

GUÍA SOBRE CONTRATACIÓN PÚBLICA Y COMPETENCIA

LOS ENCARGOS A MEDIOS PROPIOS Y LOS CONVENIOS

REF. G-2020-01

Fecha 14 de febrero de 2023

www.cnmc.es

CONTENIDO

1. INTRODUCCIÓN	3
2. LA REGULACIÓN APLICABLE A ENCARGOS Y CONVENIOS.....	9
2.1. Requisitos recogidos en la normativa sectorial	12
2.1.1. Medios propios y encargos.....	12
2.1.2. Convenios.....	13
2.2. Principios de buena regulación y administración	14
3. LOS RIESGOS PARA LA COMPETENCIA DE LA UTILIZACIÓN DE ENCARGOS Y CONVENIOS	17
3.1. Pérdida de eficiencia en las condiciones de provisión del bien o servicio	17
3.2. Pérdida de eficiencia del medio propio	21
3.3. Menor eficiencia del mercado	21
4. RECOMENDACIONES SOBRE LOS ENCARGOS	23
4.1. La creación de medios propios.....	23
4.1.1. La justificación de la creación del medio propio.....	23
4.1.2. Suficiencia e idoneidad de medios	28
4.2. La atribución de encargos a un medio propio	30
4.2.1. La entidad destinataria del encargo	31
4.2.2. El contenido y la forma del encargo	43
4.3. La revisión de la condición de medio propio	57
5. RECOMENDACIONES SOBRE LOS CONVENIOS	59
6. CONCLUSIONES	67

** Corrección de errores a fecha 25/04/2023 **

1. INTRODUCCIÓN

En su [Plan de actuación 2021-22](#) (acciones 141 y 202), la CNMC contempla continuar con la actualización de la [Guía sobre contratación pública y competencia](#). Este proceso se ha planteado por fases, que se corresponden con las diferentes etapas del ciclo de aprovisionamiento público: 1) planificación, 2) alternativas a los contratos, 3) preparación y diseño de las licitaciones, 4) adjudicación, 5) ejecución y 6) evaluación. En diciembre de 2020, la CNMC culminó la primera fase de la actualización, con la publicación de su [Guía sobre la planificación de los aprovisionamientos de los organismos públicos](#)¹.

La presente guía se centra en la determinación del método de aprovisionamiento, entendida como la elección, entre las alternativas disponibles, de aquella que mejor resuelva la necesidad demandada por la entidad del sector público (bienes, servicios u obras) en términos de coste-beneficio.

Aunque acudir al mercado a través de la **contratación pública** suele ser la opción más frecuente, el ordenamiento jurídico contempla formas alternativas para satisfacer las necesidades públicas, por medio de **relaciones de cooperación entre entidades del sector público**. Estos instrumentos de cooperación son los **convenios** (cooperación “horizontal”) y los **encargos a medios propios** personificados² (cooperación “vertical”) (ver Cuadro 1).

Cuadro 1. Modalidades de cooperación: vertical y horizontal

Encargos a medios propios personificados – cooperación vertical o relaciones domésticas (“in-house”).

Las entidades pertenecientes al sector público pueden ejecutar de manera directa prestaciones propias de los contratos de obras, suministros, servicios, concesión de obras y concesión de servicios a través de entidades instrumentales con personalidad jurídica propia con las que les vincula una relación de dependencia y control (**medios propios**). Las relaciones entre ellos son jerarquizadas y se instrumentalizan a través de la figura del **encargo**, que se realiza a cambio de una compensación tarifaria.

¹ Toda la actividad de promoción de la competencia por la CNMC en materia de contratación pública está disponible en el siguiente enlace: <https://www.cnmc.es/ambitos-de-actuacion/promocion-de-la-competencia/contratacion-publica>.

² Figura distinta a las encomiendas de gestión reguladas en el artículo 11 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre (LRJSP) como instrumento de cooperación interadministrativa. Esta figura no será analizada en esta Guía, como tampoco lo serán otras técnicas de traslación de competencias como las transferencias de competencias.

Desde el punto de vista de la competencia, la principal característica de los encargos es su **carácter de adjudicación directa**, al margen del mercado. Los encargos no están sujetos a los principios y procedimientos de la contratación pública, aunque deben cumplir con una serie de requisitos que persiguen evitar su utilización inadecuada o abusiva³.

Convenios – cooperación horizontal.

Los convenios son acuerdos de naturaleza cooperativa entre distintas entidades del sector público, con posibilidad de que participen también entidades privadas, para lograr objetivos de interés público en común⁴. Se trata de una relación entre iguales, sin que deba existir dependencia o control entre las partes.

Desde la óptica de competencia, este tipo de negocios jurídicos se caracterizan igualmente por su **carácter de adjudicación directa**, ajena al mercado. Los convenios deben también cumplir con una serie de requisitos⁵.

Fuente: elaboración propia.

La relevancia de estos instrumentos en términos cuantitativos no es fácil de precisar, debido a las limitaciones de las fuentes disponibles.

Por lo que se refiere a los **encargos**, su importancia ya se reflejaba en el [Informe de la CNC sobre medios propios de 2013](#)⁶. En aquel momento, existían 37 entidades con la condición de medio propio en la Administración General del Estado (AGE), con una facturación conjunta superior a 2.500 millones de euros, y más de 110 medios propios en las Comunidades Autónomas. Estas entidades operaban en sectores de actividad muy variados (consultoría técnica, ejecución

³ Esta figura y sus condicionantes se regulan en la Directiva 2014/24 UE (considerandos 5, 31 y 34 y artículo 12, párrafos 1 a 3), en la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de contratos del sector público (artículos 31 a 33) y la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público (artículo 86.2). La regulación deriva de la abundante jurisprudencia del TJUE (Sentencias de 18 de noviembre de 1999, asunto [C-107/98](#), Teckal; de 11 de enero de 2005, [C-26/03](#), Stadt Halle y RPL Lochau; de 13 de octubre de 2005, [C-458/03](#), Parking Brixen; de 11 de mayo de 2006, [C-340/04](#), Carbotermo y Consorzio Alisei, entre otras).

⁴ Artículo 6.2 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de contratos del sector público (LCSP).

⁵ Establecidos por la jurisprudencia europea (entre otras, Sentencia de 9 de junio de 2009, asunto [C-480/06 Comisión/Alemania](#) y de 13 de junio de 2013, C-386/11, Piepenbrock) e incorporadas en la Directiva 2014/24/UE, ex artículo 12.4, en la LCSP en sus artículos 6 y 31 y en la LRJSP en sus artículos 47 y ss. También véase el [Documento de Trabajo](#) de la Comisión Europea relativo a la aplicación de la normativa de contratación pública de la UE a las relaciones entre poderes adjudicadores (cooperación en el sector público) (SEC (2011) 1169, de 4 de octubre de 2011).

⁶ Comisión Nacional de la Competencia (CNC, actual CNMC), [Informe sobre los medios propios y las encomiendas de gestión: Implicaciones de su uso desde la óptica de la promoción de la competencia](#) (2013).

de obra civil, militar, agraria o forestal, servicios de certificación electrónica, promoción exterior o edición de medios escritos, entre otros).

En la actualidad, la Intervención General de la Administración de Estado (IGAE) considera que **el uso de medios propios se ha generalizado**⁷. Entre marzo de 2018 y abril de 2019, los cinco mayores medios propios estatales (TRAGSA, TRAGSATEC, FNMT-RCM, ISDEFE e INECO) facturaron un total de 1.020 millones de euros y realizaron encargos por importe superior a 800 millones de euros⁸.

El reciente [informe anual de supervisión de la contratación pública de 2022](#), elaborado por la Oficina Independiente de Regulación y Supervisión de la Contratación (OIRESCON), identifica más de 150 medios propios con actividad durante 2021, que asumieron 2.107 encargos por un montante cercano a los 2.000 millones de euros⁹. Respecto a la tipología de actuaciones objeto del encargo, destaca de forma muy preferente la categoría de servicios (más del 70%), seguidos muy de lejos por las obras (10%) y por una categoría residual sin definición precisa (15%).

En relación con los **convenios**, su análisis es igualmente complejo debido a la gran variedad de tipologías y a su extendida utilización. El Informe de la Comisión para la [Reforma de las Administraciones Públicas](#) (CORA) constata su profusa utilización: en 2012 estaban vigentes más de 7.100 convenios, la mayoría (64%) sin contenido económico. Destacan, por importancia económica, los convenios con entidades sujetas al Derecho privado (más del 50% del gasto global), seguidos por los convenios interadministrativos, en particular los firmados con Comunidades Autónomas y Entidades Locales (más del 25% de los fondos). Por ejemplo, durante 2018 se suscribieron un total de 417 convenios de cooperación Estado-Entidades locales¹⁰.

La CNMC ha tenido ocasión de analizar la utilización de las figuras de convenios y encargos desde la óptica de la promoción de la competencia en varias ocasiones (ver Cuadro 2 al final de este apartado). Además de la CNMC, las

⁷ [Informe relativo a los principales resultados de control en materia de contratación pública conforme al artículo 332.11 de la LCSP](#) (IGAE; 2020): “Prácticamente todos los departamentos ministeriales y gran parte de los organismos públicos recurren a este negocio jurídico por lo que la especificidad inicial de esta figura ha desaparecido para situarse en el tablero de opciones para el gestor público de una forma muy significativa.”

⁸ *Ibíd.*

⁹ Incluyendo nuevos encargos, modificaciones y prórrogas realizadas en 2021.

¹⁰ [Informe sobre los convenios de cooperación Estado-Entidades Locales suscritos en 2018.](#)

autoridades autonómicas de la competencia también han analizado estas figuras en diferentes actuaciones de promoción de la competencia¹¹.

Los convenios y los encargos a medios propios pueden ofrecer determinadas **ventajas para la satisfacción de las necesidades públicas** respecto a los contratos públicos, por ejemplo, en términos de flexibilidad y control sobre la ejecución de las prestaciones. Al mismo tiempo, la utilización de estas alternativas puede entrañar **riesgos sobre la competencia y la eficiencia**, al reducir el tamaño del mercado de la contratación pública y poder favorecer a determinados prestadores, fundamentalmente¹². Por ello, la libertad de uso de estas alternativas no es ilimitada¹³.

En los últimos años, se han producido avances en la normativa reguladora de estas figuras, que han perfilado con mayor detalle los requisitos para su utilización. No obstante, su recurso sigue entrañando riesgos sobre la competencia y la eficiencia¹⁴. Un uso incorrecto de estas figuras tiene un coste en términos económicos, en forma de ineficiencias en la gestión de los fondos públicos asignados.

¹¹ Sin ánimo de exhaustividad, cabe mencionar [los informes emitidos en aplicación del artículo 97.2](#) del Real Decreto Legislativo 781/1986, de 18 de abril, por el que se aprueba el Texto Refundido de las disposiciones legales vigentes en materia de régimen local (Autoridad Catalana de la Competencia); el [Informe del Consejo Vasco de la Competencia](#) (actual Autoridad Vasca 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, 2013). En un plano más general, las [Recomendaciones](#) para facilitar el acceso y promover la competencia en el ámbito de la contratación pública andaluza (Agencia de Defensa de la Competencia de Andalucía -actual Agencia de la Competencia y de la Regulación Eficiente de Andalucía-, 2011).

¹² Conclusiones del Abogado General M. Campos Sánchez Bordona presentadas el 29 de enero de 2020 ([Asunto C-796/18](#)), apartados 31 a 33.

¹³ La jurisprudencia ha aclarado que la elección del método de contratación puede afectar a las libertades fundamentales del TFUE y está sujeta a requisitos que van más allá de los previstos en la normativa de contratación pública. Por ejemplo, en su sentencia de 3.10.2019, asunto C-285/18 *Irgita*, el TJUE ha declarado que *“La libertad de que disponen los Estados miembros en cuanto a la elección de la modalidad de gestión que consideran más adecuada para la ejecución de obras o la prestación de servicios no puede, sin embargo, ser ilimitada. Por el contrario, debe ejercerse respetando las normas fundamentales del Tratado FUE, en particular, la libre circulación de mercancías, la libertad de establecimiento y la libre prestación de servicios, así como los principios que se derivan de estos, como la igualdad de trato, no discriminación, reconocimiento mutuo, proporcionalidad y transparencia”* (ap. 48).

¹⁴ Como ha declarado el TJUE, el cumplimiento de los requisitos previstos en la normativa de contratación pública no asegura, por sí solo, la compatibilidad de convenios y encargos con el Derecho de la UE (ver sentencia de 3.10.2019, asunto C-285/18 *Irgita*, apartados 60 a 64).

La buena praxis en la utilización de los convenios y los encargos a medios propios resulta especialmente relevante ante el desafío que los fondos europeos de recuperación suponen en términos de gestión¹⁵. La eficacia de este mecanismo depende de que estas figuras se utilicen adecuadamente para proyectos financiados por los Fondos Next Generation UE¹⁶.

El presente documento no pretende realizar propuestas de modificación de la regulación de estas figuras o de la contratación pública, ni sentar criterios interpretativos de carácter jurídico de cara a su aplicación, sino proporcionar orientaciones a las entidades públicas para que conozcan mejor los riesgos que entrañan sobre la competencia y, dentro de las posibilidades de la normativa actual, actúen de la manera más pro competitiva posible.

El documento ha sido elaborado sobre la base de una [consulta pública](#) y una jornada de debate celebrada en junio de 2021¹⁷. Las respuestas recibidas confirmaron el interés por que la CNMC, desde la óptica del principio de libre competencia consagrado constitucionalmente, ofrezca orientaciones acerca de una utilización adecuada de estas figuras.

La presente Guía se estructura en cinco apartados. Tras el presente apartado, se explican, en primer lugar, los riesgos para la competencia de la utilización de medios propios y convenios. En segundo lugar, la regulación aplicable a convenios y encargos. En tercer lugar, se analiza la figura y se ofrecen recomendaciones en los encargos a medios propios (cooperación vertical). Finalmente, se estudia y ofrecen recomendaciones sobre la utilización de los convenios (cooperación horizontal).

¹⁵ Contempla para España más de 140.000 millones de inversión total en 2021-2026 (unos 70.000 serán en forma de transferencias directas y los otros 70.000 será en forma de créditos). El Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia se centra en la primera fase de ejecución, detallando las inversiones y reformas correspondientes al período 2021-2023 al efecto de buscar la movilización de los primeros 70.000 millones de euros.

¹⁶ En este sentido, el [Real Decreto Ley 36/2020](#), de 30 de diciembre, por el que se aprueban medidas urgentes para la modernización de la Administración Pública y para la ejecución del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia, destaca la autoprovisión administrativa como cauce adecuado para gestionar los fondos europeos.

¹⁷ La consulta pública estuvo abierta del 31 de mayo al 9 de julio de 2021. Se recibieron 26 contribuciones que se pueden consultar en la [web de la CNMC](#). La jornada, bajo el título “[Convenios y medios propios bajo el prisma de la promoción de la competencia](#)”, se celebró el 11 de junio de 2021. En el siguiente enlace puede consultarse el resumen de la Jornada, el [programa](#) y acceder a la [grabación](#) de la misma. <https://blog.cnmc.es/2021/06/21/ayudanos-a-actualizar-la-guia-de-contratacion-publica-y-competencia/>

Cuadro 2. Informes de la CNMC y de sus antecesoras sobre los encargos a medios propios y convenios desde la óptica de promoción de la competencia

[Guía sobre Contratación Pública y Competencia \(2011\)](#). La Guía recomienda evitar extralimitaciones en la utilización de los convenios y las encomiendas de gestión (hoy denominadas *encargos*), aconsejando una interpretación restrictiva de los requisitos legales para la utilización de ambas figuras. En relación con las encomiendas, la Guía recomienda valorar en qué medida el mercado presta o puede prestar los bienes o servicios y a qué precio, y aconseja descartar la encomienda si el mercado ofrece precios inferiores. Igualmente, se plantean reparos a la subcontratación sistemática por parte del medio propio.

[Informe sobre los medios propios y las encomiendas de gestión: Implicaciones de su uso desde la óptica de la promoción de la competencia \(2013\)](#). Se trata de un estudio exhaustivo sobre la configuración jurídica, la caracterización económica e institucional y la utilización de las encomiendas de gestión (*encargos*) en la Administración pública española. El estudio puso de manifiesto: (i) las carencias de información y publicidad sobre el uso de esta figura; (ii) el uso generalizado de los medios propios en todos los niveles administrativos; (iii) el volumen significativo de fondos públicos y de sectores económicos afectados; (iv) las pérdidas en términos de eficiencia, al no existir tensión competitiva, y (v) las implicaciones en términos de competencia sobre la oferta del mercado.

[Informe sobre el Anteproyecto de Ley de Contratos del Sector Público \(IPN/CNMC/010/15\) \(2015\)](#). En relación con los convenios entre entidades públicas, se recomendó reforzar los requisitos establecidos por la jurisprudencia europea. En cuanto a los convenios con entidades de derecho privado, se consideró necesario reforzar su excepcionalidad y su posible conversión en alguna de las modalidades contractuales sujetas a competencia efectiva. Por su parte, sobre los encargos se alertaba, por un lado, de que estos instrumentos pueden ser un medio para eludir la concurrencia en situaciones en que ésta podría asegurar una provisión satisfactoria con una mejor relación calidad-precio; por otro, se recordaba la no existencia de un imperativo de utilización.

[Recomendaciones a los poderes públicos para una intervención favorecedora de la competencia en los mercados y la recuperación económica inclusiva \(G-2021-01\) \(2021\)](#). Este documento contiene tres decálogos de recomendaciones sobre la regulación, las ayudas públicas y la contratación pública. La CNMC pretende promover una intervención pública pro competitiva para favorecer una recuperación económica sólida, inclusiva, sostenible e innovadora. En el ámbito de la contratación pública, recomienda restringir la utilización de alternativas a las figuras contractuales, como convenios y encargos, a los casos en que se haya probado que son más eficientes. En este sentido, recuerda que el recurso a estas figuras supone una renuncia a procedimientos de concurrencia competitiva y, por ende, a las ganancias de eficiencia derivadas de la tensión competitiva entre operadores, de ahí que su uso deba ser objeto de una interpretación restrictiva, caso por caso, tras un adecuado análisis de sus posibles efectos sobre la competencia.

Fuente: elaboración propia.

2. LA REGULACIÓN APLICABLE A ENCARGOS Y CONVENIOS

Los poderes públicos tienen reconocido un margen de libertad para decidir la mejor forma de gestionar y realizar sus funciones o prestar los servicios públicos que tienen atribuidos¹⁸. No obstante, esta libertad de elección no es ilimitada y debe ejercerse respetando el conjunto de elementos, tanto de derecho europeo como de derecho interno, que son aplicables¹⁹.

Desde el punto de vista del **derecho de la UE**, deben respetarse las normas derivadas del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE), en particular, la libre circulación de mercancías, la libertad de establecimiento y la libre prestación de servicios, así como los principios que se derivan de estas, como la igualdad de trato, no discriminación, reconocimiento mutuo, proporcionalidad y transparencia, en cuanto elementos catalizadores del mercado interior.

Así se ha remarcado jurisprudencialmente, tanto en el supuesto de cooperación entre entidades del sector público, donde es preciso que la misma no acabe falseando la competencia con respecto a los operadores económicos privados, como en los encargos a medios propios, donde la carga de la prueba para demostrar que concurren las circunstancias que justifican una excepción al principio de libre competencia recae sobre quien pretenda beneficiarse de ella²⁰.

Desde el punto de vista del **derecho nacional**, destacan los compromisos constitucionales, que, por un lado, promueven la defensa y protección de la libre competencia por parte de todos los operadores públicos y, por otro, exigen una asignación eficiente de los fondos públicos por parte de aquellos, vinculando su ejecución a criterios de eficiencia y economía²¹.

¹⁸ Artículo 2.1 de la Directiva 2014/23/UE y Considerando 5 de la Directiva 2014/24/UE: realizar sus funciones de interés público con recursos propios o en colaboración con otras autoridades o confiarlas a operadores económicos.

¹⁹ Sobre la tensión entre la voluntad de no interferir con los Estados miembros en la organización de su administración interna y que la exclusión no aboque a la infracción de los principios que presiden la contratación pública en el derecho de la UE e ir en detrimento del objetivo de instaurar un mercado interior en este ámbito (a más contratos excluidos, menor margen para la creación y el desarrollo del mercado interior de la licitación pública) véanse los apartados 29 y ss. de las [Conclusiones del Abogado general, C-796/18 ISE-Colonia](#).

