

CONSULTA CNMC sobre encargos medios propios. Junio 2021

José María Gimeno Feliu. Catedrático de Derecho administrativo.
Universidad de Zaragoza

PREVIO. CONTEXTO

La LCSP de 2017 da una nueva y novedosa regulación tanto de **la cooperación vertical como de la horizontal** (los medios propios y convenios). La LCSP opta por utilizar las categorías y conceptos comunitarios europeos, con el fin de favorecer la predictibilidad. Así, en relación a la técnica de cooperación vertical mediante medios propios (art. 32 LCSP), no se habla de encomiendas sino de encargos.

Esta regulación es continuista con la ya existente en la legislación anterior (art. 4.1 n y 24.4 Real Decreto Legislativo 3/2011) por lo que, en su interpretación, los criterios no han cambiado. Lo que exige tener en cuenta el derecho europeo, sin que interpretaciones formales a escala nacional puedan desplazar la correcta interpretación y ámbito de aplicación de esta técnica¹.

Técnica que no puede confundirse (ni mezclarse) con la posibilidad constitucional de iniciativa pública económica (ex artículo 128 y 38 de nuestra Constitución) que, por supuesto, deberá respetarse los principios de derecho de la competencia.

Por último, los fondos europeos *next generation*, aprobado recientemente para España, deben tener por principal objetivo mejorar la competitividad del sector empresarial español, por lo que el recurso a los medios propios debe limitarse a ser “la última solución”.

PRIMERO. LOS ENCARGOS A MEDIOS PROPIOS Y EL DERECHO EUROPEO

¹ Criterio ya aplicado por el Tribunal de Contratos Públicos de Aragón en su acuerdo 75/2017, de 4 de julio, donde se aplica la jurisprudencia del TJUE sobre cooperación vertical y cooperación horizontal, para poder decidir la anulación de una “remunicipalización” incorrectamente instrumentada bajo la justificación de encomienda de gestión a medios propios. Criterio aplicado por el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña en la sentencia 1774/2021, que reitera su criterio fijado en la sentencia de 21 de septiembre de 2020 en relación a los requisitos exigibles para una correcta articulación de las fórmulas de cooperación horizontal y vertical recordando el carácter excepcional de la técnica de los encargos a medios propios y de la exigencia de comprobar que se cumplen los requisitos para que puedan ser considerados correctos.

En el caso analizado reitera que el medio propio de un consorcio para gestión de aguas al que se adhiere un ayuntamiento no cumple con las exigencias legales: "En este caso, la contratación "in house" se presenta con vocación de mercado, y no cumple los requisitos de control análogo y actividad necesarios para ser considerada medio propio, tal como se establece en el art. 24.6 del TRLCSP. La transferencia de competencias entre autoridades públicas está excluida de la Directiva de contratos, siempre y cuando esa transferencia voluntaria de competencias tenga su origen en la Ley, pero en este caso no se ajusta a los requisitos exigidos en el art. 26.2 de la LRBRL, ni a los del art. 269 TRLMRLC en cuanto a la naturaleza asociativa de los Consorcios, desbordando el marco provincial que establece el citado art. 26.2, declarado constitucional en este extremo por la STC 111/2016, de 9 de junio de 2016. Tampoco se cumplen los requisitos de cooperación vertical, pues el municipio carece de control e influencia sobre la entidad "in house", quien realiza lo esencial de su actividad solo con algunos de los entes territoriales consorciados, los de menor dimensión sin empresas municipales"

La Directiva 2014/24, en relación a la técnica auto-organizativa de *in house providing* viene a positivizar la doctrina del Tribunal de Justicia, recogiendo en el apartado 1 del artículo 12 (relaciones entre poderes públicos) los requisitos de la sentencia del TJUE de 18 de noviembre de 1999, *Teckal* (en especial, los considerandos 5, 31 y 34 de la Directiva recuerdan el carácter excepcional de esta opción). Esta técnica auto-organizativa justifica la no aplicación de la normativa contractual al existir una relación jurídico-administrativa cuando concurren unos requisitos:

«1.- Un contrato adjudicado por un poder adjudicador a otra persona jurídica quedará excluido del ámbito de aplicación de la presente Directiva si se cumplen todas y cada una de las condiciones siguientes:

a).- que el poder adjudicador ejerza sobre la persona jurídica de que se trate un control análogo al que ejerce sobre sus propios servicios;

b).- que al menos el 80 % de las actividades de esa persona jurídica se lleven a cabo para el poder adjudicador que la controla o para otras personas jurídicas controladas por el mismo poder adjudicador;

c).- que no exista participación privada en la persona jurídica controlada...»

