio de Fomento (folios 336).
- Una carta de la Dirección General de Mercado Interior, Industria, Emprendimiento y PYMES de la Comisión Europea, de 9 de febrero de

²⁸Cifra cuantificada por la CNC para el año 2010, recogida en su informe “*Los medios propios y las encomiendas de gestión: implicaciones de su uso desde la óptica de la promoción de la competencia*” de 2013.

2016, en contestación a un escrito de ASICA en relación con la compatibilidad de la relación entre INECO y el entonces Ministerio de Fomento con la normativa de contratación pública de la Unión Europea, en concreto, con la Directiva 2014/21/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, sobre contratación pública, pendiente de transposición en nuestro país en aquel momento (folios 322 a 324).

- Un “*Dictamen Jurídico sobre el nuevo régimen de los encargos a medios propios de los poderes adjudicadores en la ley 9/2017 de contratos del sector público y sus repercusiones desde la perspectiva de la legislación de defensa de competencia*”, de 27 de julio de 2018, elaborado por **[CONFIDENCIAL]** (folios 103 a 170).
- Un Informe del Tribunal de Cuentas de 29 de octubre de 2015 de “*Fiscalización de la Actividad de Ingeniería y Economía del Transporte SA -INECO- como medio propio y servicio técnico y como empresa asociada en el marco de la normativa de contratación aplicable a las empresas estatales (Real Decreto Legislativo 3/2011 y Ley 31/2007)*” donde se efectúan una serie de recomendaciones y un segundo Informe de la misma entidad de 30 de mayo de 2019 analizando la medida en que las recomendaciones efectuadas habían sido o no acogidas (folios 355 a 490).
- El Tribunal de Cuentas, en su Informe de 29 de octubre de 2015, realizaba varias recomendaciones en relación con distintos elementos que dificultaban la labor de control sobre algunos aspectos de la actividad de INECO; entre ellas destaca a efectos de este expediente la recomendación quinta:

“Quinta.- Para garantizar que se respeta el principio comunitario de libre concurrencia cuando INECO no actúa como medio propio y empresa asociada, se hace necesario que la contabilidad analítica de la Sociedad aporte información separada del negocio correspondiente a su actuación como medio propio o empresa asociada -que está excluido de la competencia-, respecto del resto de su actividad y que se controle que con los beneficios obtenidos en actividades excluidas de la competencia no se estén financiando otras actividades que sí se realizan en mercado”.

Posteriormente, en su Informe de 30 de mayo de 2019 de seguimiento del de 2015, se señala que esta recomendación ha sido debidamente cumplida por INECO, señalando que:

“Se ha comprobado que la contabilidad analítica identifica totalmente los costes, los ingresos y los márgenes de cada proyecto y permite distinguir el negocio que INECO desarrolla con sus poderes adjudicadores, excluido de la competencia, del que se realiza en

mercado, permitiendo controlar que con los beneficios obtenidos en actividades excluidas de la competencia no se financien otras actividades realizadas en mercado. Por tanto, la recomendación se ha cumplido (epígrafe II.4.5).”

2. Actuaciones de la Dirección de Competencia

En la contestación al requerimiento de información realizado por la DC, la IGAE ha señalado lo siguiente:

- La verificación del requisito del cumplimiento del porcentaje de facturación del 80% en el caso de sociedades mercantiles estatales sujetas a auditoría, como es el caso de INECO, compete a auditores privados conforme a la Ley 22/2015, de 20 de julio, de Auditoría de Cuentas (no compete a la IGAE en virtud de lo previsto en el artículo 168 de la Ley 47/2003, de 26 de noviembre, General Presupuestaria).
- La información a revelar en la memoria de las cuentas anuales en el caso de este tipo entidades no está delimitada o desarrollada en los distintos marcos financieros y contables aplicables a los medios propios, por lo que no existe un contenido obligatorio y homogéneo en relación con este requisito; realiza una serie de consideraciones y aclaraciones relacionadas con la Nota técnica 1/2019, sobre la consideración de la condición de medio propio en la auditoría de cuentas, de aplicación obligatoria a los trabajos de auditoría de las cuentas anuales 2019²⁹, a realizar por los auditores públicos, si bien estas aclaraciones no pueden tomarse en consideración en el caso que nos ocupa, puesto que, como se ha dicho, la verificación, en el caso de INECO, corresponde a auditores privados.
- Como resultado del control que sí corresponde a la IGAE, no se ha constatado incumplimiento por parte de INECO del requisito de actividad o del resto de requisitos de su condición de medio propio. De acuerdo con las competencias establecidas en el artículo 86 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público, la IGAE revisó la Memoria acreditativa del cumplimiento de los requisitos para ser declarado medio propio y servicio técnico, presentada con el documento de solicitud de dicha condición fechado el 23 de octubre de 2019 por INECO.

²⁹ Sustituida actualmente por la Nota técnica de la Oficina Nacional de Auditoría de la Intervención General de la Administración del Estado 1/2021 sobre la consideración de la condición de medio propio en la Auditoría de Cuentas.

- Como consecuencia de dicho análisis, la Intervención General emitió un informe, con fecha de 10 de febrero de 2020, realizado de acuerdo con la Resolución de la Intervención General de la Administración del Estado de fecha 16 de mayo de 2019, que, según aclara la contestación al requerimiento, no constituye una actuación de control o de auditoría pública por lo que no incluye el análisis y valoración de la razonabilidad económica, la realidad o la oportunidad de los datos consignados en la Memoria y demás documentación aportada, que no forman parte del alcance del informe, sin perjuicio de que todo ello pueda ser objeto de actuaciones posteriores que la IGAE pueda desarrollar en el futuro.
- Hecha esa salvedad, la Intervención General concluye que *“no puede deducirse de la memoria presentada por INECO la existencia de aspectos significativos que impidan el cumplimiento de las condiciones y requisitos establecidos en el artículo 86 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público”*.
- En lo que respecta al cumplimiento del requisito de actividad, la documentación facilitada por INECO en su memoria incluye, entre otros, certificado de la Presidenta de INECO de 9 de mayo de 2019 sobre que, durante 2016, 2017 y 2018 ha desarrollado más del 80% del promedio del volumen referido al indicador “dedicación en horas de trabajo imputadas a proyectos” a favor de sus poderes adjudicadores y entidades a las que sirve como empresa asociada. Añade que dicho indicador ha sido auditado por PKF ATTEST, junto con las cuentas anuales de INECO.
- En relación a la existencia de otros organismos competentes para verificar el cumplimiento del requisito de medio propio, además de los controles que pudiera realizar el Tribunal de Cuentas en el ejercicio de sus funciones de control externo, se podría considerar la posibilidad de interponer recurso especial ante el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales frente a la formalización de encargos en los que el objeto del recurso podría versar sobre la condición de medio propio y del indicador citado.

VI. FUNDAMENTOS DE DERECHO

1. Competencia para resolver, objeto de la resolución y propuesta del órgano instructor

Compete a la Sala de Competencia del Consejo de la CNMC resolver los procedimientos sancionadores aplicando la LDC *“en materia de conductas que supongan impedir, restringir y falsear la competencia”*.

Las conductas recogidas en los hechos se han desarrollado durante la vigencia de la Ley 15/2007, de Defensa de la Competencia y por ello ésta es la norma aplicable al presente procedimiento sancionador.

La DC ha propuesto a esta Sala la no incoación del procedimiento sancionador y el archivo de las actuaciones, conforme a lo dispuesto en el artículo 49.3 de la LDC, al considerar que, en relación con los hechos denunciados, no se aprecian indicios de infracción de la LDC.

Esta Sala debe valorar si efectivamente procede acordar la no incoación del procedimiento sancionador y el archivo de las actuaciones.