²⁰ Sentencia del TJUE de 11 de enero de 2005, Stadt Halle, (apartado 46) y de 13 octubre de 2005, Parking Brixen (apartados 63 y 65). En esta línea también se ha pronunciado el Tribunal de Cuentas, en el [informe de fiscalización emitido el 30 de abril de 2015 \(núm. 1.197\)](#).

²¹ Artículos 31 y 38 de la Constitución de 1978.

Cabe recordar a este respecto que, de acuerdo con la normativa de estabilidad presupuestaria y sostenibilidad financiera vigente²²:

“1. Las políticas de gasto público deberán encuadrarse en un marco de planificación plurianual y de programación y presupuestación, atendiendo a la situación económica, a los objetivos de política económica y al cumplimiento de los principios de estabilidad presupuestaria y sostenibilidad financiera.

*2. La **gestión de los recursos públicos estará orientada por la eficacia, la eficiencia, la economía y la calidad**, a cuyo fin se aplicarán políticas de racionalización del gasto y de mejora de la gestión del sector público.*

*3. Las disposiciones legales y reglamentarias, en su fase de elaboración y aprobación, los actos administrativos, los **contratos y los convenios de colaboración**, así como cualquier otra actuación de los sujetos incluidos en el ámbito de aplicación de esta Ley que afecten a los gastos o ingresos públicos presentes o futuros, **deberán valorar sus repercusiones y efectos, y supeditarse de forma estricta al cumplimiento de las exigencias de los principios de estabilidad presupuestaria y sostenibilidad financiera.**” (la negrita es nuestra).*

Por tanto, aunque no existe una obligación de que las necesidades públicas se satisfagan mediante contratos públicos, cuando las entidades públicas evalúan las diferentes alternativas a su alcance (contratos públicos, convenios, encargos), deben considerar no solo los requisitos formales de cada una de estas vías, sino también valorar su impacto comparativo en términos de eficacia, eficiencia, economía, calidad, estabilidad presupuestaria y sostenibilidad financiera. Considerando estos criterios, debe optar por aquella que mejor resuelva las necesidades conforme a estos principios²³.

²² Artículo 7 de la Ley Orgánica 2/2012, de 27 de abril, de estabilidad presupuestaria y sostenibilidad financiera.

²³ De especial interés en este sentido es el régimen recogido en el art. 85 de [la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local](#). Esta norma prioriza entre las distintas formas de gestión directa: otorga preferencia a la gestión directa por la propia entidad local o por un organismo autónomo dependiente, y solo contempla la utilización de entidades públicas empresariales o sociedades mercantiles locales cuando sean una forma de gestión directa más sostenible y eficiente que las anteriores, teniendo en cuenta criterios de rentabilidad económica y de recuperación de la inversión, debidamente acreditados. Cabe resaltar igualmente que el artículo 97.2 del [Real Decreto Legislativo 781/1986, de 18 de abril, por el que se aprueba el texto refundido de las disposiciones legales vigentes en materia de régimen local](#) incluso determina la intervención directa de las autoridades de competencia en los procedimientos decisorios de los entes locales relativos a la prestación de determinados servicios locales en régimen de monopolio.

Uno de los efectos de las técnicas de cooperación alternativas a la contratación pública, que puede incidir negativamente sobre los objetivos de eficacia, eficiencia, economía, calidad, estabilidad presupuestaria y sostenibilidad financiera, es el impacto sobre la competencia. Los convenios y encargos suponen renunciar al mercado como proveedor de bienes y servicios y pueden conducir a que las necesidades públicas se satisfagan en peores condiciones de precio y calidad, además de poder tener efectos dinámicos negativos sobre la competencia en los mercados (ver apartado 2), especialmente cuando aumentan la frecuencia y el uso de estos instrumentos en los distintos niveles administrativos²⁴.

Por ello, el Tribunal Supremo ha destacado que *“los requisitos para la utilización de medios propios deben ser objeto de una interpretación estricta, y la carga de la prueba de que existen realmente las especiales circunstancias que justifican la excepción incumbe a quien pretenda beneficiarse de ella [...] Y, debe tenerse en cuenta el límite de no afectar al principio de libre competencia”*²⁵.

²⁴ [Informe de la IGAE relativo a los principales resultados de control en materia de contratación pública conforme al artículo 332.11 de la LCSP](#) relativo a encargos a medios propios en el ámbito del sector público estatal en el periodo 9 de marzo de 2018 a 30 abril de 2019: *“Prácticamente todos los departamentos ministeriales y gran parte de los organismos públicos recurren a este negocio jurídico por lo que la especificidad inicial de esta figura ha desaparecido para situarse en el tablero de opciones para el gestor público de una forma muy significativa.”*

²⁵ [Sentencia](#) del Tribunal Supremo de 20 septiembre de 2018 (FD 9º): *“En consecuencia, los requisitos para la utilización de medios propios deben ser objeto de una interpretación estricta, y la carga de la prueba de que existen realmente las especiales circunstancias que justifican la excepción incumbe a quien pretenda beneficiarse de ella, como se ha puesto de relieve en las sentencias del TJUE de 11 de enero de 2005, Stadt Halle, (apartado 46) y de 13 octubre de 2005, Parking Brixen (apartados 63 y 65). Y, debe tenerse en cuenta el límite de no afectar al principio de libre competencia (así se advierte en el Informe de la Comisión Nacional de la Competencia «Los medios propios y las encomiendas de gestión: implicaciones de su uso desde la óptica de la promoción de la competencia», de julio de 2013 y el Informe núm. 1003 del Tribunal de Cuentas sobre encomiendas de gestión).”* En igual sentido, [Sentencia](#) del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 17 de diciembre de 2020: *“Ello plantea una problemática adicional en tanto que supone una excepción a la licitación del servicio, de manera que los requisitos para la utilización de medios propios deben ser objeto de una interpretación estricta, debiendo en todo caso respetar el límite de no afectar al principio de libre competencia, con el cumplimiento de los requisitos establecidos legalmente para aplicar la excepción de licitación pública”* (FJ 4ª) y [Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 22 de abril de 2021](#) (FJ 4ª) por la que se declara contrario a derecho y afecta al principio de libre competencia un acuerdo que adopta un sistema de gestión directa asociativa que no cumple los requisitos para la utilización de medios propios y consiguiente exclusión de la aplicación de las normas de contratación pública.

2.1. Requisitos recogidos en la normativa sectorial

De acuerdo con lo anterior, se deben cumplir los requisitos materiales y formales para excluir a determinados negocios jurídicos de las reglas de la contratación pública.

Al ser técnicas de cooperación excepcionales que no se rigen por los principios propios de contratación pública (publicidad, concurrencia, transparencia, igualdad de trato, no discriminación y, en especial, el principio de libre competencia), el legislador les ha impuesto requisitos y condiciones específicas en la normativa sectorial.

2.1.1. Medios propios y encargos

De acuerdo con los artículos 32 y 33 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de contratos del sector público (en adelante, LCSP) con las especializaciones propias de los entes dependiendo de si son poderes adjudicadores o no, para poder excluir los encargos de la normativa de contratación pública, deben cumplirse los siguientes requisitos:

- a) la entidad que encarga debe tener control sobre el medio propio, análogo al que ostentaría sobre sus propios servicios;
- b) más del 80 por ciento de las actividades del medio propio deben llevarse a cabo en el ejercicio de los cometidos que le han sido confiados por el poder adjudicador;
- c) la totalidad del capital o patrimonio del medio propio debe ser de titularidad o aportación pública; y
- d) el medio propio debe tener un reconocimiento expreso de tal condición en sus estatutos o actos de creación²⁶.

En cuanto a su objeto, el encargo puede contener prestaciones propias de los contratos públicos²⁷.

²⁶ En similares términos cabe realizar la referencia al artículo 25 del Real Decreto-ley 3/2020, de 4 de febrero, de medidas urgentes por el que se incorporan al ordenamiento jurídico español diversas directivas de la Unión Europea en el ámbito de la contratación pública en determinados sectores; de seguros privados; de planes y fondos de pensiones; del ámbito tributario y de litigios fiscales. En lo que atañe a la contratación pública, se trata de los sectores del agua, energía, transportes, servicios postales, incluyendo los contratos de concesión.

²⁷ Artículo 86 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público

De acuerdo con el artículo 86.2 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público (en adelante, LRJSP), para que una entidad pueda ser medio propio de ámbito estatal, debe *disponer de **medios suficientes e idóneos** para realizar prestaciones en el sector de actividad que se corresponda con su objeto social, de acuerdo con su norma o acuerdo de creación*, y, además, debe darse alguna de las circunstancias siguientes:

1. que sea una opción **más eficiente que la contratación pública** y resulte **sostenible y eficaz**, aplicando criterios de rentabilidad económica, o
2. que resulte necesario por razones de **seguridad pública o de urgencia** en la necesidad de disponer de los bienes o servicios suministrados por el medio propio.

Además, el art. 86.3 de la LRJSP añade que para la creación de un nuevo medio propio debe i) realizarse una **memoria justificativa** que acredite lo dispuesto en el apartado anterior y ii) ser informada por la IGAE²⁸. Todo ello, además de otros requisitos formales, como la publicación de la condición de medio propio en la Plataforma de contratación, la verificación de medios personales y materiales apropiados para la realización de los encargos de conformidad con su objeto social, la formalización de los encargos y su publicidad, las reglas y límites sobre la subcontratación de parte del encargo, así como las relativas al contenido, justificación y publicidad de los convenios.

2.1.2. Convenios

De acuerdo con los artículos 47 y siguientes de la LRJSP, los convenios son acuerdos con efectos jurídicos, adoptados por las Administraciones Públicas, los organismos públicos y entidades de derecho público vinculados o dependientes o las Universidades públicas entre sí o con sujetos de derecho privado, **para la realización de un fin de interés común**. Los convenios no pueden tener por objeto prestaciones propias de los contratos.

De acuerdo con el artículo 6 de la LCSP, para poder excluirse de la normativa de contratación pública, las entidades **deben acreditar de manera acumulativa que no tienen vocación de mercado** (la cual se presumirá cuando realicen en el mercado abierto un porcentaje igual o superior al 20 por ciento de las actividades objeto de colaboración), que la cooperación tiene por finalidad

²⁸ Ver, en este sentido, la [Resolución de la IGAE de 16 de mayo de 2019](#) por la que se aprueba la Instrucción para la elaboración del informe a emitir en virtud del artículo 86.3 de LRJSP.

garantizar que los servicios públicos que les incumben se prestan de modo que se logren los **objetivos que tienen en común** y que el desarrollo de la cooperación se guía únicamente por consideraciones relacionadas con el interés público.

Igualmente, deben citarse otros requisitos, como las reglas relativas al contenido, justificación y publicidad de los convenios.

Del mismo modo, de acuerdo con la normativa de régimen jurídico del sector público, la suscripción de convenios deberá mejorar la eficiencia de la gestión pública, facilitar la utilización conjunta de medios y servicios públicos, contribuir a la realización de actividades de utilidad pública y cumplir con la legislación de estabilidad presupuestaria y sostenibilidad financiera²⁹.

2.2. Principios de buena regulación y administración

El cumplimiento de los requisitos sectoriales no garantiza, por sí solo, que los instrumentos alternativos a la contratación pública (convenios y encargos) sean el modo más eficiente y proporcional de satisfacer las necesidades públicas y que no se produzcan restricciones a la competencia³⁰.

La utilización de convenios y encargos frente a la opción de satisfacer la necesidad de aprovisionamiento mediante un contrato público es **potestativa**, incluso cuando se cumplan los requisitos formales y materiales descritos en el apartado anterior. Por tanto, en la evaluación de las diferentes posibilidades de

²⁹ Artículo 48.3 de la LRJSP.

³⁰ En la STJUE de 3 de octubre de 2019, asunto *Irgita* (C-285/18), apartados 60 a 64, se aclara que el hecho de que una operación de cooperación interna cumpla con los requisitos del artículo 12 de la Directiva 2014/24 UE no libera a los poderes adjudicadores de respetar los principios de igualdad de trato, no discriminación, proporcionalidad y transparencia y de no falsear la competencia con respecto a los operadores económicos privados. Por tanto, aunque una operación interna cumpla con los requisitos de la Directiva, no es en sí conforme al Derecho de la Unión. En términos similares, Conclusiones del Abogado general, C-796/18 ISE-Colonia, apartados 90 y ss. que recuerda que en caso de autoabastecimiento, siempre que se cumplan ciertos requisitos, no es necesario acudir a las reglas y procedimientos del derecho de la UE sobre contratación pública, ahora bien continúan sujetos a otras reglas entre las que se encuentran las relativas a la libre competencia del artículo 106.2 TFUE. Por eso, el artículo 18.1 de la Directiva 2014/24UE declara «la contratación no será concebida con la intención de excluirla del ámbito de aplicación de la presente Directiva ni de restringir artificialmente la competencia». Por tanto, considera que la limitación impuesta por las reglas sobre libre competencia afecta, pues, también a la cooperación horizontal entre los poderes adjudicadores.

actuación, los poderes públicos han de valorar el impacto de su actuación y elegir la forma de aprovisionamiento más beneficiosa desde la óptica del interés general.

Específicamente en materia de *convenios*, la LRJSP dispone que el convenio debe acompañarse de una memoria justificativa donde se analice, entre otras cosas, su necesidad y oportunidad, así como su impacto económico³¹. Dicha norma señala además que la suscripción de *convenios* deberá mejorar la eficiencia de la gestión pública, facilitar la utilización conjunta de medios y servicios públicos, contribuir a la realización de actividades de utilidad pública y cumplir con la legislación de estabilidad presupuestaria y sostenibilidad financiera³².

Por tanto, acumulativamente a los requisitos formales y materiales, la utilización de convenios y encargos debe cumplir con los principios de buena regulación y administración vigentes en nuestro ordenamiento jurídico (eficiencia, necesidad, proporcionalidad, no discriminación, entre otros)³³.

En virtud del principio de **necesidad**, toda actuación pública que restrinja la competencia o las libertades económicas debe estar justificada por una razón de interés general, basarse en una identificación clara de los fines perseguidos y ser un instrumento adecuado para garantizar su consecución.

De acuerdo con el principio de **proporcionalidad**, debe constatarse que no existen otras medidas menos restrictivas de derechos o que impongan menos

³¹ Artículo 50 de la LRJSP.

³² Artículo 48.3 de la LRJSP.

³³ Dichos principios se atisbaban de forma embrionaria en la Ley 17/2009, de 23 de noviembre, sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio, y fueron posteriormente recogidos más formalmente en la Ley 20/2013, de 9 de diciembre, de garantía de la unidad de mercado, así como más recientemente en la Ley 39/2015 de 1 de octubre, del procedimiento administrativo común de las administraciones públicas y la Ley 40/2015 de 1 de octubre, de régimen jurídico del sector público.

Conforme al artículo 9 de la Ley 20/2013, los poderes públicos deben garantizar que las siguientes disposiciones y actos cumplen los principios citados: a) Las disposiciones de carácter general que regulen una determinada actividad económica o incidan en ella. b) Las autorizaciones, licencias y concesiones administrativas [...].c) La documentación relativa a los contratos públicos, incluidos los pliegos y cláusulas de los contratos públicos. d) Los actos dictados en aplicación de las disposiciones, requisitos y condiciones mencionados en las letras anteriores, así como los procedimientos asociados a los mismos. [...] f) Cualesquiera otros actos, resoluciones y procedimientos administrativos que afecten a los operadores económicos.

obligaciones a los destinatarios, de entre las que resultan adecuadas para satisfacer una razón imperiosa de interés general.

En virtud del principio de **eficiencia**, los gestores públicos deben evaluar cuál es la mejor relación posible entre los resultados esperables y los recursos empleados para conseguirlos³⁴.

La utilización de convenios y encargos debe respetar la normativa de competencia europea y española, incluyendo la de ayudas de Estado³⁵.

En cualquier caso, **de lo anterior no se deriva una prohibición del uso de las técnicas de cooperación referidas**, aunque es importante aplicar con rigor las exigencias que el ordenamiento establece para recurrir a su utilización. El recurso a estas técnicas es una posibilidad, nunca una imposición.

Su utilización debe interpretarse de forma estricta, debiendo sujetarse al cumplimiento del doble test referido: por un lado, un respeto escrupuloso de los requisitos materiales y formales contemplados para excluir a determinados negocios jurídicos de las reglas de la contratación pública; por otro, el necesario ajuste a los principios de buena regulación y administración, de forma que se garantice, entre otras cosas, que los bienes y servicios afectados no pueden ser provistos por el mercado en mejores condiciones de calidad y precio.

³⁴ La eficiencia es un principio rector de la Administración pública: artículo 41 de la [Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea](#); artículos 31.2 y 103 de la Constitución Española y el artículo 3.1 h) y j) de la LRJSP. Tal y como se recogía en el el [IPN/CNMC/010/15](#) "Se trata además de un instrumento muy útil para reducir el margen de discrecionalidad de los entes públicos en la medida en que implica la utilización de técnicas de gestión que aseguren la máxima racionalidad y rentabilidad en el empleo de los recursos públicos. Sin embargo, el grado de exigencia y las implicaciones prácticas que conlleva el incumplimiento del principio de eficiencia presentan carencias notables. A pesar de las referencias normativas, la gestión de la contratación pública es mayoritariamente jurídica y poco dada en la práctica a consideraciones económicas desde aquella óptica. Se prima el cumplimiento formal de las normas frente a la obtención de metas cuantificables de carácter finalista, como puede ser la evaluación de si realmente se ha obtenido la mejor relación calidad-precio (prueba de eficiencia) en el expediente en cuestión."

³⁵ El artículo 106 del TFUE que exige a los Estados que respeten y hagan respetar las normas de la libre competencia (artículos 18 y 101-109) respecto de sus empresas públicas y aquellas empresas a las que concedan derechos especiales o exclusivos, sin imponer restricciones a su funcionamiento ni tampoco ventajas que puedan derivarse del origen de su capital.

3. LOS RIESGOS PARA LA COMPETENCIA DE LA UTILIZACIÓN DE ENCARGOS Y CONVENIOS

La utilización de convenios y medios propios puede plantear **ventajas para las entidades contratantes** en términos de agilidad, predictibilidad, flexibilidad y control de las prestaciones, aunque los **riesgos para la competencia** que generan estas opciones justifican que su empleo se restrinja por el ordenamiento a casos estrictamente tasados.

En primer lugar, los encargos y convenios conllevan menores trámites para la entidad contratante que una licitación y la posibilidad de comenzar las prestaciones en menos tiempo (**agilidad**). En segundo lugar, el coste de la realización de un encargo o un convenio puede anticiparse mejor que una licitación, al estar sujeto a tarifas prefijadas en el caso de los encargos y a aportaciones financieras preestablecidas en el caso de los convenios (**predictibilidad**)³⁶. En tercer lugar, el diseño de los encargos y convenios, sobre todo en este último caso, admite negociación o diálogo entre las entidades participantes, y su modificación está sujeta a menores limitaciones que los contratos (**flexibilidad**). Finalmente, el control de ejecución de las prestaciones resulta más directo, especialmente en el caso de los encargos, puesto que existe una relación de jerarquía con el medio propio (**control**).

Al mismo tiempo, la utilización de estas figuras **plantea algunos riesgos** para la competencia y la eficiencia, especialmente cuando su uso es más intenso. A continuación, se exponen los principales:

3.1. Pérdida de eficiencia en las condiciones de provisión del bien o servicio

En un contrato, las condiciones de eficiencia en la provisión del bien o servicio (precio, calidad, adecuación a las necesidades, etc.) dependen del grado de competencia que exista en el mercado y el de la licitación. En cambio, en un encargo o un convenio entre entidades del sector público, las condiciones de provisión dependen del cumplimiento de los requisitos legales y del nivel de exigencia autoimpuesto entre las entidades que participan en la cooperación. Aunque, en casos puntuales, el empleo del mecanismo puede llevar a obtener resultados eficientes, éstos tenderán a ser peores que los de un mercado

³⁶ Art. 47.6 de la LRJSP: “Las aportaciones financieras que se comprometan a realizar los firmantes no podrán ser superiores a los gastos derivados de la ejecución del convenio”.

competitivo, especialmente cuando existan rigideces (de tipo organizativo o en los términos de la cooperación³⁷), asimetrías informativas³⁸, o ineficiencias en los procesos internos de la entidad que realiza las prestaciones debidas a la falta de presión competitiva (“ineficiencia-x”)³⁹. Por ello, **en general, las prestaciones recibidas por las entidades públicas tenderán a ser peores que las que proporcionaría un mercado competitivo**, en términos de mayores precios, menor calidad o peor adaptación a las necesidades públicas.