Esta previsión de la Directiva, cuyos requisitos son acumulativos, tiene efecto directo, en tanto se trata de una previsión clara, precisa e incondicionada, de tal forma que la interpretación a realizar por este Tribunal administrativo debe atender a estas previsiones, así como a las exigencias nacionales que resulten compatibles con el régimen europeo.

Esto significa 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, 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)².

El requerido control análogo existirá no solo en función del porcentaje de participación en el capital social —criterio de participación que es condición *sine qua non*, tal y como se señaló en la STJUE de 19 de abril de 2007, *Asemfo*—, sino en función de que el ente instrumental carezca efectivamente de autonomía desde el punto de vista decisorio respecto del ente que realiza el encargo, sin que exista en estos casos verdadera autonomía contractual (STJUE de 21 de julio de 2005, *Padania Acque*). Eso explica que varias entidades pueden disponer de control análogo sobre un mismo ente propio, como ha declarado el TJUE en su sentencia de 13 de noviembre de 2008, *Coditel*, (apartados 50, 52 y 54) afirmando que lo esencial es que el control ejercido sobre la entidad sea efectivo, no siendo indispensable que el control sea individual (apartado 46).

En todo caso, la consecuencia del control análogo es la de la obligatoriedad de aceptar y ejecutar los encargos por el ente que los recibe, y no lo contrario (en correcta

² Criterio que ha sido confirmado por la Sentencia del Tribunal Supremo 1404/2018, de 20 de septiembre, que asume literalmente esta idea y su justificación y donde insiste en el carácter excepcional de esta técnica.

interpretación de la doctrina fijada en la Sentencia de 11 de mayo de 2006, *Cabotermo*). Control análogo que es de carácter funcional y no formal —no basta con la mera declaración legal—, que obliga a acreditar que efectivamente existe ese poder de influencia determinante tanto sobre los objetivos estratégicos como sobre las decisiones importantes de la Sociedad al que se refería la citada Sentencia TJUE de 13 octubre de 2005 (*Parking Brixen*). Así lo corrobora la STJUE de 10 de septiembre de 2009, *Wasser*, al indicar que:

«Sin perjuicio de la comprobación por el órgano jurisdiccional remitente de la efectividad de las disposiciones estatutarias de que se trata, cabe considerar que el control ejercido por las entidades accionistas sobre la referida sociedad es análogo al que ejercen sobre sus propios servicios en circunstancias como las del litigio principal, cuando:

- la actividad de dicha sociedad se limita al territorio de las mencionadas entidades y se realiza esencialmente en beneficio de éstas, y
- a través de los órganos estatutarios integrados por representantes de las mencionadas entidades, éstas ejercen una influencia determinante tanto sobre los objetivos estratégicos como sobre las decisiones importantes de dicha sociedad».

De lo descrito se constata que una de las cuestiones más controvertidas es determinar, pues, cuándo, al margen de la participación en el accionariado, hay control análogo, ya que «...lo esencial es que el control ejercido sobre la entidad sea efectivo...» (Sentencia de 13 de noviembre de 2008, *Coditel*, apartado 46).

Esta cuestión tiene interés para poder determinar cuándo puede ser válido un control conjunto en supuestos de cooperación vertical. La STJUE de 29 de noviembre de 2012, *Econord Spa*, que mantiene la misma línea que las dos precedentes (Sentencias de 10 de septiembre, *Sea Srl* y 13 de noviembre de 2008, *Coditel*) admite la posibilidad de un control análogo colectivo sobre un medio propio siempre que haya una participación tanto en el capital como en los órganos de dirección.