2. Valoración de la Sala de Competencia

La autoridad de competencia española a través de diferentes tipos de actuaciones³⁰, ha analizado en profundidad la utilización de las figuras de los encargos a medios propios. Sin cuestionar que existen objetivos de interés público que justifican la existencia y la utilización de las figuras de los encargos, se ha destacado que su uso puede conllevar, en determinadas ocasiones, riesgos y costes en términos de competencia y eficiencia. Los encargos no están sujetos en su adjudicación a los principios de concurrencia, igualdad, no discriminación y salvaguarda de la libre competencia y pueden aparecer distorsiones sobre la competencia cuando se utilizan inadecuadamente, como la limitación del acceso de otros operadores al aprovisionamiento de bienes y servicios a la Administración pública, lo que puede conducir a una menor eficiencia en dicho aprovisionamiento, y la creación de ventajas a favor de los operadores que reciben los encargos que les pueden permitir ser más eficaces que sus rivales en otros mercados. Por ello, se ha señalado desde la óptica de promoción de la competencia cómo se puede hacer un uso adecuado de estas figuras bajo los principios de necesidad y proporcionalidad, con el objeto de evitar restricciones injustificadas a la competencia.

En la presente resolución la Sala debe determinar si la información que consta en el expediente permite acreditar o no la existencia de indicios de prácticas contrarias al artículo 3 de la LDC. Este artículo se refiere al falseamiento de la competencia por actos desleales, y señala que la CNMC conocerá, en los

³⁰Informe de 2013 de la CNC sobre “*Los medios propios y las encomiendas de gestión: implicaciones de su uso desde la óptica de la promoción de la competencia*”. Informe de la CNMC sobre el Anteproyecto de Ley de Contratos del Sector Público (IPN/CNMC/010/15). Jornada de la CNMC del pasado 11 de junio de 2021 sobre “*Convenios y medios propios bajo el prisma de la promoción de la competencia*”, en el marco de la segunda fase de actualización de la “Guía sobre Contratación Pública y Competencia”.

términos que la LDC establece para las conductas prohibidas, “*de los actos de competencia desleal que por falsear la libre competencia afecten al interés público.*”

Tanto la doctrina³¹ como la jurisprudencia³² en su interpretación, han distinguido los requisitos necesarios en relación con la aplicación del artículo 3 de la LDC, teniendo que analizarse y acreditarse sucesivamente, la existencia de un acto de competencia desleal, recogido por tanto en la LCD³³, el falseamiento de la libre competencia y la afectación al interés público.

Debe analizarse, por tanto, si se cumple el primer elemento del supuesto de hecho previsto en el artículo 3 de la LDC, esto es, la existencia de un acto de competencia desleal que, de acuerdo con la denuncia, consistiría en este caso, en una infracción de norma prevista en el artículo 15 de la LCD³⁴ y se concretaría en primer lugar en el incumplimiento del artículo 32.4 b) de la LCSP, que impone a INECO y a cualquier medio propio que más del 80% de su actividad provenga de su poder adjudicador; y, en segundo lugar, de cumplirse el requisito de actividad previsto en el artículo 32 de la LCSP, al incumplimiento del artículo 30 de la LCSP que, de acuerdo con la demanda, “*exige que cada encargo pueda justificarse en términos de necesidad, eficiencia, rentabilidad y calidad*”, e incluso al incumplimiento “*de todos los preceptos que regulan el procedimiento concurrencial que ha de seguirse para la concertación de contratos en el sector público, fundamentalmente recogidos en el extenso Libro II de la LCSP*”.

La Sala debe analizar los hechos denunciados a la luz de la jurisprudencia del Tribunal Supremo y del TJUE, así como de los numerosos precedentes de la autoridad de competencia española en relación con asuntos en los que se invoca

³¹Por ejemplo, MASSAGUER FUENTES, J. (2010), «Artículo 3. Falseamiento de la libre competencia por actos desleales», en Comentario a la Ley de Defensa de la Competencia, Ed. Civitas, Madrid, págs. 212 y ss.

³²Sentencia del Tribunal Supremo de 3 de febrero de 2017, rec. núm. 03/779/2014 en relación con la Resolución del Consejo de la CNC, de 24 de febrero de 2012, expte. S/0213/10 Iberdrola Sur.

³³Ley 3/1991, de 10 de enero, de competencia desleal, BOE 1991, pág. 959, con sus modificaciones posteriores.

³⁴**Artículo 15. Violación de normas.** 1. *Se considera desleal prevalerse en el mercado de una ventaja competitiva adquirida mediante la infracción de las leyes. La ventaja ha de ser significativa.* 2. *Tendrá también la consideración de desleal la simple infracción de normas jurídicas que tengan por objeto la regulación de la actividad concurrencial. ...”.*

la aplicación de las normas de competencia a los medios propios de la Administración³⁵.

Con carácter previo y desde un punto de vista general, hay que tener en cuenta que, en este caso, como se ha expuesto previamente con detalle, existen normas con rango legal que expresamente exceptúan de las normas generales de contratación pública los encargos a los medios propios por su poder adjudicador. Si bien el resultado de este mecanismo es la sustracción de los servicios afectados encargados a INECO u otros medios propios de la competencia en el mercado, se prevé en norma de rango legal, la LCSP, y se habilita a la Administración para ello.

Este régimen legal es el resultado de la transposición de una Directiva de la Unión Europea, y la compatibilidad de la norma española con la europea (que, en lo que se refiere a los encargos a medios propios permanece en esencia prácticamente invariable respecto del texto anterior de la LCSP), ha sido confirmada por el TJUE en distintas cuestiones prejudiciales.

En este sentido el TJUE³⁶ se ha referido expresamente a la licitud del régimen de contratación vertical, esto es, la adjudicación por las administraciones públicas de encargos a sus medios propios, y su compatibilidad con el sistema normativo de la Unión Europea, incluidas las normas de competencia, siempre y cuando respeten los requisitos impuestos por la doctrina “*in-house providing*” del TJUE y que, en esencia, son los que recoge la LCSP en la transposición de la Directiva sobre Contratación Pública que se ha expuesto ya en esta resolución en el apartado sobre el marco normativo. En concreto, en su sentencia de 19 de abril de 2007, el TJUE ha señalado:

“Las Directivas 92/50/CEE 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

³⁵Ver las Resoluciones del TDC de 30 de diciembre de 1997, en el expte. R 255/97, AECA c. TRAGSA, (Tragsa 1); de 30 de abril de 1996, en el expte. R 148/96 y de 30 de abril de 1998, en el expte. 266/97, ambos asuntos sobre ACAOP c. TRAGSA y otros (conjuntamente, Tragsa 2); de 30 de marzo de 1998, en el expte. R 267/97, ASEMFO c. TRAGSA (Tragsa 3); y de 13 de marzo de 1998, en el expte. R 273/97, CNC c. TRAGSA (Tragsa 6). Sentencia de la AN de 26 de septiembre de 2001, rec. núm. 972/1998, FD 8. Auto del TS de 1 de abril de 2005, rec. núm. 548/2002. Sentencia del TJUE de 19 de abril de 2007, en el asunto C-295/05, ASEMFO c. TRAGSA y Administración del Estado. Sentencia del TS de 30 de enero de 2008, rec. núm. 548/2002.

³⁶Sentencia del TJUE de 8 de mayo de 2003, asunto C-349/07, Reino de España c. Comisión. Sentencia del TJUE de 19 de abril de 2007, asunto C-295/05, ASEMFO c. TRAGSA y Administración del Estado.

*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 oponen a un régimen jurídico como el atribuido a Tragsa, que le permite realizar operaciones sin estar sujeta al régimen establecido por dichas Directivas, en cuanto empresa pública que actúa como medio propio instrumental y servicio técnico de varias autoridades públicas, desde el momento en que, por una parte, las autoridades públicas de que se trata ejercen sobre esta empresa un control análogo al que ejercen sobre sus propios servicios y, por otra parte, dicha empresa realiza lo esencial de su actividad con estas mismas autoridades***”.

De hecho, tal pronunciamiento trae causa de una cuestión prejudicial planteada por nuestro Tribunal Supremo³⁷ que suscita al TJUE si un régimen jurídico que permite los encargos a medios propios por parte de las administraciones públicas sin tener que valorar circunstancias especiales de urgencia o interés público es compatible con el derecho comunitario, y si dicha compatibilidad se mantiene en el caso de que la administración encargue al medio propio un alto número de proyectos que quedan así detraídos del régimen de libre competencia, pudiendo distorsionar la competencia en el mercado. Conforme al mencionado pronunciamiento del TJUE, el Tribunal Supremo dictó sentencia el 30 de enero de 2008³⁸.