Ahora bien, **una provisión interna** (a través de un convenio o un encargo) **puede resultar estructuralmente más eficiente que un contrato público ante mercados no competitivos**, ya sea por la existencia de fallos de mercado o por la existencia de comportamientos anticompetitivos de las empresas, **o ante contratos públicos mal diseñados**, que reducen la competencia entre las empresas en el contrato.

Más allá de las mejoras que se pueden introducir para corregir estas situaciones, los encargos y convenios pueden aportar, siempre que se cumplan las estrictas exigencias legales para su empleo, mayor eficiencia que los contratos por sus ventajas de **agilidad, flexibilidad y control** comentadas anteriormente. Por ejemplo, ante necesidades sujetas a incertidumbre (por ejemplo, una necesidad que dependa de eventos futuros de difícil previsión), los convenios y encargos pueden tener ventajas frente a la opción de un contrato, donde puede ser difícil prever todas las posibles eventualidades.

Debe señalarse que gran parte de las ventajas de convenios y medios propios derivan de su propia naturaleza (medios que sirven esencialmente a los fines de la administración en un supuesto y objetivos compartidos entre dos entidades en el otro) y que acudir a un expediente de contratación pública puede conllevar elevados costes temporales y procedimentales hasta la consecución o disponibilidad del aprovisionamiento. Aunque este documento no aborda estas

³⁷ Por ejemplo, al fijar las tarifas de manera objetiva y *ex ante* por la entidad que realiza el encargo.

³⁸ Si las entidades que participan en un convenio o un encargo no tienen una referencia adecuada de las condiciones de mercado, es más posible que la prestación se realice en condiciones peores que las del mercado. En particular, cuanto más se recurra a convenios o encargos frente al uso de contratos públicos, más probable resulta que sus condiciones se alejen de las del mercado.

³⁹ El término “ineficiencia-x” hace referencia a un concepto económico que alude a la menor eficiencia en los procesos productivos de las entidades públicas o privadas cuando se enfrentan a menor competencia externa. Ver Leibenstein, H., *Allocative efficiency vs “X-efficiency”* (1966).

dificultades, la CNMC prevé analizar la operativa de los contratos públicos en las siguientes fases del proceso de actualización de la Guía sobre contratación pública y competencia, de la que este documento forma parte.

Cuadro 3. Ventajas y desventajas de eficiencia de la utilización de convenios y encargos frente a contratos públicos desde la perspectiva del órgano de contratación

Ventajas de eficiencia de convenios y encargos frente a contratos públicos	Desventajas de eficiencia de convenios y encargos frente a contratos públicos
Mayor agilidad en la determinación y concreción de las obligaciones y acciones de las partes (menos trámites, mayor rapidez). Flexibilidad en el diseño de los términos de la cooperación (negociación y diálogo entre las entidades cooperantes). Flexibilidad en la modificación de los términos de la cooperación ante circunstancias de difícil previsión. Mayor probabilidad de ser mejor alternativa a los contratos en mercados no competitivos o ante licitaciones mal diseñadas. Mayor capacidad de control en el caso de los encargos por la relación jerárquica entre entidades.	Menor eficiencia productiva de las entidades ejecutoras por la falta de presión competitiva externa ("ineficiencia X"). Incapacidad de ejecutar directamente la prestación por la entidad cooperante (necesidad de subcontratar con terceros). Rigideces organizativas de las entidades participantes (por ejemplo: limitaciones para la subcontratación con terceras entidades). Rigideces en la determinación de las condiciones de prestación (por ejemplo: tarifas fijadas de antemano en el caso de los medios propios). Asimetrías informativas (por ejemplo: desconocimiento del mercado o de los costes reales de prestación).

Fuente: elaboración propia.

A tenor de lo anterior, las entidades contratantes, antes de optar por un contrato, un convenio o un encargo, pueden tratar de identificar si las condiciones previas aconsejan más una forma de provisión que otras. Algunas de las preguntas que pueden ser claves en este sentido son:

- **¿Es el mercado competitivo?** La existencia de un monopolio o la escasez de operadores pueden ser indicativas de la falta de competencia, aunque no siempre es el caso dado que pueden existir otros competidores potenciales, por lo que es importante tener en cuenta las barreras de acceso al mercado. Junto al análisis de elementos estructurales, es importante analizar indicadores de resultado, como los precios del mercado o los márgenes empresariales.

- **¿Es posible plantear una licitación bien diseñada, que estimule la competencia entre licitadores?** Es una obligación de los órganos de contratación que las licitaciones estén bien diseñadas, aunque en ocasiones puede ser necesario establecer requisitos de participación que reducen la competencia respecto al mercado de referencia o puede ser difícil establecer criterios de selección objetivos e incentivadores.
- **¿En qué condiciones podría prestar el mercado el bien o servicio del que desea aprovisionarse?** Del análisis de licitaciones de contratos que puedan tener un contenido análogo se puede llegar a tener una idea aproximada de la respuesta que el mercado puede llegar a dar y en qué condiciones efectivas de precio, calidad o innovación.
- **¿Existe una entidad del sector público que pueda resultar eficiente para satisfacer la necesidad pública?, ¿qué ventajas tiene respecto a las alternativas de mercado?, ¿qué rigideces puede tener la cooperación con esta entidad?** Es importante evaluar a priori la competencia y especialización de la entidad que va a realizar la prestación, en qué medida dispone de capacidad propia o necesita recurrir a servicios de terceros (en cuyo caso, pueden producirse problemas de doble margen⁴⁰), cuáles son sus fortalezas o debilidades organizativas, sus rigideces, etc.
- **¿Es previsible que surja la necesidad de modificar los términos de la prestación?, ¿es posible prever estas circunstancias y la mejor manera de actuar ante cada una de ellas?, ¿cuánto pueden afectar estos cambios al resultado final?**
- **¿Es necesario iniciar la prestación en un periodo de tiempo muy corto?, ¿existen figuras suficientemente ágiles en las modalidades previstas para los contratos públicos?**
- **¿Es posible establecer controles eficaces de la ejecución de la prestación bajo la figura del contrato? ¿y en el caso de un convenio o un encargo?**

⁴⁰ Cuando el medio propio o la entidad que lleva a cabo la prestación en un convenio necesitan subcontratar con terceros la realización de determinadas tareas, es posible que el coste de realización del convenio o encargo se encarezcan. Además, en estas relaciones contractuales de subcontratación pueden aparecer el mismo tipo de problemas que en el contrato público, por lo que las ventajas del convenio o encargo frente a este se reducen.

Ahora bien, todas estas cuestiones presuponen un comportamiento estático de los mercados y las entidades. Cuanto más se generalicen los convenios o los encargos y más frecuentemente se utilicen para resolver las necesidades públicas, más pueden aparecer efectos dinámicos que alteren la eficiencia inicial de estos frente a los contratos. Estos efectos se analizan en los apartados siguientes.

3.2. Pérdida de eficiencia del medio propio

La eficiencia productiva se refiere a la forma en que las entidades llevan a cabo sus procesos internos hasta producir los bienes y servicios y abarca aspectos como la eficacia de la organización interna, los incentivos de los gestores y trabajadores o la flexibilidad de sus relaciones con terceros. Esta eficiencia no es estática, sino que puede alterarse con el tiempo y uno de los aspectos que puede tener mayor impacto en su dinámica es la presión externa que genera la competencia.

Cuando las entidades se ven privadas de la presión externa de la competencia, por tener cautiva o garantizada una demanda o un cliente, es más probable que aumenten sus costes de operación, que inviertan menos en mejorar los procesos productivos o incorporen los avances tecnológicos con mayor lentitud, que proporcionen bienes y servicios de menor calidad y menos alineados con las necesidades de sus clientes, o que incrementen sus precios.

En las entidades del sector público que realizan prestaciones, en particular los medios propios, la falta de presión competitiva puede incidir en una paulatina pérdida de eficiencia productiva (fenómeno conocido como “ineficiencia-x”).

3.3. Menor eficiencia del mercado

La utilización de medios propios y convenios para el aprovisionamiento de bienes y servicios reduce la demanda al distraer del mercado la provisión de bienes y servicios al sector público, generando un **efecto expulsión** sobre los oferentes del mercado. En casos extremos, este efecto puede derivar en la **desaparición de la oferta** del mercado⁴¹.

⁴¹ Sobre las quejas de operadores por la pérdida de mercados causada por los encargos a medios propios, ver STJUE de 19 de abril de 2007, C-295/05, y STS 30 de enero de 2008.

Adicionalmente, cuando las entidades que realizan convenios o encargos pueden también competir en el mercado⁴², pueden producirse riesgos sobre la competencia por la existencia de **subvenciones cruzadas** (sobrecompensación al proveedor público que mejora su posición competitiva en el mercado)⁴³ u otras **ventajas exclusivas** derivadas del carácter público de la entidad, no replicables por el sector privado (por ejemplo, el acceso a infraestructuras, facilidades en financiación o en la normativa concursal)⁴⁴. Ello puede derivar en una **menor presión competitiva** en el mercado.

La reducción de la oferta del mercado y la pérdida de presión competitiva pueden llevar a que el sector público experimente **dificultades de abastecimiento** en el medio y en el largo plazo, **desincentivar la inversión, la innovación y las mejoras de productividad** del mercado, y llevar a **pérdidas de eficiencia entre las entidades que realizan los convenios y encargos**. Además, pueden llevar a que los mercados dejen de proporcionar **referencias válidas** sobre la calidad, variedad, o precio de los bienes y servicios. Estos efectos afectan no solo al sector público, sino que pueden **incidir negativamente también al resto de compradores** del mercado y, por ende, al conjunto de la economía.

Todos estos riesgos son, en principio, mayores cuanto más generalizada y frecuente sea la utilización de encargos y convenios por las administraciones públicas, cuanto mayor sea el peso de la administración como demandante en el mercado y cuanto más especializada sea la demanda de bienes y servicios por el sector público. La conjugación de estos elementos puede llevar a que competidores potenciales del mercado decidan no entrar a operar en el mismo o que operadores que han venido participando en el mercado salgan de forma definitiva del mismo.

⁴² La normativa permite que los medios propios realicen, como máximo, el 20% de su facturación en el mercado.

⁴³ Véase, por ejemplo, la STJUE de 25 de octubre de 2001, *Ambulanz Glöckner*, asunto C-475/99.

⁴⁴ Recomendación del Consejo de la OCDE sobre neutralidad competitiva ([OECD/LEGAL/0462](#)) de 31 de mayo de 2021. Se recuerda, igualmente, que el artículo 106 del TFUE exige a los Estados que respeten y hagan respetar las normas de la libre competencia respecto de sus empresas públicas y aquellas empresas a las que concedan derechos especiales o exclusivos, sin imponer restricciones a su funcionamiento ni tampoco ventajas que puedan derivarse del origen de su capital. Puede consultarse igualmente el [IPN/CNMC/035/21](#) sobre el APL de reforma del Texto refundido de la ley concursal (págs. 9 y 10), y la problemática recogida respecto a las entidades públicas empresariales.

4. RECOMENDACIONES SOBRE LOS ENCARGOS

Se han identificado tres situaciones de especial interés que analizaremos por separado:

- La creación o calificación como medio propio.
- La atribución de encargos a un medio propio
- La revisión de la condición de medio propio.

Todas ellas están sujetas al cumplimiento de una serie de requisitos formales y materiales, así como a la necesaria vinculación con ciertas razones tasadas de interés público.

Realizamos a continuación un recorrido por todos ellos, formulando una serie de recomendaciones interpretativas que tienen su fundamento, por un lado, en la exigencia de un cumplimiento riguroso de los requisitos exigidos, teniendo en cuenta, en su caso, las resoluciones y sentencias citadas por los órganos fiscalizadores y supervisores, administrativos y judiciales; y por otro, en los principios de buena regulación y administración vigentes en nuestro ordenamiento jurídico.

4.1. La creación de medios propios

La determinación de cuándo una entidad puede ser medio propio de otra, así como de qué prestaciones se le pueden encargar por la configuración de su objeto social, resultan cruciales para el buen uso de la técnica de los encargos.

4.1.1. La justificación de la creación del medio propio

En líneas generales, **las dos circunstancias alternativas previstas en el artículo 86.2 de la LRJSP** (mayor eficiencia que la contratación pública y sostenibilidad y eficacia o necesidad por razones de seguridad pública o urgencia) **presentan dificultades de interpretación**, que derivan tanto de que se basan en conceptos jurídicos con cierta indeterminación como de su difícil verificación en el momento de creación del medio propio.

Por otra parte, estos preceptos deben leerse a la luz de las previsiones en nuestra Carta magna relativas a la iniciativa pública de la actividad económica (artículo 128 CE), eficiencia en la gestión de los fondos públicos (artículo 31.2 CE) y libertad de empresa en el marco de la economía de mercado (artículo 38 CE). Estas previsiones exigen que se realice un **análisis en profundidad de los**

fundamentos jurídico-económicos que sustentan la creación y pervivencia de los entes públicos y, en particular, los medios propios⁴⁵.

El Tribunal Supremo, [en sentencia de 20 de septiembre de 2018](#) (RJ 2018\4409), ha señalado que: *“La Ley de Régimen Jurídico del Sector Público exige por tanto motivar con una razón económica (y por ello cuantificable) o con una razón de interés general el recurrir a esta técnica. En esta necesidad de motivación del encargo se encuentra además implícita la necesaria delimitación de su objeto”*.

Cuadro 4. Creación de entes públicos.

En el caso de las sociedades mercantiles de ámbito estatal, el artículo 114 de la LRJSP señala que su creación debe autorizarse por acuerdo del Consejo de ministros, que deberá acompañarse de una propuesta de estatutos y de un plan de actuación que contenga al menos:

- a) razones que justifican la creación de la sociedad por no poder asumir esas funciones otra entidad ya existente, así como la inexistencia de duplicidades. A estos efectos, deberá dejarse constancia del análisis realizado sobre la existencia de órganos o entidades que desarrollan actividades análogas sobre el mismo territorio y población y las razones por las que la creación de la nueva sociedad no entraña duplicidad con entidades existentes;
- b) Un análisis que justifique que la forma jurídica propuesta resulta más eficiente frente a la creación de un organismo público u otras alternativas de organización que se hayan descartado; y
- c) Los objetivos anuales y los indicadores para medirlos.

Fuente: elaboración propia.

Con carácter previo a la creación del medio propio o a la formalización del encargo, deben tenerse en cuenta determinados aspectos relativos a la correcta identificación de necesidades que formarán parte del objeto del objeto social de la entidad.

Las necesidades no son productos o servicios concretos ni tampoco soluciones únicas, sino aspectos o funcionalidades directamente vinculadas a las funciones del ente público. Estas funcionalidades deben estar directamente vinculadas con su funcionamiento interno (por ejemplo, limpieza de edificios públicos) o externo (por ejemplo, la información al contribuyente sobre gestión tributaria).

Una adecuada planificación permite identificar las necesidades futuras, priorizarlas sobre la base de diferentes factores (por ejemplo, su urgencia,

⁴⁵ Artículos 31.2 y 128 de la Constitución de 1978.

importe económico, carácter recurrente, riesgos detectados, carácter estratégico) y ajustarlas a los recursos disponibles. Adicionalmente, permite que las decisiones para la satisfacción de aquellas necesidades sean estratégicas, favorecedoras de la eficiencia y la competencia⁴⁶.

Esta decisión no es neutral, pues la opción entre la ejecución directa de las actividades o su externalización y la determinación entre la figura del encargo a medios propios, la licitación pública, o la celebración de convenios de colaboración con otras administraciones u otras fórmulas de colaboración, tiene repercusiones sobre el régimen jurídico aplicable, sobre el coste de los servicios, sobre el control de su dirección y ejecución, sobre el principio de libre concurrencia y sobre el propio mercado. Resulta un requisito necesario e imprescindible que el recurso a cualquiera de estas opciones esté suficientemente justificado⁴⁷.

Teniendo en cuenta todo lo anterior, se realizan las siguientes **recomendaciones**:

Recomendación 1. Identificar de forma motivada las razones para la existencia del medio propio.

- En línea con las recomendaciones recogidas en el documento denominado [Fase I de la actualización de la Guía de Contratación Pública y Competencia](#) centrado en la Planificación de la actividad contractual, las administraciones públicas deben realizar una correcta **identificación de sus necesidades**, de forma que sepan cuáles son permanentes, estructurales y estratégicas.

⁴⁶ Para un análisis más detallado, consúltese [G-2019-02: GUÍA SOBRE CONTRATACIÓN PÚBLICA Y COMPETENCIA. FASE I – PLANIFICACIÓN](#). Respecto a los posibles encargos, su integración en un plan a desarrollar en un ámbito temporal determinado desvirtuaría las razones de urgencia frecuentemente alegadas para no acudir a procedimientos de concurrencia competitiva; por otro, el que se acuda de forma recurrente a los encargos para prestar una determinada necesidad debería llevar a plantearse si dicha necesidad, sobre todo si presenta una naturaleza estratégica para los entes que atribuyen el encargo, no debería ser prestada a medio plazo a través de otra vía (reforzamiento de los recursos humanos). En esta línea, el Tribunal de Cuentas en su [Moción](#) (nº.1198) de enero de 2017 considera la conveniencia de planificar estratégicamente el recurso a los medios propios por aquellas entidades u órganos que los utilizan como una forma habitual de apoyo en la gestión -a pesar de su carácter excepcional- ligándolo a la planificación de sus propios recursos humanos. Con ello, se evitaría la descapitalización de su propio personal técnico especializado.

⁴⁷ Véase en este sentido, Tribunal de Cuentas [Moción](#) (nº.1198). Se indica que de lo contrario las entidades que realizan dichos encargos corren el riesgo de incurrir en la infrautilización de sus propios medios materiales y personales, en la pérdida del control directo de la actividad objeto del encargo y en la descapitalización de sus recursos técnicos propios.

- No basta con la mera mención de las razones por las que se pretende crear el medio propio, sino que debe **explicarse razonadamente**, con apoyo en los estudios y la documentación que resulte oportuno, las ventajas de la existencia del medio propio frente a la obtención del aprovisionamiento público en el mercado, ya sean estas razones de eficiencia, seguridad pública o urgencia.
- La motivación debe reflejarse en la **memoria justificativa** que acompañe a la propuesta de declaración de un medio propio.
- Esta justificación debe ser objeto de **revisión periódica** porque las características del mercado afectado pueden haber variado con el tiempo. Ello llevaría a que esta verificación no solo deba realizarse respecto a los *nuevos* medios propios sino también respecto a los ya existentes⁴⁸.

Recomendación 2. Evaluar la conveniencia de crear el medio propio teniendo en cuenta lo que el mercado es capaz de proporcionar.

- Si ya existen **operadores (públicos o privados) capaces de prestar los bienes y servicios requeridos por el sector público en condiciones adecuadas** (en términos de precio, cantidad, calidad, velocidad, regularidad, o seguridad de suministro, entre otros), o si es previsible que aparezcan nuevos operadores o la oferta se adapte a las necesidades públicas en un plazo razonable, la creación del medio propio puede tener el efecto de desplazar oferta del mercado sin generar valor para el sector público.
- Cuando la motivación de creación del medio propio sea por razones de urgencia, debe tenerse en cuenta que la normativa de contratación pública prevé mecanismos para la contratación de urgencia y emergencia en los supuestos en los que la situación requiera una respuesta rápida por parte de las entidades públicas⁴⁹.

⁴⁸ Según la IGAE ([Informe IGAE artículo 332.11 LCSP \(2020\)](#)), en noviembre de 2020, se habían remitido 24 solicitudes de informe correspondientes a 21 entidades del sector público institucional estatal. En 13 de las 21 entidades, el informe había sido favorable, en 7 casos desfavorable y 1 caso se encontraba pendiente. Según los [registros de INVENTE](#), en noviembre de 2020 existían 35 medios propios estatales, por lo que, en noviembre de 2020, solo el 37% disponía del informe favorable de la IGAE. Debe notarse que, en la actualidad, la obligación de someter a informe la memoria justificativa de la propuesta de declaración de medio propio solo aplica a los medios propios que se creen y no a los existentes (el artículo 86.3 de la LRSJP preveía originalmente que se aplicara a los que se crearan en el futuro y a los existentes, pero para estos últimos se ha eliminado la obligación a través de la modificación introducida en el referido precepto por la Ley 11/2020, de 30 de diciembre).

