

I. VOTO PARTICULAR QUE FORMULA LA CONSEJERA D^a MARÍA PILAR CANEDO

1. Introducción	1
2. Respeto de las encomiendas a medios propios	1
A. El recurso a los medios propios.....	1
B. La posible infracción de la normativa de defensa de la competencia por inadecuado uso de las encomiendas	5
3. Precisión respecto del análisis general realizado en la Guía	8

1. Introducción

1. En el ejercicio de la facultad que me confiere el artículo 11.3 del Reglamento de funcionamiento interno de la CNMC y con el máximo respeto a la opinión referida en el informe aprobado por el Pleno de la CNMC, formulo el presente Voto Particular respecto de la presente Guía¹.
2. Su objetivo es manifestar mi desacuerdo con el silencio respecto de cuestiones que considero esenciales y no se incluyen en el documento aprobado, así como con la perspectiva ofrecida por algunos de sus análisis.

2. Respeto de las encomiendas a medios propios

A. El recurso a los medios propios

3. 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**.

¹ 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.

4. 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 ellos².
5. 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 UE³. 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.
6. 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 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 LCSP⁴. Es decir, **el recurso a un medio propio supone una total eliminación de la competencia respecto de las prestaciones encomendadas**.
7. 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

² 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>.

³ Véanse las conclusiones del Abogado General Geelhoed en el asunto C-295/05 *Asemfo* (STJCE 19 abril 2007), [ECLI:EU:C:2006:619], §49.

⁴ 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*”.

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.

8. 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.

9. 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 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.

10. 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.**

11. 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.

12. 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 administración⁵.

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*

⁵ 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].

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 encargo⁶.

Hasta enero de 2021, 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 *“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*.

13. 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 infracción de la normativa de defensa de la competencia por inadecuado uso de las encomiendas

14. La Guía no hace una referencia expresa al hecho de que una **mala praxis** en el uso de los encargos a los medios propios puede suponer, dependiendo de las circunstancias del caso, una infracción de la normativa de defensa de la competencia. Tal normativa incluye tanto la europea (artículos 101 y 102 del TFUE) como la española que, además de los artículos 1 y 2 -equivalentes a los precedentes-, contiene la provisión del artículo 3.

⁶ 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.

Tal precepto, como es sabido, sanciona las prácticas de competencia desleal que, por falsear la libre competencia, afecten al interés público y puede resultar de especial relevancia en este análisis.

15. 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.

La afectación al interés público puede verificarse tanto desde una perspectiva cuantitativa como cualitativa.

16. 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)⁷.

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.

⁷ 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>.

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.

17. El silencio de la Guía podría interpretarse como **la asunción de que las actuaciones llevadas a cabo por las entidades que se denominan “medios propios” de la administración y sus mandantes no entrarían dentro del ámbito de aplicación de la LDC**, concepción que quien suscribe este Voto Particular no considera amparada por el ordenamiento jurídico español ni respaldada por la actuación de autoridades de competencia en España ni por la ya asentada jurisprudencia del Tribunal Supremo⁸.

Tal doctrina jurisprudencial se genera a raíz de varios asuntos resueltos por la CNC defendiendo la necesaria aplicación de la normativa de defensa de la competencia a la actuación de la administración cuando ésta afecta negativamente al mercado con su actuación.

18. Tal asunción genera un defecto en el análisis y reflejo de algunos riesgos que el uso inadecuado de los encargos podría generar. En opinión de quien suscribe este Voto tal inclusión **sería necesaria para generar mayor seguridad jurídica y mejor asesoramiento a los destinatarios de la Guía**.

Referencias a cuestiones tales como el respeto a la exigencia de obtener el 80% de facturación del poder adjudicador, el riesgo de incrementar las encomiendas para permitir ampliar la actuación en el mercado o los límites a las subcontrataciones habrían contribuido a tal objetivo.

19. Por otra parte, la Guía aborda de manera casi tangencial 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

⁸ Sentencia del Tribunal Supremo, 3525/2016, de 18 de julio de 2016, Vinos de Jerez, ECLI: ES:TS:2016:3525; Sentencia del Tribunal Supremo 4871/2016, de 7 de noviembre de 2016, Puerto de Valencia, ECLI:ES:TS:2016:4871; Sentencia del Tribunal Supremo, 7880/2018, AIO, de 21 de mayo de 2020.

Véase igualmente Resolución firme de la Autoridad Vasca de la Competencia de 11 de noviembre de 2015, Expte. 7/2013, OBRAS PÚBLICAS ÁLAVA (Arabako lanak), en https://www.competencia.euskadi.eus/contenidos/informacion/resoluciones/es_resoluci/adjunto/s/RESOLUCION%20arabako%20lanak%20definitiva%20sin%20firmas.pdf.

base en criterios de rentabilidad económica o resulte necesario por razones de seguridad pública o de urgencia”.

Tal exigencia incide en la justificación misma de los encargos, las exigencias de neutralidad competitiva o el análisis de las tarifas fijadas en relación con las de mercado⁹.

3. Precisión respecto del análisis general realizado en la Guía

20. La Guía analiza las figuras de la encomienda y el Convenio con una introducción que recoge adecuadamente las exigencias legales y jurisprudenciales para su empleo.
21. No obstante, realiza numerosos análisis conjuntos de ambas figuras entre sí y como alternativas a los procesos de contratación pública.
De tales análisis -especialmente cuando son conjuntos y cuando presentan ventajas o inconvenientes frente a la figura general de la contratación pública- parece derivarse la consecuencia de que queda en manos de la administración contratante optar por una vía u otra cuando decide proveerse o proveer de bienes o servicios o alcanzar objetivos comunes a otras entidades.
22. Sin embargo, debe recordarse que las figuras analizadas no suponen una alternativa más flexible en manos de la administración para obviar las exigencias de la regulación sobre contratación pública.
Tales exigencias pretenden, como hemos indicado, ofrecer a la administración y a los ciudadanos las ventajas que son inherentes a los procesos competitivos evitando la discriminación y garantizando en todo caso la neutralidad competitiva.
El recurso a vías como las desarrolladas, si bien admitida por el ordenamiento, tan solo resulta posible en los excepcionales casos contenidos en la legislación.

En tal sentido emito este Voto Particular.

⁹ Véase el *Informe del Consejo Vasco de la Competencia en relación a la consulta realizada por las Juntas Generales de Bizkaia referida a la concurrencia a concursos públicos de Euskotren en competencia con empresas privadas*. Expte. I-3/2012, en https://www.competencia.euskadi.eus/contenidos/informacion/informes/es_informes/INFORME%20JJG%20BIZKAIA%20web.pdf.