Tal y como se ponía de relieve al definir el marco normativo aplicable, debe también quedar claro que la valoración de esta Sala, en lo que se refiere al cumplimiento de los requisitos formales y materiales para acceder a la condición de medio propio, sólo ha tenido en consideración la redacción de la LCSP previa

³⁷Auto del TS de 1 de abril de 2005, rec. núm. 548/2002. Se plantean las siguientes cuestiones al amparo del artículo 234 del TFUE: “1. Si es admisible en los términos del artículo 86.1 del Tratado de la Unión Europea que un Estado miembro de la Unión atribuya ex lege a una empresa pública un régimen jurídico que le permita realizar obras públicas sin sometimiento 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 a este respecto. 2. Si un régimen jurídico semejante sería compatible con lo establecido en las Directivas 93/36/CEE, del Consejo y 93/37/CEE, del Consejo, de 14 de junio de 1.993, y las Directivas 97/52/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 13 de octubre de 1.997, y 2001/78, de la Comisión, de modificación de las anteriores -normativa recientemente refundida en la Directiva 2004/18/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 31 de marzo de 2.004-. 3. Si las afirmaciones de la Sentencia del Tribunal de la Unión Europea de 8 de mayo de 2.003 (asunto C-349/97, Reino de España contra Comisión) son 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 que esta circunstancia pudiera suponer una distorsión significativa del mercado relevante”.

³⁸ Sentencia del TS de 30 de enero de 2008, rec. núm. 548/2002.

a la entrada en vigor de la Ley 11/2020, de 30 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2021.

A. Sobre la infracción del artículo 3 de la LDC como consecuencia del incumplimiento del requisito previsto en el artículo 32.4 b) de la LCSP

El Ministerio de Transportes, Movilidad y Agenda Urbana, anteriormente Ministerio de Fomento tiene reconocido por medio propio suyo a la entidad denunciada, INECO. Conforme se ha analizado en los apartados II.1 –Las Partes- y II.3 -Normativa aplicable- de esta resolución, INECO cumple todos los requisitos exigidos por la LCSP al efecto:

- su accionariado está constituido en su totalidad por organismos del sector público (ENAIRE, Renfe Operadora, ADIF y ADIF Alta Velocidad);
- sus Estatutos reconocen su condición de medio propio de la Administración General del Estado y de las demás entidades del sector público estatal;
- las condiciones para que su poder adjudicador ejerza sobre ella el control análogo al que se refiere el artículo 32 de la LCSP (los encargos son de ejecución obligatoria, son retribuidos mediante la compensación tarifaria que establezca su poder adjudicador; y es el poder adjudicador el que dicta las instrucciones necesarias para su ejecución).

La denuncia señala que INECO estaría recibiendo encargos de la Administración sin cumplir al menos uno de los requisitos necesarios para ser medio propio, la exigencia de que el medio propio realice la parte esencial de su actividad, más del 80% de la facturación, con el ente o entes públicos que lo controlan. Este requisito es un requisito verificable, en principio, ex post y referido a los tres ejercicios anteriores.

En el período analizado en la instrucción, no consta pronunciamiento que, de acuerdo con las previsiones vigentes en dicho periodo recogidas en el ahora suprimido apartado 5 del artículo 32 de la LCSP, señale el incumplimiento de alguno de los requisitos previstos en dicho precepto ni existe evidencia de que INECO haya perdido la condición de medio propio de la administración.

De otra parte, cabe analizar el concreto mecanismo de control específico del cumplimiento de la regla 80-20, que expresamente recogía el artículo 32.4 b) de la LCSP, en su redacción vigente hasta el 31 de diciembre de 2020, exigiendo que se incluyera en la Memoria integrante de las Cuentas Anuales del ente destinatario del encargo y que fuera objeto de verificación mediante la auditoría de dichas cuentas anuales.

Por lo que respecta al control del Tribunal de Cuentas en relación con este requisito, ya se ha señalado que, si bien en su Informe de 29 de octubre de 2015 recogía varias deficiencias en distintos elementos que dificultaban la labor de control sobre algunos aspectos de la actividad de INECO, posteriormente, en su informe de 30 de mayo de 2019, de seguimiento del de 2015, el Tribunal de Cuentas señalaba que la recomendación específica que había realizado fue debidamente cumplida por INECO, permitiendo distinguir entre el negocio de INECO para sus poderes adjudicadores y el negocio en condiciones de competencia que realiza en el mercado. Frente a lo alegado por las Asociaciones denunciantes, debe aclararse que el Tribunal de Cuentas, en su informe de 2015, no concluyó que existiera un incumplimiento del requisito de actividad 80-20 de INECO sino únicamente manifestó la imposibilidad de verificarlo por las deficiencias en la contabilidad de INECO, deficiencias que, una vez subsanadas, han permitido al Tribunal de Cuentas confirmar que se han seguido sus recomendaciones en su informe de 2019.

Finalmente, no constan pronunciamientos de ningún Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales frente a la formalización de encargos de INECO en el marco del recurso especial en materia de contratación previsto en el artículo 44 de la LCSP, cuyo apartado 2º, letra e), establece que podrá ser objeto de recurso *“La formalización de encargos a medios propios en los casos en que estos no cumplan los requisitos legales”*. En todo caso, el artículo 27 de la LCSP prevé también el recurso directo a los órganos jurisdiccionales de lo contencioso-administrativo, incluyendo en su apartado 1.e) los recursos interpuestos contra las resoluciones que se dicten por los órganos administrativos de resolución de los recursos previstos en el mencionado artículo 44 de la LCSP.

A la vista de todo lo expuesto, dado que (i) el último certificado de INECO que acredita el cumplimiento del requisito de actividad para los ejercicios 2016 a 2018 ha sido auditado de acuerdo con la normativa vigente, (ii) la IGAE, en el ejercicio de las funciones de control que tiene atribuidas, señala no haber constatado incumplimiento de este requisito; (iii) el Tribunal de Cuentas en su informe de 2019 da por cumplida la recomendación realizada a INECO para mejorar el control del requisito de actividad sin que haya manifestado ningún incumplimiento de INECO y (iv) la inexistencia de pronunciamientos de ningún Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales frente a la formalización de encargos de INECO, esta Sala considera que no se aprecian indicios de la existencia de un acto desleal por parte de INECO, consistente en incumplir el requisito de actividad previsto en el artículo 32.4 b) de la LCSP, que pueda ser constitutivo de una infracción del artículo 3 de la LDC.

Por lo que respecta a la supuesta infracción del artículo 3 de la LDC basada en una supuesta actuación contraria a la buena fe del artículo 4 de la LCD, como alternativa a la violación de norma del artículo 15 de la misma ley, de acuerdo con la información que obra en el expediente, a la luz de la jurisprudencia del TJUE anteriormente mencionada, la Sala tampoco aprecia motivación suficiente ni indicios suficientes sobre, en qué medida, la participación reiterada y creciente de algunos medios propios en el sector de la consultoría técnica e ingeniería, en el ámbito privado internacional, constituye un acto contrario a la buena fe y a la cláusula general prohibitiva del artículo 4 de la LCD.

B. Sobre la infracción del artículo 3 de la LDC como consecuencia del incumplimiento del artículo 30 de la LCSP

La denuncia también se refiere al supuesto en que, de cumplirse el requisito de actividad previsto en el artículo 32 de la LCSP, se estaría incumpliendo el artículo 30 de la LCSP, que identifica las circunstancias bajo las cuales se puede producir la ejecución directa de prestaciones por la Administración pública con la colaboración de empresarios particulares o a través de medios propios no personificados.

Debe analizarse, por tanto, adicionalmente, si se cumple el primer elemento del supuesto de hecho previsto en el artículo 3 de la LDC, esto es, la existencia de un acto de competencia desleal consistente en una infracción de norma que se concretaría, en este caso, en el incumplimiento del artículo 30 de la LCSP.

Al respecto hay que tener en cuenta que no existe en el expediente evidencia o documentación que acredite que se hayan producido encargos a medios propios sin que concurren las circunstancias previstas en el artículo 30 de la LCSP.

Asimismo, no consta que las denunciadas hayan recurrido ni hayan aportado³⁹ pronunciamiento alguno del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales en relación con encargos realizados a INECO por su poder o poderes adjudicadores, en el marco del ya mencionado mecanismo específico de control de las previsiones del artículo 30 de la LCSP recogido en el artículo 44 de la misma Ley.