⁴⁹ Por ejemplo, Informe de la Junta consultiva de Contratación Pública del Estado [14/21](#). También la Comisión Europea en sus [Orientaciones sobre el uso del marco de contratación pública en la situación de emergencia relacionada con la crisis del COVID-19](#) sirve de guía a través de la cual se pretende ofrecer “soluciones rápidas e inteligentes” para la adquisición de los bienes, servicios y obras necesarios para hacer frente a la crisis del COVID-19 (1/4/2020).

- De este modo, es recomendable que el análisis previo a la creación de un medio propio valore los siguientes aspectos:
 - Si existen *otros operadores* (públicos o privados) que proveen los bienes y servicios que proveería el medio propio.
 - Si la oferta que proporcionan estos operadores es *adecuada para satisfacer las necesidades públicas* (en términos de, por ejemplo, precio, cantidad, calidad, velocidad, regularidad o seguridad de suministro, entre otros criterios) bajo los *mecanismos de contratación pública*.
 - Si es previsible que alguna de las anteriores circunstancias cambie con el tiempo (mejorando o empeorando). Para ello, será preciso analizar el *nivel de competencia* en el mercado, incluyendo las *barreras de entrada*, para evaluar la probabilidad de que aparezcan nuevos operadores o que los operadores existentes adapten su oferta a las necesidades del sector público.

Recomendación 3. No descartar alternativas más adecuadas a la creación del medio propio.

- En aplicación de los principios de proporcionalidad y eficiencia en la gestión de los fondos públicos, para justificar la creación de un medio propio no basta con identificar las deficiencias del mercado que pretenden resolverse, sino que es preciso descartar que existan formas mejores de intervenir para resolver tales deficiencias.
- Dependiendo del caso, puede ser adecuado evaluar la posible realización de reformas regulatorias, fiscales o de fomento que faciliten la presencia de operadores y la adecuación de la oferta a las necesidades públicas. Por ejemplo, si la investigación de mercado acredita que la oferta no es satisfactoria por la existencia de importantes barreras regulatorias de entrada al sector, una alternativa podría ser la revisión de la regulación para eliminar las barreras que no estén justificadas. O, por ejemplo, en lugar de crear un medio propio para garantizar el suministro de bienes o servicios en situaciones de necesidad, se puede analizar la conveniencia de establecer obligaciones de servicio público o de reserva o almacenamiento a los operadores de mercado (como ya existen en determinados sectores estratégicos como la energía o las telecomunicaciones).

Recomendación 4. Aprovechar todos los instrumentos con los que cuentan las Administraciones públicas para obtener información sobre las condiciones de mercado.

- Es recomendable que, en los análisis sobre la conveniencia de creación de medios propios, las Administraciones públicas utilicen los mecanismos a su disposición para obtener la información más completa posible: consultas públicas, consultas preliminares de mercado, requerimientos de información, acceso a los datos de licitaciones previas en registros...

4.1.2. Suficiencia e idoneidad de medios

El medio propio debe contar con medios suficientes e idóneos para realizar las prestaciones en el sector de actividad que se corresponda con su objeto social. Ello persigue que el medio propio sea una verdadera entidad instrumental especializada en la prestación de determinados bienes y servicios a su entidad matriz y, en consecuencia, cuente con los medios suficientes y necesarios para afrontar los futuros encargos que ésta le realicen.

En caso de que el medio propio carezca de los medios necesarios para su objeto social, existe el riesgo de que el cumplimiento de los encargos que se le atribuyan se realice fundamentalmente a través de la **subcontratación*** o de la contratación temporal de trabajadores por parte de aquel.

* A los efectos de esta Guía, las referencias a la “subcontratación” de los encargos deben entenderse en sentido amplio, de manera que engloben cualquier contrato que celebre el medio propio con terceros en ejecución del encargo, en los términos del artículo 32.7 de la LCSP.

En el caso de la subcontratación, ello puede llevar a la utilización de procedimientos menos garantistas en la contratación pública, al ser posible que el medio propio esté sujeto a menores requisitos que su entidad encomendante. En el extremo, un medio propio con medios claramente insuficientes para el ejercicio de los encargos que tiene atribuidos puede convertirse en un instrumento para que la contratación pública se realice con menores controles y garantías y como un mero intermediario que tan solo encarece la prestación del servicio en contra de los principios de buena regulación.

Igualmente, se recomienda acudir a la subcontratación con carácter excepcional y para partes del encargo marginales o accesorias.

En cualquier caso, no debe entenderse que existe necesidad de acogerse a los porcentajes que permite la LCSP (que son de máximos). El recurso a la subcontratación debe justificarse en cada caso con independencia de que se ajuste a dichos porcentajes previstos en la norma. De igual modo, se recuerda que, de utilizarse, el contrato debe quedar sometido a la LCSP, de acuerdo con

la naturaleza de la entidad que celebre el negocio jurídico y el tipo y valor estimado del mismo⁵⁰.

Otros riesgos de que un medio propio opere sin los recursos suficientes son que **no sea capaz de cumplir con sus obligaciones a tiempo o con la calidad requeridas**, así como que no sea capaz de **atender sus compromisos financieros** con terceros, lo que puede comprometer financieramente a estos (por ejemplo, incidiendo en la morosidad empresarial).

Por último, no debe obviarse que los medios para el desarrollo de la actividad del medio propio son también determinantes de la eficiencia que este puede alcanzar. Una infraestimación de los medios necesarios para que el medio propio lleve a cabo su actividad puede conducir **erróneamente a la conclusión de que el medio propio es más eficiente que el mercado**. Por ello, el requisito de que el medio propio sea más eficiente que la contratación pública comporta también un condicionante de *sostenibilidad y eficacia* (artículo 86.2 de la LRJSP).

A tenor de estas consideraciones, se efectúan las siguientes recomendaciones:

Recomendación 5. Realizar una evaluación prudente de los medios necesarios para el desarrollo de los cometidos atribuidos al medio propio.

- El medio propio debe contar con los medios materiales y personales suficientes para llevar a cabo sus cometidos. Ello requiere anticipar correctamente cuáles serán los cometidos y tareas que llevará a cabo el medio propio y los medios necesarios para realizarlos.
- Una infraestimación de los medios necesarios para la realización de las tareas puede conducir a sobreestimar la eficiencia del medio propio frente a la contratación pública (y, por tanto, llevar a un falso positivo sobre la conveniencia de crear el medio propio) y abocar al medio propio a la subcontratación sistemática de los encargos sin aportar valor en la intermediación (o, en el peor de los casos, a incumplir sus obligaciones de entrega y sus obligaciones financieras con terceros). Por ello, se recomienda llevar a cabo una

⁵⁰ De conformidad con el artículo 32.7 de la LCSP, los contratos en los que se instrumentaliza la subcontratación a terceros de parte (en determinados supuestos incluso la totalidad) de la prestación objeto del encargo, se deben ajustar a las reglas de la LCSP las cuales varían en función de la naturaleza del ente que celebra el contrato (poder adjudicador o no). En el caso de las entidades no poder adjudicador (por ejemplo, entidad pública empresarial o sociedad mercantil), sus procedimientos se rigen por instrucciones internas menos exigentes en términos de elección del procedimiento y requisitos de preparación y publicidad, que para el resto de entes contratantes. Véase en este sentido, el Informe de la CNC antes citado sobre los medios propios y las encomiendas de gestión: Implicaciones de su uso desde la óptica de la promoción de la competencia (págs. 33 y ss.) en las que se analizan estos riesgos de relajación de la competencia aguas abajo provocado por la subcontratación de los encargos.

estimación prudente de los medios necesarios para el desarrollo de los cometidos del medio propio.

Recomendación 6. Asegurar la sostenibilidad financiera de la entidad que pretende crearse.

- De acuerdo con la IGAE, esta verificación debería analizar la solvencia previsible de la entidad (las cuentas anuales, los ratios de solvencia financiera, el grado de autonomía, el coeficiente financiero del activo fijo y del activo circulante, tesorería, liquidez, etc.), para verificar tanto la sostenibilidad financiera⁵¹ como la capacidad para financiar compromisos de gasto presentes y futuros dentro de los límites de déficit, deuda pública y morosidad de deuda comercial que permite la legislación actualmente vigente⁵².
- Debe ser tenida en cuenta la información contenida en los informes relativos al control de eficacia y supervisión financiera realizados sobre el medio propio por los órganos fiscalizadores. Este análisis debe ser realizado considerando aspectos como la adecuada utilización de los recursos humanos y materiales disponibles en el caso en cuestión o la realización de apreciaciones sobre las tarifas, entre otros.

4.2. La atribución de encargos a un medio propio

Los elementos a tener en cuenta en el momento de atribuir encargos a un medio propio se pueden clasificar en dos categorías: los relativos a la entidad que va a ser destinataria del encargo (el medio propio) y los relativos al encargo en sí.

⁵¹ Artículo 4 de la LO 2/2012. Cabe recordar que el principio de sostenibilidad financiera está recogido en la Ley Orgánica 2/2012 de 27 de abril, de estabilidad presupuestaria y sostenibilidad financiera. Se entenderá por el mismo *“la capacidad para financiar compromisos de gasto presentes y futuros dentro de los límites de déficit, deuda pública y morosidad de deuda comercial conforme a lo establecido en esta Ley, la normativa sobre morosidad y en la normativa europea. Se entiende que existe sostenibilidad de la deuda comercial, cuando el periodo medio de pago a los proveedores no supere el plazo máximo previsto en la normativa sobre morosidad. Para el cumplimiento del principio de sostenibilidad financiera las operaciones financieras se someterán al principio de prudencia financiera”*.

⁵² [Resolución de la IGAE de 16 de mayo de 2019](#) por la que se aprueba la Instrucción para la elaboración del informe a emitir en virtud del artículo 86.3 de la LRJSP.

4.2.1. La entidad destinataria del encargo

4.2.1.1. Control análogo

Los artículos 32 y 33 de la LCSP establecen que las entidades mandantes deben ostentar un control sobre los medios propios análogo al que ejercerían sobre sus propias servicios o unidades. El “control análogo” se aplica con algunas especialidades según la entidad mandante sea poder adjudicador o no y según la relación societaria entre la entidad mandante y la mandatada del encargo (ver cuadro 6).

Cuadro 5. Supuestos de control análogo previstos en la LCSP.

Estos son los supuestos de control análogo previstos por la LCSP:

- Medio propio controlado por una única entidad del sector público que sea poder adjudicador (artículo 32.2.a): En este supuesto, el control análogo se presume si el medio propio está obligado por sus estatutos o por su acto de creación a llevar a cabo los encargos realizados por el poder adjudicador o por otros poderes adjudicadores o personas jurídicas controlados por el primero, de manera que exista una unidad de decisión entre ellos, de acuerdo con instrucciones fijadas unilateralmente por el ente que puede realizar el encargo.
- Encargos de un poder adjudicador a otro poder adjudicador que lo controla o a otra entidad controlada por este último (artículo 32.3): se exige que la entidad que realiza el encargo no tenga participación directa de capital privado.
- Medio propio controlado por dos o más poderes adjudicadores sobre un mismo medio propio (artículo 32.4): se exige el cumplimiento simultáneo de tres requisitos: 1º) que todos los poderes adjudicadores estén representados en los órganos de decisión del medio propio, 2º) que todos los poderes adjudicadores puedan ejercer directa y conjuntamente una influencia decisiva sobre los objetivos estratégicos y sobre las decisiones significativas del medio propio, y 3º) que el medio propio no persiga intereses contrarios a los poderes adjudicadores que puedan conferirle encargos.
- Medio propio controlado por una única entidad del sector público que no sea poder adjudicador (artículo 33.2): se aplican las mismas reglas de control análogo que para el caso de que la entidad que controla sea poder adjudicador.
- Encargos de una entidad del sector público a otra entidad controlada por la misma entidad del sector público que la primera (artículo 33.3): se exige que la entidad que realiza el encargo no tenga participación directa de capital privado.

Fuente: elaboración propia.

El requisito de control análogo pretende asegurar que existe una relación de control y subordinación, o una unidad de decisión, entre la entidad mandante y la entidad que recibe la obligación de realizar el encargo. Cuando este control existe, se asegura que el encargo sea de ejecución obligatoria, porque la entidad

mandatada carece de autonomía decisional respecto de la que mandata el encargo, siendo así establecido en sus estatutos o acto de creación⁵³.

Esta exigencia también garantiza que la entidad mandante disponga de un mayor control sobre la ejecución del encargo (que es una de las ventajas de los encargos respecto a la contratación pública, ver sección 2.1), al existir una relación jerárquica con la entidad mandatada. De ahí, que se exija que la entidad mandante ostente sobre el medio propio al que realiza el encargo un control “*análogo al que ostentaría sobre sus propios servicios o unidades*”.

El requisito de control análogo se completa con la exigencia, cuando se trate de poderes adjudicadores, de que la condición de medio propio personificado de la entidad destinataria del encargo respecto del concreto poder adjudicador que hace el encargo, se reconozca expresamente en sus estatutos o actos de creación (artículo 32.2.d) de la LCSP). Esto refuerza el control ya que, por un lado, permite delimitar el ámbito subjetivo de las entidades que pueden acudir a los mismos a través de los encargos (y evitar que dicho ámbito subjetivo se determine mediante una declaración unilateral del medio propio) y, por otro lado, exige una implicación activa de las entidades (poder adjudicador o no) en la determinación de los sujetos de los que un medio propio puede recibir encargos. Por tanto, se busca evitar la extensión desproporcionada del uso de los medios propios.

La normativa, y su aplicación jurisprudencial, han intensificado la obligación de que las entidades matrices cuenten con un verdadero control de la gestión del medio propio para considerarlo efectivo. De ahí que, en la práctica, este requisito obligue a acreditar que efectivamente existe ese poder de influencia determinante tanto sobre los objetivos estratégicos como sobre las decisiones relevantes de la entidad dependiente, remarcando así el carácter instrumental del ente medio propio⁵⁴.

Así, deberá acreditarse considerando alguna de las siguientes circunstancias, o cualesquiera otras que puedan confirmar la existencia de dicho control efectivo⁵⁵: a) composición de su máximo órgano rector o consejo de administración; b) titularidad pública (100%) en el caso de entidades de naturaleza jurídico-privada

⁵³ Sentencia C-295/05, Asemfo/TRAGSA apartado 54. Sentencia TJUE 21 de julio de 2005, Pandania Acque.

⁵⁴ Sentencias TJUE Parking Brixen, apartado 65, Coditel Brabant, apartado 28, y Sea, apartado 65, Comisión/Italia, apartado 26.

⁵⁵ [Resolución de la IGAE de 16 de mayo de 2019](#) por la que se aprueba la Instrucción para la elaboración del informe a emitir en virtud del artículo 86.3 de la LRSJP.

(en el caso de sociedades mercantiles y fundaciones públicas); c) normativa reguladora de la entidad.

En relación con este requisito, hay dos cuestiones que merecen ser cautelosamente revisadas:

Por un lado, la extensión de la utilización del medio propio cuyo control análogo ostenta una entidad pública, puesto que se prevé que otras entidades también controladas por aquella puedan realizar encargos al medio propio (control indirecto). Es decir, cabe diferenciar la entidad pública de adscripción y otras entidades públicas que, a efectos prácticos, pueden realizar encargos.

Por ejemplo, si se crea un medio propio para toda la Administración General del Estado, así como de los organismos, entes y entidades del sector público estatal, sean de naturaleza jurídica pública o privada, vinculados o dependientes de aquélla, debe verificarse que en la práctica todas las entidades que realicen encargos a dicho medio propio realmente ejercen un control genuino sobre el mismo. Por ello, es aconsejable realizar una interpretación restrictiva de esta decisión sobre la extensión, limitándola a los casos en los que por razones de necesidad y proporcionalidad esté justificado.

Cuadro 6. Aplicación del requisito de control análogo.

En el [Informe](#) de “Fiscalización de la adaptación de los medios propios existentes en el ámbito empresarial estatal no financiero a las exigencias de la ley 40/2015, de Régimen Jurídico del Sector público y de la Ley 9/2017, de Contratos del Sector Público”, aprobado por el Pleno del **Tribunal de Cuentas** en su sesión de 31 de marzo de 2022, este organismo concluye lo siguiente respecto a dos entidades que son medio propio:

- Fábrica Nacional de Moneda y Timbre (FNMT): el Tribunal de Cuentas concluye que cumple con el requisito de control efectivo por parte de la Administración General del Estado y sus entidades dependientes, pero no por parte de los poderes adjudicadores pertenecientes al sector público autonómico y local, respecto de los que ha adquirido la condición de medio propio personificado en la Disposición Final séptima del Real Decreto-Ley 11/2020, por lo que deberá garantizar su participación en la toma de decisiones.
- Empresa para la Gestión de Residuos Industriales (EMGRISA): el Tribunal de Cuentas considera que la Entidad solo ha acreditado el requisito de control efectivo por parte del Grupo SEPI y, teniendo en cuenta que ostenta la condición de medio propio de la Administración General del Estado y de sus entidades dependientes y que en su capital participan como socios minoritarios otras entidades dependientes de otros Ministerios distintos al de Hacienda y Función Pública que pueden conferirle encargos, debería contar con una representación directa o indirecta de estas entidades en su Consejo de Administración, de manera que se garantice la unidad de decisión.

Fuente: elaboración propia.

Por otro lado, se admite la posibilidad de un control análogo conjunto sobre un medio propio por parte de dos o más entidades del sector público independientes entre sí, siempre que se cumplan acumulativamente una serie de requisitos que determinen la existencia de un control efectivo⁵⁶.

Para ello, de acuerdo con la normativa existente, se exige: (i) que en los órganos decisorios del ente destinatario del encargo estén representados todos los entes que puedan conferirle encargos, pudiendo cada uno representar a varios de estos últimos o a la totalidad de ellos; (ii) que estos últimos puedan ejercer directa y conjuntamente una influencia decisiva sobre los objetivos estratégicos y sobre las decisiones significativas del ente destinatario del encargo y (iii) que el ente destinatario del encargo no persiga intereses contrarios a los intereses de los entes que puedan conferirle encargos⁵⁷.

Aunque no sea exigible un porcentaje de capital mínimo para cada uno de los entes que controlan el medio propio conjuntamente, sí debe ser suficiente para que, de acuerdo con las disposiciones estatutarias, permita ejercer un control conjunto efectivo y real sobre el medio propio en cuestión. Por tanto, deberá verificarse esta circunstancia en cada caso⁵⁸.

En sentido contrario, debería descartarse el cumplimiento del requisito de control análogo conjunto en los supuestos en los que el control recaiga en exclusiva en una entidad accionista mayoritaria de manera que pueda condicionar por sí sola y de forma absoluta la actividad del medio propio conjunto de varias entidades, si éstas no tienen la más mínima posibilidad de decidir⁵⁹.

Cuando varias entidades disponen de control conjunto sobre el medio propio, las decisiones que se adopten deberán tomarse por mayoría de los participantes por tratarse de órganos colegiados⁶⁰ y, por otro lado, debe quedar asegurado que el medio propio conjunto quede obligado a realizar todos los trabajos que cada uno

⁵⁶ Sentencia Coditel Brabant, apartados 46, 47 y 50. Artículo 32.4 de la LCSP. Véase también el Informe de la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado [15/17](#).

⁵⁷ Artículo 32.4 de la LCSP.

⁵⁸ Sentencia Econord, apartado 33, e Informes de la Junta Consultiva 2/12, apartado 7, y 24/12, ap. 6. Más recientemente, STJUE de 12 de mayo de 2022, [asunto C-719/20](#), sobre la pérdida del requisito de control análogo conjunto por parte de un poder adjudicador que no poseía participaciones ni ostentaba representación en la sociedad que sucedía al medio propio sobre el que si ejercía ab initio tal control.

⁵⁹ Sentencia Econord (apartado 30).

⁶⁰ Sentencia Coditel, apartado 51, Sentencia SEA, apartado 60.

de sus controladores le encarguen, de manera análoga a si el control lo ostentara una sola entidad⁶¹.