En todo caso, **aún admitiendo la posibilidad teórica de control conjunto, el control sobre el medio propio debe ser efectivo**. Por ello, no se ha admitido la existencia de control conjunto en la STJUE de 8 de mayo de 2014, *Technische Universität Hamburg-Harburg*, que tiene por objeto una petición de decisión prejudicial planteada con arreglo al artículo 267 TFUE, por el Hanseatisches Oberlandesgericht Hamburg (Alemania), mediante resolución de 6 de noviembre de 2012. La sentencia en cuestión analiza la regularidad de la adjudicación de un contrato atribuido directamente por la Universidad de Hamburgo a Hochschul-Information-System GMBH (que es una sociedad de responsabilidad limitada de Derecho privado, cuyo capital está controlado en una tercera parte por el Estado Federal alemán y en dos terceras partes por los 16 *Länder* alemanes, correspondiendo a la Ciudad de Hamburgo un 4,16 % de dicho capital) sin aplicar los procedimientos de adjudicación previstos en la Directiva 2004/18. Se alega que la adjudicación directa del contrato por la Universidad a HIS, según estas partes contratantes, está justificada por el hecho de que, aunque entre estas dos entidades no existe ninguna relación de control, el requisito de «control análogo» establecido por la jurisprudencia antes citada del Tribunal de Justicia se cumple, a su entender, porque ambas entidades se encuentran bajo el control de la Ciudad de Hamburgo.

En la respuesta a la cuestión, el TJUE recuerda que conforme a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia «el objetivo principal de las normas del Derecho de la Unión en materia de contratos públicos es la apertura a la competencia no falseada en todos los

Estados miembros en los ámbitos de ejecución de obras, suministro de productos y prestación de servicios, lo cual implica la obligación de toda entidad adjudicadora de aplicar las normas pertinentes del Derecho de la Unión cuando se cumplan los requisitos establecidos por éste (véase, en este sentido, la sentencia Stadt Halle y RPL Lochau, C-26/03, apartado 44). Por consiguiente, cualquier excepción a la aplicación de esta obligación debe interpretarse de manera estricta (véase la sentencia Stadt Halle y RPL Lochau, apartado 46)».

Por ello, tras recordar la doctrina sobre medios propios, concluye que no se cumplen en este supuesto los requisitos que amparan esta potestad de auto-organización y declara que un contrato que tiene por objeto el suministro de productos celebrado entre, por una parte, una universidad que es una entidad adjudicadora y que en el ámbito de sus adquisiciones de productos y servicios está controlada por un Estado federado alemán y, por otra, una empresa de Derecho privado controlada por el Estado federal y los Estados federados alemanes, incluido el antedicho Estado federado, constituye un contrato público en el sentido de la referida disposición y debe, por tanto, estar sujeto a las reglas de adjudicación de contratos públicos previstas en la citada Directiva.

Por último, aun cumpliendo estas exigencias **hay que recordar que desde la citada sentencia del TJUE de 11 de enero de 2005, Stadt Halle no es posible la participación privada** en el ente creado para ser medio propio. *Dato que es insoslayable. Es decir, la participación privada en un ente público, por mínima que ésta sea, rompe el criterio exigido en las Sentencias TECKAL y ARGE y en modo alguno puede entenderse que estas empresas con participación privada puedan ser medios propios, por lo que los encargos deben ser necesariamente objeto de licitación³.*

Así lo ha confirmado la STJUE de 8 de abril de 2008 (Comisión/República de Italia) al afirmar lo siguiente:

“38. En lo que atañe a la primera condición, relativa al control de la autoridad pública, debe recordarse que la participación, aunque sea minoritaria, de una empresa privada en el capital de una sociedad en la que participe asimismo la entidad adjudicadora de que se trata, excluye, en cualquier caso, que dicha entidad adjudicadora pueda ejercer sobre la citada sociedad un control análogo al que ejerce sobre sus propios servicios (véase la sentencia Stadt Halle y RPL Lochau, antes citada, apartado 49).