Por tanto, dado que (i) no existen indicios de que la práctica que se denuncia se haya producido (ii) no existen pronunciamientos en relación con el mecanismo específico previsto en el artículo 44 de la LCSP, esta Sala debe concluir que no dispone de información de la que se desprendan suficientes indicios de la

³⁹ De acuerdo con la contestación al requerimiento de información realizado sobre este extremo a en mayo de 2019 (folios 281 a 285).

existencia de un acto desleal consistente en incumplir el artículo 30 de la LCSP, atribuyendo encargos a INECO sin cumplirse las circunstancias legales que lo justificarían, que pudiera ser constitutivo de una infracción del artículo 3 de la LDC.

En todo caso, dado que el recurso del artículo 44 de la LCSP se prevé contra “la formalización de encargos a medios propios”, esto es, contra la formalización del encargo por parte del poder adjudicador, éste será el responsable de que el encargo se ajuste a la legalidad vigente, debiendo INECO obligatoriamente aceptar el encargo del poder adjudicador del que depende, de acuerdo con la normativa vigente de medios propios y sus propios estatutos.

Teniendo en cuenta que, de actuar dentro de los límites de la LCSP, las restricciones a la competencia derivadas de la intervención de INECO en el mercado, ordenadas por los poderes adjudicadores, son las expresamente previstas en la LCSP y, por tanto, contarían con amparo legal; y que los hechos denunciados en este expediente derivan, en esencia, de un supuesto incumplimiento por los poderes adjudicadores del contenido de la LCSP, la existencia o no de estos incumplimientos deberá apreciarse a través de los mecanismos específicos mencionados previstos en la LCSP con las consecuencias que los mismos llevan anudadas.

C. Conclusiones

A la vista de todo lo expuesto, la Sala considera que, de la denuncia presentada y de la información obrante en el expediente, no se desprenden indicios racionales de que se hayan producido incumplimientos de la LCSP que permitan acreditar la existencia de actos de competencia desleal por violación de norma que puedan ser constitutivos de una infracción del artículo 3 de la LDC.

Todo ello sin perjuicio de que, en el futuro, de apreciarse indicios de incumplimiento de la LDC por parte de INECO, pueda procederse a la incoación de procedimiento sancionador o a otras actuaciones de la CNMC en el ámbito de la legitimación activa.

Del mismo modo, lo anterior resulta sin perjuicio de las actuaciones de control y revisión en relación con el cumplimiento de los requisitos para obtener la condición de medio propio de INECO que pudieran realizar en el ámbito de sus competencias el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, la IGAE y el Tribunal de Cuentas, así como, en lo que se refiere al contenido de la auditoría externa, de las funciones de supervisión y de la potestad sancionadora que corresponden al Instituto de Contabilidad y Auditoría de Cuentas, en virtud de la Ley 22/2015, de 20 de julio, de Auditoría de Cuentas. Igualmente, la

decisión de archivo es independiente de la eventual revisión jurisdiccional que corresponde a los órganos del orden contencioso-administrativo en relación con las actuaciones anteriores.

En su virtud, vistos los preceptos citados y los demás de general aplicación, la Sala de Competencia

VII. RESUELVE

ÚNICO.- No incoar procedimiento sancionador y acordar el archivo de las actuaciones seguidas contra la empresa Ingeniería y Economía del Transporte S.M.E. M.P., SA (**INECO**).

Comuníquese esta resolución a la Dirección de Competencia y notifíquese a los interesados haciéndoles saber que contra la misma no cabe recurso alguno en vía administrativa, pudiendo interponer recurso contencioso-administrativo ante la Audiencia Nacional, en el plazo de dos meses a contar desde el día siguiente al de su notificación.

VIII. VOTO PARTICULAR QUE FORMULAN LOS CONSEJEROS D^a MARÍA PILAR CANEDO Y D. JOSEP MARÍA SALAS

1. Introducción.....	27
2. Análisis de lo actuado en el expediente	28
3. Análisis de la cuestión	30
A. El recurso a los medios propios.....	30
B. La posible aplicación del artículo 3 LDC a los hechos denunciados.....	34
a. La posible afectación al interés público	34
b. La posible existencia de competencia desleal.....	35
• Precepto de la LCD que podría estar vulnerándose en el caso concreto	35
• La concurrencia de las exigencias jurisprudenciales en el caso de INECO.....	36
c. Sujetos que podrían ser responsables de la infracción	40
C. La eficacia de la vía de promoción de la competencia en este caso	40
4. Conclusión.....	41

1. Introducción

8. En el ejercicio de la facultad que nos confiere el artículo 11.3 del Reglamento de funcionamiento interno de la CNMC y con el máximo respeto a la opinión referida en la resolución de archivo, formulamos el presente voto particular **discordante con la calificación jurídica de los hechos recogidos en la resolución y con las consecuencias jurídicas que de ella se derivan**⁴⁰.
9. El objetivo de este voto particular es manifestar nuestro desacuerdo con el archivo de la conducta analizada.
Consideramos que se ha realizado un análisis insuficiente de la denuncia presentada al asumir que las actuaciones llevadas a cabo por las entidades que se denominan “medios propios” de la administración no entrarían dentro del ámbito de aplicación de la LDC. De hecho la propuesta de archivo indica expresamente que “no resulta de aplicación la LDC a los hechos denunciados”. Sin embargo la Resolución establece que el archivo se produce porque del expediente “no se desprenden indicios racionales de que se hayan producido incumplimientos de la LCSP que permitan acreditar la existencia de actos de competencia desleal por violación de norma que puedan ser constitutivos de infracción del art. 3 de la LDC”. Tanto en la Propuesta como en la Resolución se indica que las actuaciones se han remitido al Departamento de Promoción de la

⁴⁰ Reglamento de Funcionamiento Interno de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, CNMC, aprobado por el Pleno del Consejo, el 4 de octubre de 2013.

competencia de la CNMC. La PR asume que pueden existir empleos inadecuados de la figura de los medios propios pero que la actuación posible de la autoridad de competencia ante los mismos se restringiría a la perspectiva de promoción de la competencia.

Esta concepción ha tenido como consecuencia que no se ha realizado la instrucción que hubiese sido necesaria, a criterio de los firmantes del presente voto particular, para verificar si las conductas constituyen efectivamente una infracción del artículo 3 de la LDC, como apuntan los denunciantes, realizándose un análisis somero de otras entidades que podrían tener capacidad de fiscalizar las actuaciones de INECO, que no permite verificar si efectivamente existe una infracción de la LDC.

2. Análisis de lo actuado en el expediente

10. El expediente comienza con una **denuncia** que plantea la posible “limitación y eliminación de la competencia que se está produciendo en el mercado de la ingeniería y la consultoría técnica a nivel nacional por la actuación de la Ingeniería y Economía del Transporte (INECO) como medio propio de la Administración española, recibiendo de ésta (en concreto, del Ministerio de Fomento) constantes encargos de gestión, a la vez que actúa libremente en el mercado como operador privado, incluso, y sobre todo, más allá de las fronteras españolas, con absoluta indiferencia al respeto del límite impuesto a dicha actuación desde el artículo 32.2b) de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público (LCSP)”.

11. En concreto **se cuestiona** en los escritos de la denunciante que INECO esté cumpliendo algunas de las exigencias de fondo para poder recibir encargos exentos de la aplicación de las exigencias contenidas en la LCSP. En especial:

- Obtener el 80% de facturación del poder adjudicador.
- No superar el límite de 50% de subcontrataciones.

Además se ofrecen elementos que, de verificarse, pondrían en cuestión la exigencia de que el empleo del medio propio en algunos encargos sea, como exige la Ley, “una opción más eficiente que la contratación pública y resulte sostenible y eficaz con base en criterios de rentabilidad económica o resulte necesario por razones de seguridad pública o de urgencia”.

En concreto se plantea que:

- Se le estarían realizando encargos, sin adecuada justificación y sin que se acredite que tal sea la opción de mayor eficiencia, con el objetivo de compensar la actividad privada que lleva a cabo (especialmente en el ámbito internacional).
- Se estarían incumpliendo exigencias de neutralidad competitiva en la actuación privada de INECO.

- Se estarían estableciendo tarifas “manifiestamente superiores” a las ofrecidas por empresas privadas a las que luego, en algunos casos, se subcontrata (lo que sería en sí contrario al principio de eficiencia).