Así pues, la consideración de medio propio de una entidad depende en buena medida de la finalidad con la que se integran otros entes en el capital de una entidad que es medio propio, así como de las circunstancias de ejercicio de los derechos que confieren las participaciones en el capital del medio propio, y no tanto del porcentaje de participación, debiendo resolverse cada cuestión de modo ajustado a las circunstancias del caso concreto⁶². Si no existe la más mínima posibilidad de influir en las decisiones de la sociedad participada, no cabe predicar el requisito del control análogo⁶³.

Cuadro 7. Interpretación jurisprudencial del control análogo conjunto.

Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 17 de diciembre de 2020.

El TSJ de Cataluña analizó si el encargo de la gestión del servicio de residencia municipal para la tercera edad que realizó el Ayuntamiento de Esparreguera a SUMAR, serveis públics d'acció social de Catalunya S.L. (sociedad mercantil de titularidad pública) se ajustaba a derecho, en particular, en relación con el cumplimiento del control análogo conjunto.

En este sentido, constató que el Ayuntamiento contaba tan solo con el 0,33% del capital social de la entidad, lo cual le otorgaba limitada participación en sus órganos de dirección.

En consecuencia, el Tribunal descartó el cumplimiento del requisito de control análogo, pues **no existía ningún control efectivo ni influencia decisiva sobre los objetivos estratégicos o las decisiones significativas**. En consecuencia, consideró que el encargo era una relación contractual sujeta a la normativa de contratación pública y lo declaró nulo de pleno derecho.

Finalmente, el Tribunal reafirmó que la doctrina “*in house providing*” supone una quiebra del principio de libre competencia y es una excepción al ámbito de actuación del Derecho Comunitario de contratos, por lo que no debe servir para eludir la ley y es preciso interpretarla de forma restrictiva. Igualmente, insistió en que el encargo es contrario a Derecho al afectar al principio de libre competencia por adoptar un sistema de gestión directa que no cumple los

⁶¹ Sentencia TRAGSA, apartado 60.

⁶² Sentencia del TJUE de 18 de junio de 2020 Porin Kaupunki, C-328/19, indica que el requisito del control análogo puede manifestarse por diferentes medios, de manera que, a pesar de que el municipio no posea participación alguna en el capital de la entidad “*in house*”, debe tener la posibilidad de ejercer una influencia determinante, tanto sobre los objetivos estratégicos, como sobre las decisiones importantes del adjudicatario y, por tanto, un control efectivo, estructural y funcional sobre éste.

⁶³ Véase el referido Informe Junta Consultiva Contratación del Estado ([Expediente 15/17](#) Clasificación del informe: Posibilidad de que una sociedad municipal pueda convertirse en medio propio de otras entidades.).

requisitos para la utilización de medios propios y que produce el efecto de restringir o falsear la competencia en este sector económico.

En línea similar, el mismo TSJ, en su Sentencia de 20 de mayo de 2022, anuló el encargo para la prestación de servicios de atención domiciliaria realizado por el Ayuntamiento de Girona a SUMAR.

Fuente: elaboración propia.

A tenor de todo lo expuesto, se realizan las siguientes recomendaciones:

Recomendación 7. Hacer una interpretación restrictiva de las situaciones de control análogo.

- El control de la entidad que confiere el encargo respecto a la entidad que lo recibe (medio propio) sirve, entre otros, para garantizar la **ejecución** del encargo y la mayor **eficiencia** de la cooperación vertical respecto a la contratación pública como forma de aprovisionamiento público.
- Debe **evitarse la extensión incremental del uso de los medios propios** por entidades que no ejercen control sobre ellos. Todas las entidades que pueden realizar encargos a un medio propio deben verdaderamente ejercer un control genuino sobre el mismo.
- El control análogo conjunto debe analizarse a la luz de todas las circunstancias concurrentes, y no debe asumirse cuando una **entidad accionista mayoritaria** pueda condicionar por sí sola y de forma absoluta la actividad del medio propio, impidiendo que el resto de los accionistas tengan capacidad real para decidir.

4.2.1.2. Realización de la parte esencial de actividad para la matriz (80/20)

De acuerdo con los artículos 32 y 33 de la LCSP, los medios propios deben realizar más del 80% de sus actividades para las entidades de las que son medio propio.

Para el cálculo de dicho porcentaje, en el art. 32.2.b) de la LCSP se atiende a una serie de parámetros: (i) el promedio del volumen global de negocios, (ii) los gastos soportados por los servicios prestados a la entidad que realiza el encargo 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 (iii) otro indicador alternativo de actividad, y todo ello referido a los tres ejercicios anteriores al de formalización del encargo.

En cualquier caso, el indicador elegido por el medio propio debe ser fiable, cuantificable, contrastable y razonable, valorándose que esté asociado a la

actividad realizada por el medio propio en ejercicio de los encargos conferidos⁶⁴. Deberá acreditarse mediante certificado que indique los porcentajes correspondientes a cada uno de los tres años anteriores con referencia al indicador utilizado⁶⁵.

Este requisito entronca directamente con la justificación de la necesidad del medio propio como entidad instrumental: el medio propio debe ser, fundamentalmente, un proveedor interno e instrumental de su Administración matriz. Aunque pueda realizar otras actividades para otros clientes públicos o privados, estas han de tener un carácter marginal en relación con los encargos.

Por ello, resulta clave la publicidad de este indicador en la memoria de las cuentas anuales del medio propio, pudiendo ser verificado por un auditor (público o privado según corresponda) y que, en caso de incumplimiento, derive en la pérdida de la condición de medio propio, ya que no estaríamos ante una entidad instrumental sino ante una entidad que presenta esencialmente vocación de mercado.

La realización de actividades a través de encargos puede suponer una ventaja financiera para los medios propios frente a sus empresas competidoras. En primer lugar, la realización de encargos puede suponer una ventaja para el medio propio al estar sujeta a menos riesgos e incertidumbres que las actividades de mercado y, así, reducir los costes generales de financiación del medio propio. En segundo lugar, la realización de encargos puede suponer una ventaja para el medio propio ante el riesgo de que las tarifas, al estar fijadas de antemano, sobreestimen el coste real de realización de los encargos. Ambas vías pueden permitir que el medio propio cuente con ciertas ventajas frente a sus competidores en los mercados donde compite, lo que puede suponer un

⁶⁴ [Circular Conjunta de 22 de marzo de 2019 de la Abogacía del Estado y la IGAE](#) sobre el criterio para el cálculo del cómputo del requisito de actividad, cuyo objetivo es establecer orientaciones al objeto de cubrir el vacío normativo fruto de la ausencia de desarrollo reglamentario de la LCSP en relación con los parámetros a considerar para el cálculo del indicador de actividad. Igualmente, destaca la Nota técnica de la Oficina Nacional de Auditoría 1/2021 y el [Estudio sobre el tratamiento del medio propio en la información financiera y en los informes de auditoría](#) (IGAE, 2020) que tiene por objeto analizar la forma en la que los entes que ostentan la condición de medio propio han dado cumplimiento a las obligaciones de información sobre esta calificación prevista en la normativa de contratación pública y su reflejo en los informes de auditoría de cuentas anuales.

⁶⁵ En el supuesto de que debido a la fecha de creación o de inicio de la actividad del poder adjudicador que hace el encargo o debido a la reorganización de actividades del poder adjudicador, no fuese posible acreditar el volumen global de negocios, u otro indicador alternativo de actividad, será suficiente con justificar que el cálculo del nivel de actividad se corresponde con la realidad, en especial mediante proyecciones de negocio.

problema para la dinámica competitiva en estos mercados. La limitación al 20% de las actividades que el medio propio puede realizar en mercado reduce el problema, aunque no lo elimina completamente.

Buena parte de la problemática derivada de la aplicación del requisito 80/20 ya ha sido puesta de manifiesto por los organismos fiscalizadores, que han señalado tanto la laxitud en su cumplimiento como la conveniencia de introducir mejoras en sede reglamentaria⁶⁶.

Sin embargo, debe notarse que la Ley 11/2020, de 30 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para 2021, suprimió la obligación de reflejar en las cuentas anuales la justificación del cumplimiento del requisito de actividad y su revisión por el auditor externo y la pérdida sobrevenida de la condición de medio propio derivada de su incumplimiento. Es decir, con esta reforma, no sólo no se ha mejorado el control sobre este requisito de actividad, sino que se han suavizado enormemente las exigencias de fiscalización.

En cualquier caso, para verificar el cumplimiento de este indicador hay que examinar la posición en el mercado del ente en cuestión, incluyendo su posible vocación de internacionalización⁶⁷.

⁶⁶ Según el [Estudio sobre el tratamiento del medio propio en la información financiera y en los informes de auditoría](#) (IGAE, 2020), si bien un 67,4% de los entes considerados medio propio hacen referencia en su memoria de las cuentas anuales a tal condición, con más o menos información, en general el cumplimiento efectivo y estricto del requisito de actividad exigido, es muy laxo, ya que solo lo hacen el 30,2% de ellos. La IGAE recomienda desarrollar reglamentariamente la forma de computar el indicador de actividad para garantizar una mayor seguridad jurídica y homogeneidad en las obligaciones que se asumen por todos los medios propios, independientemente de su adscripción al ámbito estatal, autonómico o local y la configuración de la compensación basada en costes reales o, en su caso, al coste efectivo soportado. En la misma línea se ha manifestado el Tribunal de Cuentas en su [Informe](#) de “fiscalización de la adaptación de los medios propios existentes en el ámbito empresarial estatal no financiero a las exigencias de la ley 40/2015, de régimen jurídico del sector público y de la ley 9/2017 de contratos del sector público”, de 31 de marzo de 2022.

⁶⁷ Véase, por ejemplo, Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 20 de mayo de 2022 en la que se constata que el cálculo del 80/20 en los tres últimos ejercicios respecto de la actividad de un medio propio estaba mal calculado ya que se había atribuido actividades destinadas a Administraciones públicas ajenas a los encargos y que no debían computar dentro del requisito del 80% de actividad esencial. Tras la rectificación se constató que el medio propio realizaba más del 20% de su actividad en el mercado libre o ajeno a los mercados por tanto se incumplía el requisito del 80/20. Igualmente, en la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 17 de diciembre de 2020 se apreciaba, que un medio propio realmente actuaba como operador económico ya que el convenio regulador del encargo de gestión era propio de una gestión indirecta, al recogerse determinadas cláusulas

Por último, cabe recordar que las entidades que no sean poderes adjudicadores disponen de dos opciones a la hora de no tener que acudir al mercado: por un lado, podrán realizar encargos a sus medios propios siempre que estos cumplan con las condiciones establecidas en el artículo 33 de la LCSP, sustancialmente similares a las del artículo 32 de la LCSP ya reseñados; por otro, la previsión recogida en el artículo 321.6 de la LCSP que les habilita, bajo determinadas condiciones, a celebrar contratos entre entidades integrantes del grupo empresarial⁶⁸.

La CNMC ha analizado estas excepciones y ha recomendado implementar medidas que prevengan la posible afectación a la competencia en los mercados en los que estos entes pueden competir con terceros operadores, garantizando el principio de neutralidad competitiva, por ejemplo, a través de medidas de separación contable entre actividades mercantiles y no mercantiles o de verificación de que los precios cobrados por estos servicios son de mercado⁶⁹.

como la percepción de honorarios de gestión fijos por parte del medio propio, lo cual era incompatible con la condición de medio propio.

⁶⁸ Esta previsión fue introducida en la Disposición Adicional 55ª de la LCSP por la disposición final 7.2 del Real Decreto-ley 11/2020, de 31 de marzo, por el que se adoptan medidas urgentes complementarias en el ámbito social y económico para hacer frente al COVID-19.

⁶⁹ Véanse los Informes elaborados por la CNMC sobre el artículo 321.6 de la LCSP relativos a determinados contratos intragrupo de HUNOSA ([INF/CNMC/063/21](#)), CESCE ([INF/CNMC/028/21](#)) y CORREOS ([INF/CNMC/057/22](#)). Respecto al caso de HUNOSA y la posibilidad de que la misma y sus filiales pudieran tener la consideración de medios propios personificados y servicios técnicos del sector público para la restauración de espacios afectados por la minería y los riesgos desde la óptica del principio de neutralidad competitiva, se destacó que debería evitarse, tanto por el volumen de encargos a realizar como por el importe de las tarifas a aplicar, que se coloque a la entidad en una posición de ventaja competitiva en el mercado libre en competencia con otros operadores. Se recomendó adoptar las medidas oportunas destinadas a evitar el riesgo de incurrir en subvenciones cruzadas entre actividades, las retribuidas vía tarifaria y las sometidas a mercado libre.

Cuadro 8. Problemática detectada por el Tribunal de Cuentas.

En el [Informe](#) de “Fiscalización de la adaptación de los medios propios existentes en el ámbito empresarial estatal no financiero a las exigencias de la ley 40/2015, de Régimen Jurídico del Sector público y de la Ley 9/2017, de Contratos del Sector Público”, aprobado por el Pleno del Tribunal de Cuentas en su sesión de 31 de marzo de 2022, el Tribunal ha verificado algunos problemas con el indicador de actividad, por ejemplo:

- En el caso de la entidad MERCASA, destaca que las cifras correspondientes a los tres ejercicios anteriores no están desglosadas por años, que no se justifica el requisito de actividad en la memoria de las cuentas de 2018 ni en las de 2019 ni se realiza mención alguna en los informes de auditoría correspondientes, y señala incidencias a la hora de calcular las tarifas, ya que no consta ningún dato económico que permita analizar la base del cálculo de las citadas tarifas aprobadas por la SEPI en 2015.
- En el caso de las entidades MERCALGECIRAS y MERCABADAJÓZ, destaca que el requisito de actividad no aparece en las cuentas anuales del periodo fiscalizado ni ha sido verificado por el auditor externo.

Fuente: elaboración propia.

A tenor de todo lo expuesto, se formulan las siguientes recomendaciones:

Recomendación 8. Aplicar estrictamente el requisito de actividad “80/20” de los medios propios para evitar distorsiones de competencia en sus actividades no realizadas a través de encargos.

- La atribución de encargos debe ser objeto de una **adecuada planificación**, de forma que se ofrezca seguridad jurídica a los medios propios y al resto de operadores y se mitigue el riesgo de atribuciones artificiosas de encargos a medios propios.
- Es recomendable que los medios propios dispongan de una **contabilidad analítica** separada que aporte información del negocio correspondiente a su actuación como medio propio (por tanto, excluida de la competencia) respecto del resto de su actividad mercantil. De esta forma, se reduciría el riesgo de que los beneficios obtenidos en actividades excluidas de la competencia financiaran otras realizadas en mercado (riesgo de subvenciones cruzadas⁷⁰).

⁷⁰ En este sentido, por ejemplo, véase el [Informe del Tribunal de Cuentas](#) (2015) “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” e Informe posterior de 30 de mayo de 2019 de seguimiento.

4.2.1.3. Totalidad de capital público

La LCSP exige que, con independencia de la forma jurídica del medio propio (público o privada), la totalidad de su capital o patrimonio tendrá que ser de titularidad o aportación pública⁷¹.

La participación directa de capital privado en la entidad jurídica controlada, por mínima que ésta sea, rompe el criterio exigido en la legislación, que también ha sido confirmado por la jurisprudencia⁷². Con esta medida se pretende que ningún operador privado se vaya a beneficiar de la actuación de un medio propio del que pudiera participar. De incumplirse este requisito formal, las prestaciones deberán ser necesariamente objeto de licitación.

4.2.1.4. Obligaciones de transparencia y determinación de su objeto social

La normativa exige que la condición de medio propio de un poder adjudicador venga expresamente reconocida en sus estatutos o actos de creación, indicándose el poder adjudicador respecto del cual tiene esa condición, además de precisar el régimen jurídico y administrativo de los encargos que se les puedan atribuir.

Adicionalmente, el medio propio debe publicar en la Plataforma de Contratación correspondiente su condición de tal; respecto de qué poderes adjudicadores la ostenta; y los sectores de actividad en los que, estando comprendidos en su objeto social, podría ejecutar encargos⁷³.

Estas obligaciones de transparencia y publicidad disciplinan el uso de los medios propios, de ahí la importancia de su estricto cumplimiento. En este sentido, **se realizan las siguientes recomendaciones:**

Recomendación 9. El objeto social del medio propio debe delimitar de forma precisa sus funciones y las actividades que pueden ser objeto de encargo.

- Las normas estatutarias deben recoger una delimitación precisa, detallada y cerrada de las competencias a ejercer por el ente instrumental, de manera que el contenido de los encargos que reciba se corresponda con las actividades comprendidas en su objeto social.

⁷¹ Artículo 32.2 c) de la LCSP.

⁷² Sentencia TJUE de 11 de enero de 2005, Stadt Halle y Sentencia de 8 de abril de 2008 Comisión/República de Italia.

⁷³ Artículo 32.6 a) de la LCSP.

- El objeto social del medio propio debe ser preciso (evitando aproximaciones genéricas que no permitan delimitar la especialización del medio propio en actividades concretas) y coherente (respecto a su disponibilidad de medios personales y técnicos).

Recomendación 10. Publicidad de las funciones de medios propios y los encargos.

- Deben existir listados públicos, actualizados y fácilmente accesibles de medios propios y sus encargos, de forma que se puedan consultar por terceros las actividades que los medios propios pueden realizar, los encargos que les sean atribuidos y la situación de realización en que se encuentran.

Cuadro 9. Inadecuación del objeto del encargo respecto al objeto social.

Resolución del [Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales 18 de febrero de 2019](#) (120/2019)

El Tribunal estimó parcialmente el recurso presentado por la Confederación nacional construcción contra el encargo realizado por una Consejería de la Comunidad Valenciana, a favor de TRAGSA para la “Redacción de proyecto y ejecución de las obras de adecuación funcional del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana”. Uno de los motivos alegados en el recurso fue la falta de adecuación del encargo al objeto social de TRAGSA.

El Tribunal consideró que atendiendo a la voluntad expresa del legislador (disposición adicional vigésima cuarta.4 de la LCSP), TRAGSA no puede (salvo en supuestos de urgencia, entendida esta circunstancia en su sentido estricto, como tareas de emergencia y protección civil de todo tipo, en especial, la intervención en catástrofes medioambientales o en crisis o necesidades de carácter agrario, pecuario) ejecutar contratos de obra en zonas o núcleos urbanos. Y añade que: *“Una solución distinta a la que aquí se sostiene (esto es, el reconocimiento de la posibilidad de conferir encargos a un medio propio que excedan del objeto social de la entidad instrumental) sería contraria al principio de concurrencia y a la interpretación restrictiva que, en tanto excepción a los principios generales en los que se asienta la contratación pública, ha de aplicarse respecto del objeto social de los medios propios”*.

En consecuencia, el Tribunal estimó la falta de adecuación de las prestaciones objeto de encargo con el objeto social de TRAGSA, en especial, por no estar comprendida aquéllas entre las funciones que legalmente pueden ser objeto de encargo a TRAGSA y, en consecuencia, anuló la resolución de formalización del encargo.

Fuente: elaboración propia.

4.2.1.5. Imposibilidad de participar en licitaciones públicas convocadas por su poder adjudicador

Se reconoce la condición de operador económico y, por tanto, de licitador, a toda persona o entidad con independencia de que su estatuto jurídico sea público o privado, en la medida en que estén habilitadas para ofrecer bienes y servicios en

el mercado a título oneroso⁷⁴. En este sentido, se permite que entidades pertenecientes al sector público (sociedades mercantiles de titularidad pública, por ejemplo) puedan presentarse a licitaciones públicas.

Sin embargo, siendo el uso de los medios propios una excepción a los principios propios de la normativa de contratación pública (publicidad, concurrencia, transparencia, igualdad y no discriminación), debe evitarse la atribución de posibles ventajas competitivas a dichos entes, lo que sucedería si, por una parte, recibieran, en su condición de medios propios, encargos con objetos coincidentes a los de los contratos típicos regulados en la LCSP y, por otra parte, pudieran concurrir, además, a las licitaciones convocadas por las entidades de las que son medio propio (ya se trate de poderes adjudicadores, o de poderes no adjudicadores). De ahí que venga expresamente prohibido en la normativa⁷⁵.