Tal conducta estaría generando, en opinión del denunciante, una infracción del artículo 3 de la LDC al poder subsumirse en el tipo del artículo 15 de la Ley de Competencia Desleal y generar implicaciones para el interés general.

12. Para **fundamentar su denuncia**, las entidades ofrecen numerosos, diversos y relevantes datos contenidos en documentación pública u obtenidos por el cauce de acceso a documentación por la vía de transparencia, acceso a información pública y buen gobierno. Se incluyen, por ejemplo, relevantes datos de cifras de negocio de INECO recogidos en sus memorias referidos a la totalidad de su actuación y a su actuación internacional; datos muy significativos de la evolución del número de encargos realizados en relación con el recurso a la contratación pública por el poder adjudicador; también se recogen elementos vinculados con el modo de computar las subcontrataciones y la actividad de la entidad denunciada.

13. Ante la denuncia, la **instrucción** realiza tan solo un requerimiento de información a la Intervención General de la Administración del Estado (IGAE) y varios al propio denunciante.

Del análisis de tal documentación se concluye la necesidad de proceder al archivo del expediente, tras derivar el asunto al Departamento de Promoción, por considerar que las conductas no entran en el ámbito de aplicación de la LDC.

La primera cuestión que debería analizarse en el expediente es en qué medida, más allá de la consideración formal, la denunciada cumple, de manera efectiva, las exigencias normativas y jurisprudenciales para ser considerada “medio propio”.

La PR asume tal naturaleza desde el principio de su argumentación.

Realiza un análisis de la jurisprudencia del TJUE que establece los parámetros dentro de los cuales es lícito recurrir a la figura de los medios propios como si la denuncia cuestionara en sí el empleo de tal figura.

Sin embargo no analiza en profundidad -por medio de la realización de las necesarias diligencias de instrucción- la confluencia en la denunciada -INECO- de los criterios objetivos que el TJUE exige para que una entidad pueda ser considerada medio propio y, en consecuencia, puedan encomendársele trabajos sin necesidad de aplicación de la LCSP, de manera conforme con el Derecho de la Unión y que el denunciante apunta que no se cumplen.

No haber ampliado las diligencias de instrucción, más allá del mencionado requerimiento a la IGAE, supone que no se incluyan en el expediente más elementos de juicio que los ofrecidos por el denunciante, lo que lleva al Consejo,

en la resolución, a concluir que no existen en el expediente indicios de infracción de la LCSP.

3. Análisis de la cuestión

A. El recurso a los medios propios

14. El empleo de un “medio propio” por parte de una administración implica que ésta toma la decisión de atender a sus necesidades de suministro de bienes, servicios u obras, recurriendo a sus propias capacidades en lugar de acudir al mercado (por medio de procesos de contratación pública) pero, en lugar de optar por la prestación directa, se vale de entidades instrumentales con las que le vincula una relación de dependencia.
De este modo, en vez de realizar las prestaciones requeridas con funcionarios o de seleccionar por medio de procesos de contratación a operadores que las realicen, la administración crea o emplea una entidad dependiente que realiza las tareas encomendadas sin que exista un proceso competitivo previo. Es por lo tanto inherente a la figura del medio propio la instrumentalidad respecto de la administración mandante.
15. El artículo 32 de la vigente LCSP confirma que los poderes adjudicadores pueden organizarse ejecutando de manera directa prestaciones propias de los contratos de obras, suministros, servicios, concesión de obras y de servicios, a cambio de una compensación tarifaria, valiéndose de otra persona jurídica distinta a ellos, ya sea de derecho público o de derecho privado, previo encargo, (...) **siempre y cuando la persona jurídica que utilicen merezca la calificación jurídica de “medio propio”** personificado respecto de ellos⁴¹.
16. El recurso a estos medios propios encuentra su justificación formal en la capacidad de autoorganización de las administraciones de acuerdo con la libertad de organización garantizada por el Tratado de Funcionamiento de la UE⁴². Desde una perspectiva de fondo, su creación puede tener diversas justificaciones (como por ejemplo razones de seguridad o urgencia justificada) o a la mera búsqueda de eficiencia en la actuación de la administración.
17. La decisión por parte de una administración de recurrir al empleo de un medio propio tiene extraordinaria relevancia práctica ya que, con carácter general, en

⁴¹ Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014, <https://www.boe.es/eli/es/l/2017/11/08/9/con>.

⁴² Véanse las conclusiones del Abogado General Geelhoed en el asunto C-295/05 *Asemfo* (STJCE 19 abril 2007), [ECLI:EU:C:2006:619], §49.

los casos en que la administración decide externalizar determinadas actividades a entidades independientes, resulta aplicable la legislación sobre contratación pública y las exigencias que ella misma conlleva. Sin embargo, los encargos que se realicen a estas entidades conceptuadas como medios propios *no tendrán la consideración de contratos* por lo que respecto de ellos no resultan de aplicación los requisitos, trámites y procedimientos establecidos en la LCSP⁴³. Es decir, el recurso a un medio propio supone una total eliminación de la competencia respecto de las prestaciones encomendadas.

Esta diferencia en la regulación conlleva consecuencias prácticas que tienen un acusado impacto en la medida en que un **adecuado** uso del recurso a un medio propio puede generar ventajas de eficiencia o seguridad, pero un uso **inadecuado** del recurso a los encargos puede tener externalidades negativas en la competitividad de la economía, en el desarrollo adecuado de sectores económicos relevantes y en la eficiencia del gasto público.

18. El artículo 103 de la Constitución Española establece que la Administración Pública sirve con objetividad los intereses generales y actúa de acuerdo con los principios de eficacia, jerarquía, descentralización, desconcentración y coordinación, con sometimiento pleno a la ley y al Derecho.

El empleo de medios propios por parte de las administraciones, en algunas ocasiones, conlleva no solo eficacia sino también eficiencia, contribuye a una mejor protección del interés general y encuentra por tanto justificación y tiene amparo legal.

Sin embargo -siguiendo las directrices que, como veremos, fijan los tribunales europeos- la interpretación de las normas que permiten el recurso a esta figura debe ser restrictiva, dado que nos encontramos ante una excepción a la regla general que exige el recurso a la contratación pública en la provisión de bienes y servicios por la administración.

Los procesos de contratación están diseñados de manera que generan tensión competitiva lo que produce nítidas ventajas en los servicios afectados por los procesos que la respetan y en consecuencia en los ciudadanos, en la economía y en la sociedad. Tales ventajas conllevan mejoras en calidad, innovación y

⁴³ Al respecto debe recordarse que la última jurisprudencia europea (ver los apartados 68 y 69 de la STJUE de 28/5/2020, C-796/18, ECLI:EU:C:2020:395) afirma, respecto de los convenios, que los mismos tienen naturaleza de contrato, si bien están exentos de la aplicación de las exigencias procedimentales de la normativa de contratación. Tal como adecuadamente manifiesta SERRANO CHAMIZO, J., *La Ley de Contratos del Sector Público en la doctrina del Órgano Administrativo de Recursos Contractuales de la Comunidad Autónoma de Euskadi*, IVAP, 2020, p. 69, “*debe señalarse que, aunque el principal efecto práctico (la no obligación de un procedimiento de adjudicación recogido en la LCSP previo a la celebración del acuerdo) es el mismo en ambos casos, la calificación jurídica en una u otra categoría no es una simple cuestión de precisión académica; téngase en cuenta que, al tratarse de contratos públicos, a los convenios recogidos en el artículo 6.1 LCSP les son aplicables, por ejemplo, los principios de la contratación pública recogidos en el artículo 18.1 de la Directiva 2015/24/UE*”.

precio, así como un claro incremento en la transparencia que evita o al menos limita las discriminaciones entre operadores.

El encargo de una tarea a un medio propio implica que se priva al mercado y a los operadores privados de la posibilidad de realizar ofertas para prestar los servicios, bienes u obras demandadas por la administración.

Aunque no existe un derecho de los operadores a participar en las diferentes transacciones que resultan necesarias para cubrir las necesidades de la administración, la Constitución exige a la administración actuar respetando el principio de eficacia por lo que tan solo cuando el recurso a los medios propios la genere, podrá considerarse justificado.

19. La sociedad y los ciudadanos tienen derecho a que las administraciones sometan sus actuaciones a la Ley, motiven sus decisiones adecuadamente y se basen en criterios de protección del interés general. Solo de este modo la actuación de la administración puede ser controlada y en su caso cuestionada. Para conseguir una más sencilla valoración de la actuación de los poderes adjudicadores, y en consecuencia de su control, la legislación europea ha establecido unos límites objetivos fuera de los cuales no puede considerarse que una entidad sea realmente medio propio instrumental de una administración. Por tanto no cabe que se le realicen encargos sin respetar las exigencias de la normativa de contratación pública.

Tal objetivación de requisitos hace más sencilla la motivación de la actuación de las administraciones en los encargos, dado que, cuando se cumplen las exigencias legales, se presume que el encargo es lícito y por lo tanto para considerarlo contrario a la competencia, habría que acreditar que no genera eficiencia.

Sin embargo, **cuando no se cumplen las exigencias legales, debe considerarse que el encargo es contrario a derecho y no es necesaria mayor acreditación para considerar que genera**, independientemente de consideraciones de otra índole, **una inadecuada afectación en la competencia**.

20. Cuanto antecede implica que el recurso a los medios propios, amparado por la normativa española y europea, tiene justificación en numerosos casos, pero encuentra su límite en los principios de eficacia y sometimiento de la administración a la Ley.
21. La **delimitación** de lo que puede considerarse un medio propio se había realizado tradicionalmente por vía jurisprudencial y en la última normativa de contratación vigente en la Unión Europea y en nuestro país se han recogido los

elementos esenciales que debe cumplir una entidad para poder ser considerada medio propio de una administración⁴⁴.

Los artículos 32 y 33 de la LCSP establecen las exigencias para que una entidad sea considerada medio propio.

En el caso de que se trate de medios propios de una entidad, el poder adjudicador debe ostentar control análogo, directo o indirecto, al que ejercería respecto de sus propios servicios y se exige que tenga una “*influencia decisiva sobre sus objetivos estratégicos y decisiones significativas*”. Se presume tal control cuando la entidad pueda conferir encargos de ejecución obligatoria de forma que se considere que existe una “*unidad de decisión entre ellos*”.

Además, se establece que la compensación se realizará en el caso de actividades llevadas a cabo por el medio propio por referencia a tarifas aprobadas por la entidad adjudicadora. En el caso de subcontratación, reglamentariamente se determinarán las condiciones de retribución “*atendiendo al coste efectivo soportado por el medio propio.*”

La Ley española recoge que más del 80% de las actividades del medio propio deben realizarse por mandato del poder adjudicador de que dependan y que tal circunstancia debe ser expresada y auditable. Para realizar este cálculo, la norma establece que “*se tomarán en consideración el promedio del volumen global de negocios, los gastos soportados por los servicios prestados al poder adjudicador en relación con la totalidad de los gastos en que haya incurrido el medio propio por razón de las prestaciones que haya realizado a cualquier entidad, u otro indicador alternativo de actividad que sea fiable, y todo ello referido a los tres ejercicios anteriores al de formalización del encargo*⁴⁵”.

Hasta enero de 2021, tal como se recoge en la Resolución, el cumplimiento del requisito debía reflejarse en la Memoria de cuentas anuales y ser objeto de verificación por un auditor de cuentas.

La norma establece también que si el encargo se realiza a un ente de personificación público-privada la totalidad del capital debe ser público y que el reconocimiento de la naturaleza de medio propio debe estar expresamente reconocido en estatutos, debe existir una conformidad expresa del poder adjudicador y una acreditación de que el medio propio “*cuenta con medios personales y materiales apropiados para la realización de los encargos de conformidad con su objeto social*”.

La Ley española establece que los medios propios deben publicar su condición y los encargos en la Plataforma de contratación correspondiente.

La subcontratación no podrá exceder del 50% de la actividad salvo en el caso de las concesiones de obras o servicios o se traten de gestión de servicios públicos

⁴⁴ Como más relevante por ser la que comenzó a sentar la doctrina que luego ha evolucionado, véase el Asunto C-107/98, *Teckal*, STJCE 18 noviembre 1999, [ECLI:EU:C:1999:562].

⁴⁵ En el caso de que no sea posible acceder a datos de los tres últimos años, la Ley establece que será posible justificar un cálculo que puede basarse en proyecciones de negocio.

“mediante la creación de entidades de derecho público destinadas a este fin, ni a aquellos en que la misma se atribuya a una sociedad de derecho privado cuyo capital sea, en su totalidad, de titularidad pública”. El porcentaje puede excepcionalmente superarse por razones de seguridad, naturaleza de la prestación que requiera un mayor control en la ejecución de la misma, o en razones de urgencia que demanden una mayor celeridad en su ejecución.

También se exige que el recurso a la encomienda sea una opción más eficiente que la contratación pública y resulte sostenible y eficaz con base en criterios de rentabilidad económica o resulte necesario por razones de seguridad pública o de urgencia.

B. La posible aplicación del artículo 3 LDC a los hechos denunciados

22. El artículo 3 de la LDC establece que las autoridades de competencia podrán sancionar “los actos de competencia desleal que por falsear la competencia afecten al interés público”.
- La aplicación de este precepto exige que se verifiquen dos requisitos: la competencia desleal y la existencia de interés público.

a. La posible afectación al interés público

23. En lo tocante a la afectación al interés público, debe considerarse que el uso inadecuado de un medio propio, por excesivo y contrario a las exigencias legales, tendría dos **consecuencias** esenciales.
- En primer lugar, el recurso a un encargo impide la apertura de un proceso de contratación pública. Cuando el empleo del encargo al medio propio no genere eficiencia y, en cualquier caso, cuando no tenga amparo legal, priva a las empresas indebidamente de la posibilidad de presentar ofertas competitivas para la prestación de servicios, obras u otras actividades y detrae por tanto del mercado una parte que puede resultar relevante en algunos casos, especialmente en determinados sectores, para la propia subsistencia de algunas entidades y la competitividad de la economía y del sector.
- En segundo lugar, y más relevante, priva a la administración y en consecuencia a la sociedad de las ventajas que se derivan de la existencia de procesos competitivos que, en esencia, generan una tensión que conlleva una mejora en la innovación y en las condiciones de las ofertas en forma de mayor calidad y precios. Además, cuando el medio propio no tiene la posibilidad de realizar por sí los trabajos vinculados con el encargo y recurre a procesos de subcontratación de forma excesiva, se pueden estar produciendo dos situaciones indeseadas: el recurso al sector privado sin respetar las garantías de la LCSP (con los riesgos que ello genera) y la existencia de una intermediación innecesaria (no coherente con la exigencia de eficiencia) que incrementa los costes del servicio, reduce la

exigida eficiencia y no existiría si se recurre directamente a un proceso de contratación.

24. La afectación al interés público puede verificarse tanto desde una perspectiva cuantitativa como cualitativa.
25. Desde una perspectiva cuantitativa, los datos muestran que el recurso a los encargos de medios propios resulta en nuestro ordenamiento muy frecuente. La dimensión del mercado relevante afectado por la conducta denunciada (alrededor de un 4% del PIB) y la reiteración e importancia económica de la conducta no se ponen en cuestión en el expediente y el impacto en determinados sectores empresariales puede ser relevante. Debe además considerarse que la demanda de servicios que las administraciones canalizan a través de encargos requiere de una específica cualificación técnica que exige subcontrataciones y por lo tanto genera dudas sobre la existencia real de autoaprovisionamiento. A título de ejemplo, atendiendo a los datos de la denuncia dado que no se ha realizado actualización de los mismos en el expediente, Fomento habría realizado encargos a INECO en 2017 por valor de más de 68.000.000€.
26. En cualquier caso, desde una perspectiva cualitativa, el contenido de los encargos y sus objetivos suponen la existencia de financiación pública para prestar servicios a la sociedad por lo que resulta imprescindible redoblar el análisis del uso eficiente de los recursos de forma que se **incremente la calidad** y se **ajusten los costes a lo imprescindible** para conseguirla. Este análisis, en sí mismo, se realiza desde la perspectiva de la inherente afectación al interés público.

b. La posible existencia de competencia desleal

- **Precepto de la Ley de Competencia Desleal que podría estar vulnerándose**

27. La aplicación del artículo 3 de la LDC exige acreditar la existencia de una vulneración de la regulación de competencia desleal. Se requiere por tanto que la práctica concreta pueda ser encuadrable en alguno de los supuestos de la Ley 3/1991 de Competencia Desleal (LDC)⁴⁶. Esta norma establece que los comportamientos previstos en ella tendrán la consideración de actos de competencia desleal “siempre que se realicen en el mercado y con fines concurrenciales” (artículo 2), cuestión que debe analizarse caso por caso.