Al mismo tiempo, solo en el caso de que licitaciones previas hayan quedado desiertas, se permite que a los medios propios pueda encargárseles la ejecución de la prestación objeto de las mismas.

A tenor de lo expuesto, se realiza la siguiente **recomendación**:

Recomendación 11. Participación de los medios propios en licitaciones públicas.

- Resulta fundamental que se haya realizado una delimitación ajustada de las entidades públicas de las que son medios propios, porque esta delimitación presenta consecuencias desde la óptica de su participación a través de esta vía.
- La participación de un medio propio en licitaciones convocadas por entes públicos de los que no son medios propios debe realizarse de acuerdo con el principio de neutralidad competitiva, asegurando una igualdad de trato real y efectiva respecto al resto de licitadores.

4.2.2. El contenido y la forma del encargo

Los requisitos formales y materiales relativos al encargo están recogidos, esencialmente, en el artículo 32, apartados 6 y 7 de la LCSP: básicamente, la idoneidad de su objeto, la publicación de su formalización, la necesidad de autorización, en su caso, del Consejo de Ministros, los límites a la subcontratación y la duración. Además de estos, la LCSP regula las tarifas

⁷⁴ Sentencia del TJUE el 6 de octubre de 2015 en el asunto C-203/14. Artículo 2.1 (apartados 10 y 11) sobre la definición de operador económico y licitador de la Directiva 2014/24.

⁷⁵ Artículo 32.2 d) de la LCSP. Informe AG 2/18.

aplicables a los encargos realizados por los poderes adjudicadores (artículo 32, apartados 2 y 4 de la LCSP).

Más allá de los requisitos formales y materiales expresamente previstos en la LCSP, debe tenerse en cuenta que la decisión de atribuir un encargo a un medio propio puede tener un coste sobre la eficiencia en la prestación del bien o servicio objeto del encargo (ver apartado 3.1) y tener costes sobre la eficiencia del medio propio (apartado 3.2) y sobre la competencia en los mercados (apartado 3.3). Por ello, en el último apartado de este epígrafe se valorará la conveniencia de la decisión de utilizar el encargo, desde la óptica de los principios de eficiencia del gasto público y la competencia en los mercados.

4.2.2.1. Idoneidad del objeto del encargo

El encargo debe centrarse en la realización de actividades concretas de carácter material, técnico o de servicios de la competencia de las entidades públicas que realizan el encargo. Dichas actividades deben ser además acordes con el objeto social recogido en los estatutos del medio propio.

Debe recordarse que no estaría justificado el uso de la figura del encargo para suplir carencias estructurales de personal (que deberían ser solventadas a través de la adecuada dotación de las plantillas) o para realizar actividades que impliquen ejercicio de potestades públicas o administrativas⁷⁶.

Recomendación 12. Delimitación del objeto del encargo con precisión

- No es recomendable utilizar referencias genéricas e imprecisas en el objeto de los encargos (por ejemplo, “apoyo a la gestión” o “asistencia técnica”), debiéndose concretar con la suficiente precisión para identificar correctamente las prestaciones encargadas.

4.2.2.2. Publicidad y transparencia de los encargos

De acuerdo con la LCSP, es obligatoria la publicación en el perfil del contratante de la formalización de los encargos de importe superior a 50.000 euros (IVA excluido). La información relativa a los encargos de importe superior a 5.000 euros (IVA excluido) deberá publicarse al menos trimestralmente, conteniendo

⁷⁶ Tribunal de Cuentas [Moción](#) (nº.1198). Sentencia [del Tribunal Supremo en una sentencia dictada el 14 de septiembre de 2020](#) (rec. núm. 5442/2019).

información sobre su objeto, la duración, las tarifas aplicables y la identidad del medio propio destinatario del encargo⁷⁷.

Asimismo, de acuerdo con la normativa de transparencia, deben publicarse las encomiendas de gestión (encargos, en la denominación actual), con expresa indicación de su objeto, presupuesto, duración, obligaciones económicas y de las subcontrataciones que se realicen, con mención de los adjudicatarios, procedimiento seguido para la adjudicación e importe de esta⁷⁸. Sin embargo, no se identifica el lugar en que esta información debe hacerse efectiva.

En una licitación pública, los principios de publicidad y transparencia son instrumentales del principio de libre competencia. En el caso de los encargos, cumplir adecuadamente con estos principios permite realizar un control sobre las necesidades del sector público y la forma en la que ha decidido resolverlas.

En líneas generales, en años anteriores **se ha apreciado un incumplimiento generalizado de esta obligación, si bien se aprecia una tendencia hacia un mayor cumplimiento**⁷⁹. Sin embargo, algunas decisiones de los Tribunales de recursos contractuales señalan que la no publicación no es causa de nulidad o anulabilidad⁸⁰.

El incumplimiento de estas obligaciones presenta un doble efecto negativo:

Por un lado, se desincentiva al demandante público a comparar otras modalidades de aprovisionamiento y se limita la rendición de cuentas a la ciudadanía, en detrimento del principio de eficiencia sobre la utilización de los fondos públicos. La falta de transparencia impide que otras entidades públicas

⁷⁷ Artículos 32.6 y 63.6 de la LCSP y artículo 8.1 b) de la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de Transparencia, Acceso a la información pública y Buen gobierno. Por otro lado, ante ciertas excepciones de publicidad por motivos de seguridad, se debe interpretar de forma restrictiva esta circunstancia y justificar adecuadamente la concurrencia de la misma.

⁷⁸ Artículo 8.1b) de la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno.

⁷⁹ Así lo confirman tanto la IGAE (Informe IGAE art. 332.11 LCSP) que ha constatado el bajo nivel de cumplimiento de las obligaciones de publicación de los encargos en la plataforma de contratos del sector público, como la OIRESCON ([IAS 2021](#)), que ha hecho seguimiento a la publicidad de los encargos en las plataformas de algunas Comunidades autónomas y la del sector público concluyendo que aun algunas no han habilitado motores de búsqueda específicos y que debería unificarse la forma de publicar e identificar los encargos. La tendencia a la mejora parece confirmarse, con limitaciones, por la OIRESCON en el último [IAS](#) publicado a finales de 2022.

⁸⁰ Resolución TRC (Cantabria) 7 de octubre de 2019.

accedan a información de utilidad a la hora de adoptar sus propias decisiones (por ejemplo, a la hora de contrastar la figura del encargo con la del contrato).

Por otro lado, dificultan el ejercicio de los mecanismos de control y defensa, entorpeciendo el derecho a interponer el recurso especial en materia de contratación por la atribución del encargo⁸¹. Este instrumento permite que, entre otros, los Tribunales administrativos de recursos contractuales puedan conocer de los encargos de medios propios para fiscalizar que cumplen con los requisitos legales establecidos al efecto.

Recomendación 13. Publicidad de los encargos

- La información esencial relativa a los encargos (objeto concreto, incluido el CPV de referencia, memoria justificativa, importe económico, duración, informes de los órganos fiscalizadores, subcontrataciones, modificaciones...) debe ser objeto de publicación con carácter previo a su puesta en práctica.
- Esta información debe ser accesible en formato digital, abierto y reutilizable, y debe actualizarse cada vez que se produzca una incidencia que afecte al expediente.

4.2.2.3. Tarifas

Según la LCSP (artículo 32), cuando la entidad mandante sea un poder adjudicador, el encargo debe ajustarse a las tarifas previamente aprobadas (o a los costes efectivos de las actividades subcontratadas por el medio propio si son inferiores a las tarifas aprobadas), y tales tarifas deben representar los costes reales de realización de las unidades producidas directamente por el medio propio⁸².

La retribución vía tarifa debe ser fijada con precisión y ajustarse a precios de mercado. Sin embargo, a diferencia de los ajustes que se realizan acudiendo a procedimientos de concurrencia competitiva, en el caso de las tarifas fijadas al medio propio existe un mayor riesgo de aceptar ineficiencias en su gestión, sobre todo si no se acompaña de evaluaciones ex ante (sobre las tarifas en su conjunto) y ex post (sobre el desempeño de la ejecución de los encargos por el

⁸¹ Artículo 44.2 e) de la LCSP. Aunque no se limite el derecho a interponer el recurso por razón de la cuantía del encargo, en la práctica solo se podrán impugnar los que sean objeto de publicación, es decir, los que superen 50.000 euros.

⁸² En cambio, cuando la entidad mandante no sea un poder adjudicador, las tarifas no deben ajustarse a estas reglas.

medio propio en términos absolutos o relativos respecto a operadores de mercado que realicen prestaciones similares).

En este sentido, la LCSP contempla que, en el supuesto de que las actividades objeto del encargo se subcontraten a terceros, las tarifas se fijarán atendiendo al coste efectivo soportado en los casos en los que este coste sea inferior al resultante de aplicar las tarifas a las actividades subcontratadas (se puede subcontratar, como regla general, hasta el 50% de las prestaciones). Esta medida debería servir de referencia precisamente para medir la eficiencia en las tarifas y, en consecuencia, la retribución por el encargo.

Todo ello sin perjuicio de las implicaciones que la constatación de esta circunstancia tendría respecto a la justificación de la creación del medio propio y del encargo, ya que la subcontratación evidenciaría que el mercado puede prestar parte de los servicios objeto del encargo y a costes inferiores que los del medio propio.

Por otro lado, las tarifas del medio propio deben ser objeto de especial cautela desde la óptica de **ayudas de Estado**. En el supuesto en el que se generasen beneficios desproporcionados por las actividades ejecutadas en el marco de los encargos, cabría plantearse si se está otorgando al medio propio una ventaja económica en el sentido del artículo 107 del TFUE, precisamente por el exceso de compensación de los referidos costes, en especial si el medio propio lleva a cabo operaciones en el mercado en competencia con otros operadores⁸³.

Recomendación 14. Las tarifas del medio propio deben representar adecuadamente el valor de la prestación realizada.

- Las compensaciones económicas deben ser adecuadas y proporcionadas al valor de las prestaciones que, efectivamente, realice el medio propio⁸⁴.
- Las tarifas deben no solo recoger los costes reales de realización de los bienes o servicios prestados, sino también no remunerar por exceso los servicios prestados, pues ello puede

⁸³ Esta posibilidad que dependerá única exclusivamente de si se cumplen o no los cuatro requisitos del artículo 107 del TFUE: (i) transferencia de fondos públicos a una empresa – medida selectiva-; (ii) que esa transferencia otorgue una ventaja competitiva al beneficiario; (iii) que tenga capacidad para falsear la competencia y (iv) de alterar a los intercambios comerciales en la Unión Europea) la constitución de un medio propio puede ser considerada ayuda de Estado, siempre que supere determinado umbral de fondos y que la ayuda no pueda ser declarada compatible con el TFUE. Puede consultarse además la [Sentencia](#) del TJUE, de 22 de mayo de 2003, asunto C-462/99, *Connect Austria* (apartados 92 y ss.) en el ámbito de los artículos 102 y 106 del TFUE.

⁸⁴ Véase en este sentido, el Informe sobre los medios propios y las encomiendas de gestión: Implicaciones de su uso desde la óptica de la promoción de la competencia (CNC, 2013).

conferir una ventaja al medio propio en el mercado equivalente a una ayuda pública. Las tarifas deben recoger los costes de un operador eficiente en el mercado.

- Cuando el coste efectivo para el medio propio de las actividades subcontratadas por este sea inferior a las tarifas aprobadas para la realización del encargo, existe un indicio de que el encargo puede ser menos eficiente que la contratación pública.

4.2.2.4. Subcontratación

De acuerdo con la regulación vigente, existe la posibilidad de acudir a la subcontratación de las prestaciones objeto del encargo con terceros operadores, siempre que no se exceda del 50% de la cuantía del encargo, aunque se prevén una serie de excepciones a esta regla general⁸⁵ en determinados sectores y por razones de interés público (seguridad, mayor control público y urgencia)⁸⁶. Estas excepciones son muy heterogéneas, y resultaría aconsejable una mayor racionalidad y excepcionalidad en las situaciones en las que se permite no aplicar el porcentaje del 50% de subcontratación. En todo caso, desde la óptica de los principios de necesidad y proporcionalidad, debe evitarse que la subcontratación sea una forma ordinaria, recurrente o principal de realizar las prestaciones objeto de los encargos.

En primer lugar, la subcontratación del encargo no sólo puede afectar a los principios de igualdad y concurrencia, sino que también reduce la lógica de recurrir a la técnica del encargo, puesto que si el medio propio, por carecer de medios personales y materiales suficientes, tiene que contratar una parte

⁸⁵ Artículo 32.7 de la LCSP. Se recuerda que, a los efectos de esta Guía, las referencias a la “subcontratación” deben entenderse en sentido amplio, de manera que engloben cualquier contrato que celebre el medio propio con terceros en ejecución del encargo.

⁸⁶ No será aplicable si el encargo es una **concesión** (sea de obra o servicios). Tampoco 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**. 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.*

importante de las prestaciones del encargo con terceros, se reduce el valor del encargo frente a la contratación pública para la entidad mandante.

En segundo lugar, dependiendo de la naturaleza jurídica del medio propio, la subcontratación podría suponer relajar las exigencias de publicidad y transparencia propias de las Administraciones Públicas cuando acudan a esos procedimientos, pervirtiendo la figura excepcional del medio propio y adoptando una forma de huida de la normativa de contratación pública.

En tercer lugar, la subcontratación puede suponer un coste adicional a la realización de las tareas por el medio propios, lo que puede conllevar una gestión ineficiente de los recursos públicos.

A tenor de lo expuesto, se realizan estas **recomendaciones**:

Recomendación 15. Acotar la subcontratación de las prestaciones objeto del encargo.

Sin perjuicio del límite legal, es recomendable que los encargos acoten la subcontratación y la limiten a aquellos supuestos en los que no resulte posible o eficaz la ejecución por el medio propio con sus recursos. Para ello, se pueden adoptar medidas tanto por las entidades mandantes como por los órganos de fiscalización:

- Prever expresamente en el documento de formalización del encargo las actividades susceptibles de ser subcontratadas, limitadas a prestaciones accesorias al objeto del encargo⁸⁷.
- Establecer un procedimiento específico con el fin de que el órgano que realizó el encargo autorice cada subcontratación que pretenda celebrar el medio propio.
- Tener en cuenta en el análisis de eficiencia que se realice para adjudicar el encargo el nivel de prestaciones que se realizarán a través de subcontrataciones. El coste soportado parte del presupuesto y de la compensación a abonar por la entidad que realiza el encargo.
- Intensificar las medidas de control y seguimiento de la subcontratación. Especialmente, que se vigile el cumplimiento de la LCSP a la hora de licitar las subcontrataciones.
- Dejar constancia documental en el expediente de los contratos realizados por el medio propio para llevar a cabo estas prestaciones.

⁸⁷ Informe de Fiscalización de las encomiendas de gestión de determinados Ministerios, Organismos y otras Entidades Públicas llevadas a cabo al amparo de la Legislación que habilita esta forma instrumental de gestión administrativa, 30 de abril de 2015, nº 1088 del Tribunal de Cuentas (página 137).

4.2.2.5. Duración

El carácter excepcional de la atribución de encargos a medios propios conlleva necesariamente una interpretación restrictiva tanto de su duración como de los supuestos en los que cabe realizar prórrogas.

Respecto a los contratos, el artículo 29 de la LCSP indica que *“la duración de los contratos del sector público deberá establecerse teniendo en cuenta la naturaleza de las prestaciones, las características de su financiación y la necesidad de someter periódicamente a concurrencia la realización de las mismas, sin perjuicio de las normas especiales aplicables a determinados contratos”*.

Adicionalmente, cabe recordar que sin perjuicio de las soluciones que se contemplan para cada tipo de contrato (contratos de suministros y servicios; contratos de concesión de obras y servicios...), la normativa de contratación pública señala que *“El contrato podrá prever una o varias prórrogas siempre que sus características permanezcan inalterables durante el período de duración de estas, sin perjuicio de las modificaciones que se puedan introducir de conformidad con lo establecido en los artículos 203 a 207 de la presente Ley”*.

A pesar de que la normativa reguladora de los encargos no precisa nada a este respecto, cabe recordar que el artículo 44 de la LCSP señala que *“[...] serán susceptibles de recurso especial en materia de contratación [...] los encargos cuando, por sus características no sea posible fijar su importe o, en otro caso, cuando este, atendida su duración total más las prórrogas, sea igual o superior a lo establecido para los contratos de servicios”* (esto es, cinco años⁸⁸). El hecho de que solo sean recurribles ante los tribunales de recursos contractuales los encargos que excedan una duración de 5 años parece poco garantista para los

⁸⁸ De acuerdo con el art. 29.4 LCSP, los contratos de suministros y de servicios de prestación sucesiva tendrán un plazo máximo de **duración de cinco años**, incluyendo las posibles prórrogas que en aplicación del apartado segundo de este artículo acuerde el órgano de contratación, respetando las condiciones y límites establecidos en las respectivas normas presupuestarias que sean aplicables al ente contratante. Excepcionalmente, en los contratos de suministros y de servicios se podrá establecer un plazo de duración superior al establecido en el párrafo anterior, cuando lo exija el período de recuperación de las inversiones directamente relacionadas con el contrato y estas no sean susceptibles de utilizarse en el resto de la actividad productiva del contratista o su utilización fuera antieconómica, siempre que la amortización de dichas inversiones sea un coste relevante en la prestación del suministro o servicio, circunstancias que deberán ser justificadas en el expediente de contratación con indicación de las inversiones a las que se refiera y de su período de recuperación. El concepto de coste relevante en la prestación del suministro o servicio será objeto de desarrollo reglamentario.

posibles operadores afectados, por lo que podría ser recomendable rebajar el umbral exigido para poder presentar recurso.

La excesiva duración (incluidas las posibles prórrogas) de un encargo presenta importantes efectos sobre la competencia, por cuanto produce un efecto de cierre de mercado que, a diferencia del contrato, no viene precedido de una competencia por aquel.

A tenor de lo expuesto, se realizan estas **recomendaciones**:

Recomendación 16. Acotar la duración de los encargos a la mínima necesaria para su buen resultado.

- La duración del encargo no debe exceder el plazo razonable para cubrir la necesidad inicialmente prevista, debiendo ser objeto de reevaluación periódica si las circunstancias que aconsejaron una duración inicial se han modificado.
- A la hora de establecer la duración del encargo (incluidas prórrogas, en su caso), debe valorarse el hecho de que, a diferencia de los contratos, en los encargos no existe un proceso de concurrencia competitiva, de modo que el posible impacto negativo sobre la competencia de un encargo con duración prolongada es mayor.

4.2.2.6. Justificación del encargo

Como se ha señalado, la realización de un encargo supone privar de los beneficios de la competencia las prestaciones concretas objeto del encargo. Ello puede suponer una pérdida de eficiencia, aunque puede plantear también ventajas para la entidad mandante frente a la contratación pública. El apartado 3 de este documento analiza tales ventajas y costes y la sección 3.1 ofrece orientaciones sobre los elementos a tomar en consideración para ponderarlas.

Más allá de las ventajas y costes de optar por un encargo frente a un contrato, la utilización de los medios propios genera efectos negativos sobre la eficiencia del medio propio y sobre el conjunto del mercado (apartados 3.2 y 3.3), especialmente cuando la utilización de los medios propios resulta recurrente y extendida para satisfacer las necesidades del sector público.

La normativa contiene referencias expresas a la motivación de la eficiencia que se han interpretado por los Tribunales de recursos contractuales como vinculadas al momento de creación de los medios propios (artículo de la 86.2 LRJSP) y no a la atribución de los concretos encargos⁸⁹. Ello deviene en la

⁸⁹ Ver, por ejemplo, Resoluciones del TACRC de 17.12.2018 (rec. 1084/2018), 18.02.2019 (rec. 1369/2018), 7.10.2019 (rec. 814/2019) o 16.06.2022 (rec. 590/2022).

dificultad práctica, ya comentada, de tener que ponderar la necesidad de los encargos (eficiencia, seguridad pública, urgencia) y su proporcionalidad de manera anticipada en el momento de establecer un medio propio (ver apartado 4.1.2) y no obsta a la conveniencia de ponderar tales principios en cada encargo.

Ahora bien, la ausencia de una obligación expresa no exime a los poderes públicos del cumplimiento de los principios generales de buena regulación y administración⁹⁰. Como ya se ha indicado, la utilización de los encargos, frente a la opción recurrir a un contrato público, es potestativa. Por tanto, conforme a los principios de buena regulación y administración (eficiencia en la gestión de los fondos públicos, mínima distorsión competitiva, necesidad y proporcionalidad de las actuaciones que distorsionen la competencia, entre otros), los poderes públicos han de valorar el impacto de su actuación y elegir la forma de aprovisionamiento más beneficiosa desde la óptica del interés general.

Sin embargo, como han señalado los organismos fiscalizadores, en general la atribución de encargos no suele estar justificada de manera adecuada, pues las razones suelen ser genéricas y no se incluyen documentos que las acrediten, recogiendo simplemente el certificado de ausencia de medios o el de la idoneidad del medio propio⁹¹.

En la práctica, los principios de buena administración requieren realizar un examen conceptualmente similar al que debe servir para justificar la creación de un medio propio. En primer lugar, deben valorarse los beneficios y costes de

⁹⁰ Algunas Comunidades Autónomas han regulado la exigencia de la justificación del recurso a cada encargo. Por ejemplo, Informe del Consejo de Cuentas de Castilla y León de 8 de marzo de 2016; Instrucción 11/2018, de 7 de junio de 2018, de la Intervención General de la Junta de Andalucía por la que se aprueba la guía de fiscalización previa de los expedientes de gasto derivados de encargos a medios propios; o la Ley 5/2018, de 22 de noviembre, de régimen jurídico del gobierno, de la administración y del sector público Institucional Comunidad de Cantabria (art. 91.4 b).

⁹¹ Así se ha puesto de manifiesto en el [Informe de la IGAE del artículo 332.11 de la LCSP](#) (2020) Añade que: *“en general el recurso al medio propio no suele estar justificado de manera adecuada, pues las razones suelen ser genéricas y no se incluyen documentos que las acrediten, siendo el más utilizado el certificado de ausencia de medios.”* Igualmente, el TC (Moción nº 1198) el Tribunal concluye que, con carácter general, figuran en los expedientes documentos que formalmente cubren esta exigencia. En este sentido, se alega como justificación del recurso a la encomienda (encargo) la falta de medios para el desarrollo de las actividades encargadas, la celeridad en su formalización y flexibilidad en su ejecución, la incapacidad del mercado para prestar los servicios requeridos, o la mera idoneidad de que los trabajos fueran ejecutados por la entidad encomendataria (medio propio) por su experiencia o especialización. Sin embargo, constató que estas circunstancias o situaciones no eran suficientemente acreditadas en el expediente, a través de los informes o estudios necesarios.

utilizar un encargo como forma de aprovisionamiento, incluyendo tanto las consideraciones económicas como otras motivaciones de interés general. En segundo lugar, deben valorarse cuáles son las alternativas al encargo, y analizarse si son mejores desde la óptica del interés general.

A los efectos de esta valoración, se realizan las siguientes recomendaciones:

Recomendación 17. Analizar si, desde la óptica del interés general, el encargo es preferible a la contratación pública a través de una comparación rigurosa de las ventajas e inconvenientes de ambas alternativas.

- Deben ponderarse adecuadamente las **ventajas e inconvenientes** de utilizar la técnica del encargo o la contratación pública y elegir la opción de aprovisionamiento más ventajosa, teniendo en cuenta, al menos, para cada una de ellas:
 - La previsión de la calidad de las prestaciones que se recibirán y su ajuste a las necesidades del ente público, así como su coste económico estimado.
 - La necesidad de la técnica desde la óptica de las razones imperiosas de interés general que resulten relevantes en cada caso concreto.
 - La disponibilidad de recursos del medio propio y la necesidad de que éste lleve a cabo subcontrataciones para ejecutar las prestaciones.
 - La celeridad y la carga burocrática en la disponibilidad de las prestaciones.
 - La flexibilidad en el diseño de la forma de ejecutar las prestaciones.
 - La capacidad de control de la ejecución de las prestaciones.
 - La necesidad previsible de modificar las prestaciones o la ejecución y los límites bajo cada una de las alternativas.
- Para llevar a cabo esta comparación, es recomendable atender a los siguientes criterios:
 - Identificar las **prestaciones concretas** (obras, bienes o servicios) que serían objeto de los encargos a ejecutar por el medio propio y **catalogarlas** dentro del listado de actividades que se utiliza en contratación pública (CPV), de forma que el objeto del encargo no pueda ser impreciso y permita una mayor comparabilidad⁹².
 - Efectuar una buena previsión de los resultados y costes (calidad-precio) de ambas alternativas, para lo que pueden emplearse datos históricos de encargos y contratos con objeto similar. En este caso, las **muestras** deben ser **suficientemente representativas** y deben evitarse **sesgos** de selección.
 - Para **comparar la calidad** de encargos y contratos previos, esta debe ser trasladable en términos concretos, objetivos y cuantitativos para permitir su

⁹² Puede consultarse a este respecto la [normativa de referencia](#) respecto a las categorías recogidas dentro del CPV (vocabulario común de contratación pública), que en buena parte deriva de la UE.

comparabilidad (por ejemplo, la atención al cliente a través de la gestión de las quejas en un plazo determinado o la disponibilidad de ciertos servicios complementarios).

- El análisis de **razones imperiosas de interés general** que pueden justificar una u otra técnica no debe basarse en la mera invocación de tales razones, sino que debe acreditar que los beneficios esperados derivan de la técnica concreta, es decir, de una relación de causalidad entre una y otra (**adecuación de la técnica a los objetivos**).
- Si se evalúan **objetivos o resultados medioambientales**, se recomienda reducir el elemento subjetivo a través de mecanismos de objetivación, en particular, de la utilización de una taxonomía común (existe una para toda la UE), de forma que se identifique si cada una de las actividades afectadas puede ser calificada como sostenible de conformidad con ciertos requisitos (por ejemplo, nivel de reciclaje; nivel de emisiones; utilización y gestión del agua...) ⁹³.
- Las **razones de urgencia** para utilizar la técnica del encargo no pueden fundamentarse en la **mera conveniencia** de obtener una reducción de plazos, una mayor comodidad en la gestión o una deficiencia estructural de recursos disponibles ⁹⁴. Las razones de urgencia **no pueden alegarse de forma sistemática y recurrente** y, cuando no se deban a hechos imprevistos, deben conducir a **mejoras en la planificación** de las necesidades. Cuando se aleguen motivos de urgencia, el ente público debe concretar en qué medida espera poder acortar los plazos bajo la técnica de encargos y bajo la normativa de contratación pública, teniendo en cuenta la posibilidad de una tramitación anticipada del expediente ⁹⁵, y

⁹³ Reglamento (UE) 2020/852 de 18 de junio de 2020, OJ L 198, 22.6.2020. En este sentido cabe recordar que la taxonomía de la UE define los criterios para determinar si una actividad es “verde” en el sentido en que lo entiende la Comisión Europea, es decir, de forma que esté alineada con la estrategia y las políticas de la UE en materia de descarbonización y sostenibilidad. Se trata de prevenir el “Greenwashing”, es decir, que empresas, fondos de inversión, etc., se llamen a sí mismos “verdes” sin serlos. Además, la taxonomía va a ser una herramienta que se va a utilizar en las finanzas sostenibles, considerando los objetivos de la Comisión Europea de promover la canalización de fondos públicos y privados hacia inversiones y actividades que contribuyan a los objetivos de sostenibilidad.

⁹⁴ Este tipo de justificaciones han sido advertidas por la IGAE en el informe ya citado: “Teniendo en cuenta que en un porcentaje significativo de los EMP se ha alegado la insuficiencia de medios personales en más de un 79%, además de haberse puesto de manifiesto el encadenamiento de EMP, no parece que el uso del MP como entidad especializada tenga la virtualidad necesaria, por lo que convendría un análisis global de los recursos humanos de la Administración del Estado con el objeto de adoptar las decisiones que procedan respecto a su ordenación o flexibilización para evitar continuar con EMP que pretenden suplir las insuficiencias de personal no especializado de los organismos públicos, llegando incluso a ejercer potestades administrativas en un 3 % de los casos analizados.”

⁹⁵ La LCSP permite que el expediente pueda sujetarse al procedimiento de urgencia y, excepcionalmente, al de emergencia o, en su caso, al procedimiento negociado sin publicidad por razones de urgencia.

debe acreditar que **el ahorro previsto de plazos es fundamental** desde la óptica de razones imperiosas de interés general. Además, en estos casos, el contenido del encargo debería circunscribirse a las **actuaciones cuya inminencia resulta imprescindible**, sometiendo el resto de las actuaciones vinculadas al proceso ordinario de aprovisionamiento a través de procedimientos de concurrencia competitiva.

- Para determinar **el coste previsible** de cada una de las alternativas, pueden utilizarse datos históricos. En el caso de los encargos, el presupuesto público que financia el encargo es representativo de su coste real inicial. En el caso de los contratos, debe computarse el valor de adjudicación. Dependiendo de los casos, puede ser relevante tener en cuenta las modificaciones sobrevenidas.
- Finalmente, es recomendable que los entes públicos dispongan de **directrices o protocolos internos** respecto a la justificación de los encargos (ver ejemplo de la CNMC en el cuadro 12).

Cuadro 10. Falta de justificación del encargo por razones de urgencia.

[Resolución del Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de Castilla y León, en su Resolución de 22 de mayo de 2019 \(61/2019\)](#)

A la hora de analizar la urgencia para la ejecución de unas obras de urbanización como justificación del encargo a TRAGSA, el Tribunal señala que: *“los estatutos sociales restringen a dos los supuestos en los que puede invocar la urgencia para realizar encargos a TRAGSA en relación con cualquier tipo de obra o servicio: licitaciones desiertas y resolución contractual por incumplimiento del contratista. Fuera de dichos casos, no podrá justificarse el encargo en tal motivo. Sobre la base de lo anterior, y frente a lo alegado por TRAGSA, ha de concluirse que no concurre el segundo de los supuestos que podría justificar el encargo por motivos de urgencia. Y ello porque la resolución del contrato de obras anterior se acordó a instancia del contratista (...) Sin perjuicio de lo anterior, la mera reducción del plazo de tramitación no puede justificar, por sí solo, la urgencia para acudir al encargo, ya que podría haberse acudido, en su caso, a la tramitación de urgencia prevista en el artículo 119 de la LCSP, y además tampoco constan en el expediente los motivos que justifiquen la urgencia en el reinicio y ejecución de las obras.”*

[Resolución del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales 18 de febrero de 2019 \(120/2019\)](#)

El Tribunal estimó recurso contra el encargo realizado por Consejería de la Comunidad Valenciana, a favor de la TRAGSA para la “Redacción de proyecto y ejecución de las obras de adecuación funcional del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana”.

Uno de los motivos alegados fue la falta de justificación del encargo y la falta de adecuación del encargo con el objeto social de TRAGSA. La Administración y el medio propio defienden la concurrencia de razones de seguridad pública, de urgencia y la circunstancia de que haya quedado desierta la anterior licitación pública.

El Tribunal reconoce que la figura del encargo al medio propio se configura como una excepción a la contratación pública, que debe ser objeto de interpretación restrictiva, lo que conlleva la necesidad de justificar la carencia de medios técnicos idóneos y la mayor idoneidad del encargo (sea por razones de seguridad pública o de urgencia o de eficiencia frente a la licitación pública y criterios de rentabilidad económica).

El Tribunal sostiene que las deficiencias en el edificio que alberga la sede de TSJ de Valencia no refleja una situación real y objetiva de urgencia, que no se pueda atender acudiendo a una licitación pública, ya sea por el procedimiento de urgencia o de emergencia; o por el procedimiento negociado sin publicidad por razones de urgencia, concluyendo que, en todo caso: *“el recurso al encargo a medio propio debería, en su caso, circunscribirse a la ejecución de las actuaciones imprescindibles para evitar daños derivados de riesgos inminentes, sometiendo la contratación del resto de actuaciones, en la medida de lo posible, y en aras de los principios de publicidad y concurrencia, a licitación pública”*.

En consecuencia, el Tribunal estimó parcialmente el recurso, en parte, por la falta de justificación suficiente de los concretos supuestos en los que se fundamenta el encargo conferido.

Fuente: elaboración propia.

Cuadro 11. Protocolo de la CNMC de tramitación de encargos a medios propios

Se regulan internamente los trámites a llevar a cabo para la incoación, tramitación, formalización, ejecución, pago y recepción de los encargos a medios propios personalizados. Se identifican distintas fases: **planificación, preparatoria, tramitación del expediente del encargo, ejecución y recepción/ conformidad y liquidación del encargo**.

- En la fase de planificación, se consideran los encargos y los convenios, además de los contratos, sujetos a planificación del artículo 28.4 de la LCSP.
- En la fase preparatoria se contemplan una serie de trámites tendentes a motivar debidamente el uso del encargo. Destaca la realización de un estudio de mercado con el objeto de determinar que la opción del encargo genera eficiencias respecto de las licitaciones públicas. De tal manera, la unidad proponente deberá constatar: (i) que el encargo resulta una opción más eficaz y eficiente que la formalización de un contrato de servicios; (ii) si hubiera distintos medios propios disponibles para realizar la prestación (si las actividades a encargar formen parte de su objeto social y que dispongan de recursos materiales y humanos para llevarlas a cabo), análisis comparativo del más económico (comparativa de tarifas); (iii) que con su formalización pueda presumirse de forma razonada que no va a producir potenciales efectos negativos en la estructura del/los mercado/s a cuyo ámbito corresponden las prestaciones que constituyen su objeto.
- Igualmente, deberá dejarse constancia documental del resultado de los trabajos que constituyen su objeto. El acto de recepción tendrá como objeto verificar la efectiva realización del objeto del encargo y su adecuación a los requisitos y características señaladas en la resolución por la que se formalizó, así como dar por recibido el encargo. En el acta deberán constar las observaciones oportunas. Si se advirtiesen deficiencias en la prestación, se harán constar en el acta, indicándose que no se da por recibido el encargo. Se otorgará un plazo para que el medio propio subsane las deficiencias identificadas.

Fuente: elaboración propia.

4.3. La revisión de la condición de medio propio

Si relevante es que los medios propios cumplan con los requisitos formales y sustanciales a la hora de su creación, parece igualmente razonable que estos requisitos se cumplan a lo largo de toda su vida y que, en caso de que se hayan producido modificaciones en los mismos, se adopten las medidas pertinentes para revisar la permanencia de la calificación de la entidad como medio propio.

En este sentido, el Tribunal Supremo, en sentencia de 20 de septiembre de 2018 (RJ 2018\4409), declaró que el control de la existencia de los medios propios debe ejercerse no sólo en el momento de declaración del medio propio como tal, sino durante el ejercicio posterior del control permanente, es decir, del control de eficacia y supervisión continua, previsto por el artículo 86 de la LRJSP.

Cabe recordar que, de acuerdo con el artículo 81.2 de la LRJSP: *“Todas las Administraciones Públicas deberán establecer un sistema de supervisión continua de sus entidades dependientes, con el objeto de comprobar la subsistencia de los motivos que justificaron su creación y su sostenibilidad financiera, y que deberá incluir la formulación expresa de propuestas de mantenimiento, transformación o extinción”*.

En desarrollo de lo anterior, el artículo 85 de la LRSJP precisa que las entidades integrantes del sector público institucional estatal estarán sometidas al **control de eficacia y supervisión continua**⁹⁶.

El control de eficacia (ejercido por el Departamento al que estén adscritos los propios entes, a través de las inspecciones de servicios) tendrá por objeto evaluar el cumplimiento de los objetivos propios de la actividad específica de la entidad y la adecuada utilización de los recursos, de acuerdo con lo establecido en su plan de actuación y sus actualizaciones anuales, sin perjuicio del control que, de acuerdo con la Ley 47/2003, de 26 de noviembre, se ejerza por la Intervención General de la Administración del Estado.

⁹⁶ Para ello, todas las entidades integrantes del sector público institucional estatal contarán, en el momento de su creación, con un plan de actuación, que contendrá las líneas estratégicas en torno a las cuales se desenvolverá la actividad de la entidad, que se revisarán cada tres años, y que se completará con planes anuales que desarrollarán el de creación para el ejercicio siguiente.

La supervisión continua (ejercida por la IGAE) vigilará la concurrencia de los requisitos previstos en la LRJSP. En particular verificará, al menos, lo siguiente: a) la subsistencia de las circunstancias que justificaron su creación; b) su sostenibilidad financiera; y c) la concurrencia de la causa de disolución prevista en esta ley referida al incumplimiento de los fines que justificaron su creación o que su subsistencia no resulte el medio más idóneo para lograrlos.

Una reciente reforma normativa ha empeorado el sistema de verificación y control de los medios propios al menos en dos aspectos. Por un lado, ha derogado la consecuencia, prevista en el antiguo apartado 5 del artículo 32 de la LCSP, de pérdida *sobrevenida* de la condición de medio propio debido al incumplimiento de los requisitos establecidos. Por otro lado, la modificación formulada sobre el artículo 86.3 de la LRSJP limita el informe de la IGAE a los medios propios de *nueva* creación (de acuerdo con la regulación anterior, la IGAE debía informar también sobre los medios propios ya existentes).

Recomendación 18. Control continuo de la condición de medio propio.

- De acuerdo con los principios de buena administración, tanto los medios propios como las entidades públicas que los controlan deben evaluar de forma continua si se mantienen las razones de interés general que condujeron a la creación del medio propio o si, por el contrario, es necesario adecuar el objeto social o los recursos con los que cuenta el medio propio o, en el extremo, cesar en tal condición⁹⁷.

⁹⁷ De hecho, el artículo 85 de la LRJSP recoge expresamente: “La concurrencia de la causa de disolución prevista en esta ley referida al incumplimiento de los fines que justificaron su creación o que su subsistencia no resulte el medio más idóneo para lograrlos”.

5. RECOMENDACIONES SOBRE LOS CONVENIOS

El convenio es un acto formal en el cual se plasma la concurrencia de voluntades entre dos o más partes, las cuales, desde una posición de igualdad, deciden colaborar en la **consecución de fines de interés común**. En un sentido más técnico-jurídico, de acuerdo con el artículo 47 de la LRJSP, los convenios son *“acuerdos con efectos jurídicos adoptados por las Administraciones Públicas, los organismos públicos y entidades de derecho público vinculados o dependientes o las Universidades públicas entre sí o con sujetos de derecho privado para un fin común”*.

Cabe recordar que las relaciones entre entidades públicas están sometidas a una serie de principios, entre otros, los de colaboración (actuar con el resto de las Administraciones Públicas para el logro de fines comunes), cooperación (asumir compromisos específicos en aras de una acción común) y eficiencia en la gestión de los recursos públicos (compartir el uso de recursos comunes, salvo que no resulte posible o se justifique en términos de su mejor aprovechamiento)⁹⁸.

Desde una óptica subjetiva, cabe diferenciar dos tipos de convenios: los existentes entre entidades pertenecientes al sector público y los convenios de entidades del sector público con personas físicas o jurídicas sujetas al derecho privado⁹⁹.

A diferencia de los encargos a medios propios, que comparten un objeto similar al de las prestaciones de la contratación pública, los convenios presentan un objeto diferente: el logro de fines comunes. Los convenios se excluyen de la normativa de contratos del sector público y no están sujetos a los principios propios de esta.

El riesgo de afectación a la competencia se produce cuando se pervierte la exigencia de una cooperación entre dos entidades. Es decir, cuando una relación estrictamente contractual se enmascara detrás de un convenio para sortear los principios inspiradores de la normativa de contratación pública.

Adicionalmente, si las compensaciones económicas contempladas no estuvieran bien fijadas y beneficiaran económicamente a una de las partes, podría haber un

⁹⁸ Artículo 140 de la LRJSP.

⁹⁹ La referencia a personas sujetas al derecho privado puede introducir un elemento de inseguridad por cuanto también encajan dentro de esta categoría las sociedades mercantiles públicas.

problema de ayudas de Estado, teniendo en cuenta la normativa establecida por la UE a este respecto. De igual modo, cabe señalar que, de producirse situaciones de mala praxis en la utilización de convenios, sobre todo cuando se realiza con operadores privados, podría tener como resultado la atribución de ventajas o el refuerzo de la posición en el mercado de los operadores participantes en el convenio o el debilitamiento de la competencia entre operadores.