⁴⁶ Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal, BOE núm. 10 de 11 de enero. Texto consolidado <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1991-628> (consulta 29 de octubre de 2021)

De cualquier modo, el capítulo segundo de la citada ley tipifica los actos que se reputan de competencia desleal y, dentro de ellos, el artículo 15 describe los actos desleales que denomina de “violación de normas”.

El citado precepto establece que se considera desleal “prevalerse en el mercado de una ventaja competitiva adquirida mediante la infracción de las leyes.” Recoge también este artículo que “tendrá la consideración de desleal la simple infracción de normas jurídicas que tengan por objeto la regulación de la actividad concurrencial”.

Para que pudiera darse la citada infracción debería por tanto verificarse una violación de normas o una infracción de leyes que tengan por objeto la actividad concurrencial, tal como es el caso de la LCSP.

- **La concurrencia en INECO de las características del medio propio**

28. Tal como se indicaba, la denuncia plantea que se estaría produciendo por parte de INECO una competencia desleal por infracción de normas con afectación al interés general tipificada por tanto en el artículo 3 LDC en relación con el 15 de la LCD al actuar esta entidad “con absoluta indiferencia al respeto del límite impuesto a dicha actuación desde el artículo 32.2b) de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público (LCSP)”.
29. Un adecuado análisis de la denuncia presentada habría exigido que se verifique en qué medida la actuación de INECO cumple las exigencias de la Ley de contratos para poder ser considerada medio propio de la administración dado que, en el caso de que pueda acreditarse que tales exigencias no se cumplen, existiría una infracción de la LCSP, norma concurrencial a que se remite el artículo 15 de la LCD.
30. Tal análisis debería centrarse especialmente, por ser los elementos sobre los que el denunciante presenta indicios de incumplimiento, en determinar si INECO cumple de manera efectiva (y no meramente formal) con la exigencia de que el 80% de su actividad lo sea con el poder adjudicador (de modo que su actividad privada, incluida la internacional se limite a un 20%). También debería analizarse el tanto por ciento efectivo de subcontratación realizado verificando si el sistema de cálculo empleado por INECO cumple las exigencias normativas o puede suponer un modo de enmascarar una situación en que el medio propio no cuenta con medios personales y materiales apropiados para la realización de los encargos de conformidad con su objeto social. Igualmente debería analizarse si el encargo al medio propio genera eficiencia en la actuación de la administración con especial referencia a los elementos respecto de los que las denunciantes ofrecen algunos indicios (determinación de tarifas por encima de precios de mercado con subcontrataciones posteriores

injustificadas; realización de encargos sin consideración de las exigencias legales; cuestiones referidas a la neutralidad competitiva...).

31. La denuncia afirma que las cifras de facturación alcanzadas por INECO en el informe anual publicado en 2017 (el último anterior a la denuncia) centradas “exclusivamente en su actuación transfronteriza como operador privado ya superan por sí solas el 20% de su cifra de global de negocio. Dicha cifra global, en el mencionado ejercicio, alcanzó los 227.482.756 de euros, de los cuales puede observarse que 46.928.295 fueron generados fuera de España. La actuación transfronteriza de los medios propios de este sector es sabido que constituye una tendencia creciente, como en su día ya afirmó la CNMC en su informe de 2013 y años mas tarde reiteró el Tribunal de Cuentas Públicas en su informe de fiscalización de INECO de 2015. (...) Con ello solo podría cumplirse el requisito definitorio de la condición de medio propio relativo a que más del 80% de su actividad global la copen encargos recibidos de su administración matriz, si dichos encargos alcanzan una cifra realmente exorbitante (en torno a 200 millones de euros) con independencia por tanto de los criterios de eficiencia, rentabilidad y calidad a los que sirve la libre competencia que deben ademas fundamental la realizacion de cada encargo tal como exige la LCSP que deben ademas fundamentarse respecto de cada uno de ellos”.
- Por otra parte, la propia resolución afirma que INECO cuenta con 3.000 profesionales y desarrolla actividades en más de 50 países y refiere una evolución del recurso por el poder adjudicador a la encomienda y la contratación que debería ser objeto de verificación y análisis no solo desde la perspectiva del derecho nacional sino, en su caso, del derecho europeo.
32. El análisis de eficiencia podría realizarse tanto respecto de la actividad general del medio propio como respecto de cada uno de los encargos realizados, aunque la aplicación del concepto jurídico indeterminado no siempre resulta sencilla. También pueden analizarse en cada engargo o con carácter general algunas de las exigencias legales como el control análogo o la titularidad del capital. Sin embargo, el estudio de las exigencias legales de subcontratación y, especialmente, la del 80-20 trasciende necesariamente del estudio aislado de cada uno de los encargos.
- No cabe por ello plantear, como apunta en un determinado momento la Resolución, que la impugnación de un encargo determinado sea un procedimiento óptimo para realizar este análisis dado que, como hemos referido, el cumplimiento del requisito se establece en nuestro ordenamiento respecto de los encargos realizados en los tres años precedentes.
- En concreto, como hemos visto, para calcular el 80 por ciento de las actividades del ente destinatario del encargo se tomarán en consideración el promedio del volumen global de negocios, los gastos soportados por los servicios prestados

al poder adjudicador en relación con la totalidad de los gastos en que haya incurrido el medio propio por razón de las prestaciones que haya realizado a cualquier entidad, u otro indicador alternativo de actividad que sea fiable, y todo ello referido a los tres ejercicios anteriores al de formalización del encargo.

Lo mismo sucede con la instrumentalidad que es inherente al medio propio respecto de su poder adjudicador que opta por la autoprovisión (lo que no parece muy coherente con la afirmada presencia de INECO más de 50 países, en caso de que se acreditase).

Tales cuestiones deberían por tanto analizarse en la instrucción de este expediente.

Tan solo un análisis global y profundo de la actividad de la entidad a lo largo de los años sirve al objetivo de verificar si efectivamente existe una infracción de norma concurrencial que podría ser tipificada en el artículo 3 LDC.

33. Aunque en la PR se manifiesta que el análisis de estas conductas no entraría dentro del ámbito de aplicación de la LDC, en la Resolución se apunta que, de los hechos denunciados no se deduce la existencia de indicios de infracción de la LCSP por lo que no se puede acreditar una infracción de norma competitiva y en consecuencia tampoco del artículo 3 de la LDC.

También se afirma que, de existir alguna irregularidad en la actuación de INECO, existen otras vías para controlarla que servirían para garantizar los intereses de los denunciantes.

En primer lugar, porque INECO debía realizar una **certificación del cumplimiento de los requisitos legales auditable** (que se ha suprimido de nuestro ordenamiento convirtiendo este control en mucho más difuso lo que hace aún más relevante la función de control que tienen organismos independientes como la CNMC). En segundo lugar porque el **Tribunal de Cuentas** puede fiscalizar la actuación de la entidad; también porque la **IGAE** podía realizar un control económico financiero del sector público estatal, y porque los encargos se pueden **impugnar** ante los órganos de recursos contractuales.

En opinión discordante de estos consejeros, ninguno de tales cauces, de existir, privarían de competencia a la CNMC para realizar por sí misma el análisis de la concurrencia de los requisitos legales que le permitieran enjuiciar la posible tipicidad de la conducta. De hecho, una instrucción suficiente pasaría por analizar en profundidad las conductas para lo cual, además de solicitar u obtener información del poder adjudicador o de la entidad denunciada, se podría requerir de los mencionados organismos o cualquier otro que se considere oportuno, toda información necesaria para poder formar un juicio suficiente.

La referencia a la capacidad de otras instancias para verificar la posible existencia de una infracción de norma que se realiza en la resolución no resulta apta, en opinión disidente de los firmantes de este voto, para desvirtuar la

capacidad de la CNMC para analizar la existencia de una infracción de competencia.