Cuadro 12. Utilización incorrecta de convenios

[Informe anual de ayudas públicas 2010](#) (CNC)

En el año 2010, la autoridad de competencia española analizó las actuaciones desarrolladas entre entidades públicas, por un lado, y compañías aéreas, por otro, destinadas a incrementar la afluencia de viajeros a determinados aeropuertos españoles. Estas actuaciones se formalizaban generalmente a través de convenios de colaboración entre las partes, o bien de contratos de servicios. En ambos casos, el objeto de las actuaciones era la prestación de servicios de promoción publicitaria.

El informe señaló que, si las actuaciones proyectadas consistían en la prestación de servicios de tipo oneroso, tal relación jurídica debe formalizarse mediante el correspondiente contrato. En el caso de que se siguiera la vía del convenio de colaboración, ambas partes deben realizar una aportación económica equitativa, limitándose la posibilidad de que la totalidad de la aportación económica por parte de las aerolíneas se realice a través de medios propios (página web, revista de abordaje, venta de billetes de avión para eventos promocionales...).

Por último, sin perjuicio de otras cuestiones igualmente de interés (evaluación ex post de las medidas implementadas desde el punto de vista de su eficacia y eficiencia), el informe remarcó que estas actuaciones pueden ser susceptibles de ser consideradas ayudas de Estado.

Fuente: elaboración propia.

Resulta esencial, por ello, analizar el contenido de los convenios y verificar que no esté comprendido en el ámbito objetivo de la normativa de contratación pública o en el de otras normas administrativas especiales¹⁰⁰. Será el contenido preciso y concreto de la actividad o prestación incluida en el convenio, teniendo en cuenta todos sus elementos definitorios, la que determine su régimen jurídico, independientemente por tanto de su denominación formal¹⁰¹. En ausencia de una

¹⁰⁰ Artículo 12.4 de la Directiva 2014/24 y artículos 6.1 y 2 de la LCSP.

¹⁰¹ Por ejemplo, en la [Resolución del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales de 14 de noviembre de 2014, recurso nº 807/2014](#) se analiza un convenio de colaboración firmado entre el Ayuntamiento de Ibiza y la Asociación de Taxistas Autónomos de 24 de septiembre de 2014, para la prestación de servicio de gestión mediante tecnología de

verdadera cooperación (cuando, por ejemplo, existe una asignación unilateral de tareas de una entidad pública a otra), un convenio de colaboración tendrá naturaleza contractual y, en consecuencia, deberá someterse a las normas de contratación del sector público.

Para minimizar este riesgo, la normativa actualmente vigente exige, sobre todo para los convenios entre entidades públicas, el cumplimiento de una serie de requisitos:

En primer lugar, de acuerdo con la normativa de régimen jurídico del sector público, *“la suscripción de convenios deberá mejorar la eficiencia de la gestión pública, facilitar la utilización conjunta de medios y servicios públicos, contribuir a la realización de actividades de utilidad pública y cumplir con la legislación de estabilidad presupuestaria y sostenibilidad financiera. [...] Los convenios que incluyan compromisos financieros deberán ser financieramente sostenibles, debiendo quienes los suscriban tener capacidad para financiar los asumidos durante la vigencia del convenio”*¹⁰².

Cabe remitirse a este respecto a lo ya señalado a lo largo de este informe respecto a la sostenibilidad financiera. Igualmente, debe confirmarse que no existe beneficio económico, elemento clave de los contratos¹⁰³. Por tanto, de existir algún tipo de régimen de compensación económica entre las partes, este debe estar sustentando sobre el coste real de la prestación de aquella,

posicionamiento por satélite de la flota de servicio de transporte en Ibiza. Concluye, una vez analizada la causa del negocio, los elementos y sus obligaciones, su forma y su fondo, que se trata de un auténtico convenio de colaboración entre una Administración local y una persona jurídico-privada *“no existe una contraposición de intereses, sino al contrario, la búsqueda de un espacio de colaboración que redunde en beneficio del interés público, los intereses de las partes son públicos y las prestaciones son conmutativas, es decir, equivalentes”*. Por otro lado, la denominación que otorguen las partes al convenio es irrelevante a la hora de decidir si realmente se trata de un convenio de colaboración o de un contrato, debiendo estar a la naturaleza real y objetiva de lo convenido (STS de 18 de febrero de 2004).

¹⁰² Artículo 48.3 de la LRJSP.

¹⁰³ La Jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la UE ha perfilado las diferencias entre los convenios y los contratos, por ejemplo, entre otras, en las Sentencias de 18 de enero de 2007, asuntos C-220/2005, Jean Auroux y otros contra Commune de Roanne; de 19 de diciembre de 2012, C-159/201, Azienda Sanitaria Locale di Lecce; de 28 mayo 2020, Asunto C-796/18, ISE-Colonia. Interesa también la STJUE de 18 de diciembre de 2007, por la que se condena al Reino de España (asunto C-220/06, *Asociación Profesional de Empresas de Reparto y Manipulado de Correspondencia*) al considerar contrario a derecho los convenios suscritos por el Estado con la Sociedad estatal Correos por entender que existe un auténtico contrato y que no ha existido licitación pública.

excluyéndose el margen de beneficio mercantil propio de la operativa de mercado¹⁰⁴. Además, se impone una obligación de motivación a través de una memoria justificativa, donde se analicen, entre otros aspectos, su necesidad y oportunidad, el impacto económico y el carácter no contractual de la actividad en cuestión, así como medidas de publicidad y de control¹⁰⁵.

En segundo lugar, de acuerdo con la normativa de contratación pública, *“quedan excluidos del ámbito de la presente Ley los convenios, cuyo contenido no esté comprendido en el de los contratos regulados en esta Ley o en normas administrativas especiales celebrados entre sí por la Administración General del Estado, las Entidades Gestoras y los Servicios Comunes de la Seguridad Social, las Universidades Públicas, las Comunidades Autónomas y las Ciudades Autónomas de Ceuta y Melilla, las Entidades locales, las entidades con personalidad jurídico pública de ellas dependientes y las entidades con personalidad jurídico privada, siempre que, en este último caso, tengan la condición de poder adjudicador”*¹⁰⁶.

Para que esta exclusión se produzca, deben cumplirse estas tres condiciones:

- a) que las entidades intervinientes no tengan vocación de mercado, la cual se presumirá cuando realicen en el mercado abierto un porcentaje igual o superior al 20 por ciento de las actividades objeto de colaboración¹⁰⁷.

¹⁰⁴ La referida STJUE de 11 de diciembre de 2014, asunto C-113/13, Azienda sanitaria locale.

¹⁰⁵ La LRJSP obliga a inscribir los convenios firmados por la Administración General del Estado en el Registro Electrónico estatal de Órganos e Instrumentos de Cooperación del sector público estatal, y a publicarlos en el Boletín Oficial del Estado. Además, dentro de los tres meses siguientes a la suscripción de cualquier convenio cuyos compromisos económicos asumidos superen los 600.000 euros, estos deberán remitirse electrónicamente al Tribunal de Cuentas u órgano externo de fiscalización de la Comunidad Autónoma, según corresponda. Además, la Ley 19/2013 obliga a publicar la relación de los convenios suscritos, con mención de las partes firmantes, su objeto, plazo de duración, modificaciones realizadas, obligados a la realización de las prestaciones y, en su caso, las obligaciones económicas convenidas.

¹⁰⁶ Artículo 6 y 31.1 de la LCSP.

¹⁰⁷ Añade el artículo 6 de la LCSP que: *“Para el cálculo de dicho porcentaje se tomará en consideración el promedio del volumen de negocios total u otro indicador alternativo de actividad apropiado, como los gastos soportados considerados en relación con la prestación que constituya el objeto del convenio en los tres ejercicios anteriores a la adjudicación del contrato. Cuando, debido a la fecha de creación o de inicio de actividad o a la reorganización de las actividades, el volumen de negocios u otro indicador alternativo de actividad apropiado, como los gastos, no estuvieran disponibles respecto de los tres ejercicios anteriores o hubieran perdido su vigencia, será suficiente con demostrar que el cálculo del nivel de actividad se corresponde con la realidad, en especial, mediante proyecciones de negocio”*.

- b) Que el convenio establezca o desarrolle una cooperación entre las entidades participantes con la finalidad de garantizar que los servicios públicos que les incumben se prestan de modo que se logren los objetivos que tienen en común¹⁰⁸.
- c) Que el desarrollo de la cooperación se guíe únicamente por consideraciones relacionadas con el interés público¹⁰⁹.

De igual forma, la normativa referida indica que *“estarán también excluidos del ámbito de la presente Ley los convenios que celebren las entidades del sector público con personas físicas o jurídicas sujetas al derecho privado, siempre que su contenido no esté comprendido en el de los contratos regulados en esta Ley o en normas administrativas especiales”*.

En este caso, la delimitación entre la figura del contrato y la del convenio puede resultar más difusa. En consecuencia, deben tomarse mayores cautelas, de forma que se pueda confirmar que existe una verdadera conjunción de esfuerzos para la consecución de fines de interés general que interesan tanto al particular como a la entidad pública correspondiente.

¹⁰⁸ Por ejemplo, podría ser la concurrencia de un reparto de responsabilidades o que la actuación de una de las partes constituya un “complemento específico” de las funciones de interés público de la otra parte (conclusiones del Abogado General, de fecha 23 de enero de 2014, en el asunto C-15/13, Datenlotsen Informations systeme GMBH / Technische Universität Hamburg-Harburg) o incluso “servicios complementarios” (Considerando 33 de la Directiva 2014/24 UE).

¹⁰⁹ Sobre la delimitación entre la cooperación real a través de los convenios y los contratos públicos, véanse, entre otras, las STJUE de 9 de junio de 2009, C-480/06, Comisión contra Alemania (Hamburgo); de 13 de junio de 2013, C-386/11, Piepenbrock.; y de 4 de junio de 2020, C-429/16, Remondis II. También, **Documento de Trabajo de la Comisión Europea relativo a la aplicación de la normativa de la contratación pública de la UE** (SEC (2011) 1169, de 4 de octubre de 2011): *“Una lectura general de la jurisprudencia indica también que el acuerdo tiene que revestir el carácter de una cooperación real, frente a un contrato público normal en el que una de las partes realiza una cierta tarea a cambio de una retribución. Si un poder adjudicador asigna unilateralmente una tarea a otro, ello no puede considerarse cooperación. Ejemplo: el suministro de electricidad a los edificios administrativos de una ciudad por una empresa de servicio público de otra ciudad sin procedimiento de contratación previo. La cooperación se rige por consideraciones relativas a la persecución de objetivos de interés público. Por consiguiente, puede comportar derechos y obligaciones recíprocas, pero no transferencias financieras entre las partes públicas cooperantes, salvo el reembolso de los costes reales de las obras, servicios o suministros. La prestación de servicios a cambio de retribución es una característica de los contratos públicos sujetos a las normas sobre contratación pública de la UE.”*

Cuadro 13. Utilización incorrecta de convenios

INFORME CNMC [PRO/CNMC/002/19 SOBRE LAS LICITACIONES PÚBLICAS DE TRANSPORTE DE PASAJEROS EN VEHÍCULOS DE TURISMO EN LOS ÁMBITOS ESCOLAR, LABORAL Y SANITARIO](#) (9 de enero de 2020).

Se analizó un convenio de colaboración firmado el 9 de abril de 2008 entre la Consejería de Sanidad de la Comunidad Autónoma de Madrid y la Federación Profesional del Taxi de Madrid para la realización del transporte como complemento a los medios de transporte sanitario, acuerdo que se prorrogaba año a año, y en el que solo un tipo de vehículo (taxi) podía prestar el servicio.

La CNMC recordó que los convenios que celebran las entidades del sector público con personas físicas o jurídicas sujetas al derecho privado deben presentar un carácter excepcional. Consideró discutible que el ámbito objetivo del convenio en cuestión no estuviera comprendido en las materias propias de contratación pública, como de hecho sucedía en otras Comunidades Autónomas.

Adicionalmente, se advirtió que la propia existencia de esta vía del convenio, sin posibilidad de concurrencia, es ya de por sí, en esencia, restrictiva. Refuerza la ventaja competitiva de un determinado perfil de operadores sin que se hayan probado las razones de interés general que supuestamente podían justificarlo. Por ello se recomendó su conversión en alguna de las modalidades contractuales sujetas a competencia efectiva.

Fuente: elaboración propia.

En definitiva, resulta de capital importancia que se verifique el estricto cumplimiento de los requisitos expuestos para evitar un uso fraudulento de la figura del convenio a través de la inaplicación de la normativa de contratación pública. En cualquier caso, en cuanto también se trata de una decisión que limitaría el acceso de operadores al mercado, la decisión que se adopte debe respetar al doble test de evaluación que se ha descrito ya para los medios propios.

Es decir, cabe esperar que no solo se cumpla con los requisitos reseñados (algunos de los cuales ya recogen referencias a estos principios) sino que igualmente la decisión que se adopte respete adecuadamente los principios de buena regulación (necesidad, proporcionalidad, eficiencia, no discriminación, entre otros...).

Cuadro 14. Utilización incorrecta de convenios

[Informe sobre determinados negocios jurídicos suscritos entre el Ayuntamiento de Bilbao y la Fundación Metrópoli](#). Autoridad Vasca de la Competencia (2017).

La Autoridad Vasca de la Competencia (AVC) recibió una solicitud para analizar, desde la perspectiva de su afectación a la competencia, los convenios suscritos por distintas entidades públicas: el Ayuntamiento de Bilbao y PROMOBISA (sociedad de promoción y desarrollo de

Bilbao, SA de capital municipal) con la Fundación Metrópoli en relación con diversos proyectos de remodelación de la ciudad.

Se acreditó que PROMOBISA adjudicó a la Fundación la realización del diagnóstico estratégico del proyecto ciudad de Bilbao por 300.000 euros bajo la calificación de convenio. Sin embargo, el contenido del negocio jurídico era contractual. Por otro lado, también se concluyó que no estaba justificada la elección de la figura del convenio para otro negocio jurídico entre ambas partes – cuyo objeto era el impulso del posicionamiento internacional de la ciudad, que incluía una donación (162.000 euros) – al concurrir las características de onerosidad propias de un negocio contractual.

En definitiva, se concluye que los supuestos analizados en los que se ha optado por acudir a distintas vías alternativas a la contratación para obtener contraprestaciones propias de un contrato han supuesto una limitación de la competencia y una ventaja para la Fundación a la que no se encuentra justificación.

Fuente: elaboración propia.

Finalmente, cabe hacer referencia a los supuestos en los que entidades del sector público recurren a *“fórmulas mixtas”*, esto es, una combinación de cooperación horizontal y vertical. Estas fórmulas son muy habituales en la gestión directa de servicios públicos de ámbito local: a través de la celebración de un convenio entre, por ejemplo, dos administraciones territoriales, por el cual el medio propio de una se convierte en medio propio de la otra a fin de que éste le gestione un servicio público (por ejemplo, el de abastecimiento de agua potable).

Se admite expresamente que la adjudicación “in house” se produzca en el marco de un convenio de colaboración o cooperación horizontal. De hecho, se indica que el requisito del “control análogo” puede manifestarse por diferentes medios, de manera que, a pesar de que el municipio no posea participación alguna en el capital de la entidad “in house”, debe tener la posibilidad de ejercer una influencia determinante, tanto sobre los objetivos estratégicos, como sobre las decisiones importantes del adjudicatario y, por tanto, un control efectivo, estructural y funcional sobre éste¹¹⁰.

Este tipo de combinaciones deben analizarse incluso con mayor cautela. Deberá verificarse tanto que el convenio en cuestión no tenga una naturaleza objetivamente contractual y cumple con el resto de condicionantes referidos,

¹¹⁰ Puede verse a este respecto la STJUE de 18 de junio de 2020 Porin Kaupunki, C-328/19.

como que se reúnen las condiciones para la realización de encargos al medio propio en cuestión¹¹¹.

De acuerdo con las consideraciones realizadas, se realizan estas **recomendaciones**:

Recomendación 19. Evitar la utilización de convenios cuando no sean necesarios o existan formas más adecuadas para intervenir desde la óptica del interés general.

- Someter los convenios a las exigencias de planificación (junto con el resto de las fórmulas de aprovisionamiento), en línea con las recomendaciones de la Guía de la CNMC sobre la planificación del aprovisionamiento público.
- Resolver la asimetría regulatoria existente entre los dos tipos de convenios contemplados, de forma que los requisitos que sean aplicables a ambos se identifiquen de forma expresa y clara.
- Introducir una mayor precisión en alguno de los conceptos utilizados, como las consideraciones relacionadas con el interés público. Una posibilidad sería utilizar la referencia a las razones imperiosas de interés general comprendidas en el artículo 3.11 de la Ley 17/2009, de 23 de noviembre, sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio.
- Dar publicidad al ejercicio de motivación que fundamentaría la utilización del convenio, de forma que se condicionara la eficacia del mismo a la publicación de la memoria justificativa.
- Reforzar la fundamentación de la memoria justificativa que debe acompañar a cada convenio, de forma que adicionalmente a los elementos que deben ser valorados, se acredite que el objetivo de interés general perseguido con el mismo no podía ser conseguido de manera más eficaz tras un procedimiento de concurrencia competitiva propio de un sistema de contratación pública.
- Introducir una preferencia por la utilización de procedimientos de concurrencia competitiva en, al menos, dos situaciones: (i) en aquellos supuestos fronterizos en que podría utilizarse la vía contractual, alterando las prestaciones objeto del mismo, pero no el objetivo de interés general perseguido; (ii) en aquellos supuestos en los que, a pesar de utilizarse la vía del convenio, el objeto del mismo pueda ser realizado con una pluralidad de operadores, en especial si son personas de derecho privado.

¹¹¹ Por ejemplo, véanse: [Informe sobre el caso de Vidreres, de 22 de marzo de 2017](#) o [Informe sobre caso Santa Maria d'Oló, de 26 de marzo de 2015](#). Son elaborados por la Autoridad catalana de la competencia (ACCO) respecto al servicio público de abastecimiento domiciliario de agua potable sobre la base del artículo 97.2 RDL 781/1986, de 18 de abril, por el que se aprueba el Texto Refundido de las disposiciones legales vigentes en materia de régimen local. Para una aproximación a la afectación a los entes locales, ver Colomé, A. y Grau, S.: "Remunicipalización de servicios locales y competencia". Cuadernos de Derecho Local QDL43, Fundación democracia y gobierno local. ISSN: 1696-0955 (2017).

6. CONCLUSIONES

Siempre que se cumplan los requisitos referidos, las relaciones de cooperación entre entidades públicas (convenios y encargos a medios propios) constituyen una alternativa a la contratación para la satisfacción de las necesidades del sector público.

Los convenios y los encargos a medios propios pueden ofrecer determinadas ventajas respecto a los contratos públicos, por ejemplo, en términos de agilidad, predictibilidad, flexibilidad y control sobre la ejecución de las prestaciones. Gran parte de estas ventajas derivan de los mayores costes temporales y procedimentales de utilizar la contratación pública. Aunque este documento no aborda estas dificultades, la CNMC prevé analizar la operativa de los contratos públicos en las siguientes fases del proceso de actualización de la Guía sobre contratación pública y competencia.

Al mismo tiempo, la utilización de estas alternativas puede conducir a una menor eficiencia en las prestaciones al sector público y a una reducción de la competencia en los mercados.

Por ello, la libertad de uso de estas alternativas está sujeta a ciertos requisitos y exigencias. Por un lado, requisitos materiales y formales para excluir a determinados negocios jurídicos de las reglas de la contratación pública. Por otro, el necesario ajuste a los principios de buena regulación y administración.

La presente guía pretende ofrecer unas pautas a los poderes públicos para que la utilización de estas herramientas entrañe menores riesgos para la eficiencia y la competencia.

Esta Guía será objeto de notificación al Ministerio de Hacienda y Función Pública, al Ministerio de Asuntos Económicos y Transformación Digital, al Tribunal de Cuentas, a la Intervención General de la Administración del Estado, a la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado y a la Oficina Independiente de Regulación y Supervisión de la Contratación. Adicionalmente, será objeto de publicación en la [página web](#) de la CNMC¹¹².

¹¹² La CNMC dispone de una sección dedicada a contratación pública donde pueden encontrarse todos los recursos sobre esta materia (guías, estudios, informes sobre proyectos normativos, informes sobre pliegos de licitaciones, e impugnaciones) en el siguiente enlace: <https://www.cnmc.es/ambitos-de-actuacion/promocion-de-la-competencia/contratacion-publica>.