Asumir lo contrario sería tanto como plantear que resulta necesario que exista una declaración de deslealtad previa de una conducta para que pueda aplicarse el artículo 3 de la LDC.

Esta concepción no solo no tiene sustento legal ni jurisprudencial sino que no resulta coherente con precedentes de este mismo organismo en que se ha aplicado el artículo 3 LDC sin necesidad de que exista un pronunciamiento previo de otra instancia declarando el carácter desleal de una conducta⁴⁷.

Por otra parte, ni un tribunal de recursos contractuales ni un juez analizando las implicaciones de competencia desleal tienen encomendada la función de declarar la existencia de infracción al artículo 3 LDC con las implicaciones de protección del interés general que el mismo exige, ni de sancionar la conducta por infracción de competencia (de acreditarse) con las implicaciones para el erario público que tal circunstancia genera.

34. Finalmente, en opinión de estos consejeros, la existencia o inexistencia de indicios no debería basarse exclusivamente en el análisis de la información ofrecida por el denunciante, que carece de los poderes reconocidos por la Ley al órgano de instrucción.

La respuesta de la IGAE, organismo al que se ha realizado la única solicitud de información en el expediente, ha manifestado, tal como se recoge en la Resolución, que “la verificación del requisito del cumplimiento del porcentaje de facturación del 80% en el caso de sociedades mercantiles estatales sujetas a auditoría, como es el caso de INECO, compete a auditores privados conforme a la Ley 22/2015, de 20 de julio, de Auditoría de Cuentas (no compete a la IGAE en virtud de lo previsto en el artículo 168 de la Ley 47/2003, de 26 de noviembre, General Presupuestaria)”. Manifiesta que la nota técnica 1/2019 por ella emitida que contiene una serie de exigencias del proceso de auditoría que “no pueden tomarse en consideración en el caso que nos ocupa, puesto que, como se ha dicho, la verificación, en el caso de INECO, corresponde a auditores privados”. Afirma también que su informe “no constituye una actuación de control o de auditoría pública por lo que no incluye el análisis y valoración de la razonabilidad económica, la realidad o la oportunidad de los datos consignados en la Memoria y demás documentación aportada, que no forman parte del alcance del informe, sin perjuicio de que todo ello pueda ser objeto de actuaciones posteriores que la IGAE pueda desarrollar en el futuro”.

Solo realizadas tales salvedades, afirma que “*no puede deducirse de la memoria presentada por INECO la existencia de aspectos significativos que impidan el*

⁴⁷ Véase a modo de ejemplo la Resolución de 17 de septiembre de 2013, expte. S/410/12, Ascensores-2, o la RESOLUCIÓN de 20 de junio de 2019 en el Expte. S/DC/0552/15 AGIC, https://www.cnmc.es/sites/default/files/2531434_17.pdf.

cumplimiento de las condiciones y requisitos establecidos en el artículo 86 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público”.

Por ello, en contra de la opinión recogida en la Resolución, de tal documento no puede deducirse que no se verifiquen los indicios de infracción de la LCSP ofrecidos por las partes, que, en general, requieren de un análisis en profundidad que en este caso no se ha producido.

c. Sujetos que podrían ser responsables de la infracción

35. INECO es una sociedad mercantil estatal que se rige, entre otras, por la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público. Se trata por tanto una personificación de derecho público que actúa en el mercado y como operador económico. Por ello no existe duda sobre la aplicación de la normativa de competencia a este sujeto⁴⁸.
36. Debería plantearse también en qué medida el poder adjudicador, cuando hace encargos a una entidad que no cumple las exigencias para ser considerado medio propio, puede también ser sujeto responsable de una infracción de defensa de la competencia.
El TS ha afirmado que el ámbito de aplicación de la normativa de competencia no está determinado por el concepto de empresa u operador económico, sino por la aptitud de la conducta realizada para causar “un resultado económicamente dañoso o restrictivo de la competencia en el mercado”⁴⁹.
Por ello debería plantearse la posible responsabilidad del poder adjudicador en la realización de encargos en los que no se cumplan las exigencias normativas y de eficiencia.

C. La eficacia de la vía de promoción de la competencia en este caso

37. No existe duda de que la vía de la promoción de la competencia puede ser pertinente para hacer un análisis genérico del empleo de los medios propios por parte de una administración. De hecho, en el año 2008 la CNC realizó un estudio que puso de manifiesto muchas de las implicaciones que se suscitan en este caso. En la actualidad existe un procedimiento de audiencia pública en la CNMC

⁴⁸ Véanse las sentencias del TJUE de 12 de julio de 2012, As. C-138/11 Compass-Datenbank, ECLI:EU:C:2012:449 y de 28 de febrero de 2013, As. C-1/12, Ordem dos Técnicos Oficiais de Contas, ECLI:EU:C:2013:127.

⁴⁹ Sentencia del Tribunal Supremo de 18 de julio de 2016, Recurso 2946/2013, (ECLI:ES:TS:2016:3525), dictada respecto de la Resolución de 6 de octubre de 2011 de la CNC en el expediente S/167/09 productores de uva y vino de Jerez accesible en <https://www.cnmc.es/expedientes/s016709> (Consultado 29 de octubre de 2021). En el mismo sentido véase la Resolución del Consejo de la CNC de 26 de septiembre de 2013 Expte. S/314/10, Puerto de Valencia también confirmada por el TS en su STS 4870/2016 - ECLI:ES:TS:2016:4870.

para relizar otro estudio sobre este fenómeno y sus implicaciones en la eficiencia del gasto público y en el mercado.

Sin embargo, esta vía, apuntada en la PR puede tener una incidencia muy positiva a futuro, si el legislador y la administración atienden a las recomendaciones contenidas en los informes. Sin embargo la promoción de la competencia resulta de escasa incidencia respecto de conductas que ya se hayan o se estén produciendo.

38. Por ello, en el caso de que exista, como en el presente supuesto, una denuncia que plantea indicios de incumplimiento que ya habrían sido ejecutados o que podrían seguir ejecutándose, tan solo una adecuada instrucción sirve a verificar la posible existencia de infracción y solo de este modo se conseguiría un efecto útil del derecho de la competencia y una adecuada protección de los derechos de los afectados.

4. Conclusión

39. Tanto la realización de encargos a una entidad que formalmente se denomine medio propio si se realiza en incumplimiento de las exigencias legales y jurisprudenciales como el empleo por parte de tal entidad de sus recursos en el mercado incumpliendo las mismas exigencias, suponen una violación de normas que tienen por objeto la regulación de la actividad concurrencial por lo que puede, de acreditarse, reputarse desleal y afectar al interés general. Por ello puede implicar la aplicación del artículo 3 de la LDC.

Es decir, si un poder adjudicador encarga a una entidad que no cumple los requisitos para ser considerado medio propio por no existir control análogo, por incumplir las restricciones a la subcontratación, por estar orientada al mercado o cualquiera del resto de constricciones que detalladamente se han regulado, la conducta implicaría una infracción de la LCSP, con afectación al interés general y, en consecuencia, estaría tipificada en el art. 3 de la LDC.

Si se concluyese que una entidad a la que se están realizando encargos sin aplicación de las exigencias de la LCSP no cumple los requisitos para considerarse medio propio, nos encontraríamos ante asignaciones directas de servicios sin amparo legal, por lo que en ningún caso puede considerarse que tal afectación al mercado es ajena a la normativa de defensa de la competencia.

40. Ante una denuncia que ofrece elementos de los que pueden derivarse indicios de la existencia de tal conducta -máxime si la denuncia es previa a la existencia de priorización de casos incluida en la última modificación de la LDC por mandato de la Directiva ECN+- la autoridad de competencia tiene obligación de verificar la existencia o inexistencia de infracción. El hecho de que existiesen vías

alternativas para acreditar la ilegalidad de determinadas conductas, en ningún caso obsta a la competencia de la CNMC para aplicar el artículo 3 LDC.

41. Por todo cuanto antecede, estos consejeros consideran que el archivo del expediente no procede ya que la posible falta de indicios acreditados se debe a que la instrucción realizada no agota el análisis que debe realizarse de la conducta denunciada desde la perspectiva de competencia. Por ello debería ordenarse la devolución del expediente a la Dirección de Competencia.

En tal sentido emitimos este Voto Particular.