39 Sobre este particular, según demuestra el estudio anexo al escrito de contestación, relativo a las participaciones del Estado italiano en EFIM (Ente Partecipazioni e Finanziamento Industrie Manifatturiere), Finmeccanica y Agusta, esta última, que es una sociedad privada desde su creación, siempre ha sido, desde 1974, una sociedad de economía mixta, es decir, una sociedad cuyo capital está integrado por participaciones que son propiedad en parte del citado Estado y en parte de accionistas privados.

40 De la misma forma, puesto que Agusta es una sociedad abierta parcialmente al capital privado y, en consecuencia, responde al criterio expuesto en el apartado 38 de la presente sentencia, queda excluido que el Estado italiano pueda ejercer sobre esta sociedad un control análogo al que ejerce sobre sus propios servicios.

³ A lo sumo, en tanto no se falsee la competencia, podrá acudir y participar en la licitación como una empresa privada.

41 *En tales circunstancias, y sin que sea necesario examinar la cuestión de si Agusta desarrolla lo esencial de su actividad con la autoridad pública concedente, procede desestimar la alegación de la República Italiana basada en la existencia de una relación «in house» entre dicha sociedad y el Estado italiano.”(negrita nuestra).*

SEGUNDO. De la regulación de los encargos a medios propios en la LCSP

El artículo 32 (junto con 31 y 33) establece la regulación de los encargos a medios propios, que se complementa con la previsión del artículo 86 de la Ley 40/2015 RJSP (precepto formalmente no básico).

De la regulación de los encargos a medios propios en la LCSP, que exige una interpretación conforme al derecho europeo, se pueden destacar lo siguiente:

a) ya no se considera el encargo a medio propio un “negocio excluido” en tanto se trata de una técnica auto-organizativa (de ahí su carácter excepcional y que no se pueda confundir con al iniciativa económica pública).

b) se exige una actividad para el ente matriz del 80 por ciento, a revisar anualmente (lo que puede hacer que una entidad pueda cambiar de su consideración como medio propio)⁴.

c) se aumentan los filtros y requisitos de idoneidad de los medios propios, tanto sobre la propia atribución de tal condición, como sobre la justificación en los encargos singulares. En este sentido, la LCSP establece una serie de nuevas obligaciones de verificación y publicidad -art. 32.2.d), art. 32.6 - en ambos planos, que se añaden a las previstas por el artículo 8 de la Ley 19/2013. Se pretende con ello evitar el fraude organizativo con esta figura.

d) implantación generalizada de la regla de tarifas ajustadas al coste efectivo de realización de las prestaciones, con exclusión expresa de márgenes de rentabilidad o

⁴ En relación a esta cuestión la Abogacía de Estado ha dictado la Circular conjunta, de 22 de marzo de 2019, de la abogacía general del estado-dirección del servicio jurídico del estado y de la intervención general de la administración del estado sobre criterios para el cálculo del cómputo del requisito de actividad exigido por la ley 9/2017, de 9 de noviembre, de contratos del sector público en aquellas entidades que sean consideradas medios propios. La Circular recuerda que, a los efectos del calculo del requisito del 80 por ciento, las entidades que sean consideradas medio propio personificado han de informar en la memoria de cuentas anuales sobre el cumplimiento efectivo de este requisito y el auditor ha de verificarlo en el trabajo de auditoría de las cuentas. Y recuerda que las cuentas anuales elaboradas sobre el ejercicio 2018 serán las primeras en las que existe la obligatoriedad de revelar información en la memoria respecto al cumplimiento del requisito de actividad y, por ende, las primeras cuentas anuales sobre las que el auditor deberá verificar la misma. El objetivo de la Circular es establecer unas pautas u orientaciones al objeto de cubrir un vacío normativo fruto de la ausencia de un desarrollo reglamentario de la LCSP, en relación con los parámetros a considerar para el cálculo del indicador de actividad. La Circular indica que la comprobación de la veracidad, fiabilidad e integridad de dicho indicador debe tomar base en la necesidad de que la entidad que se configura como medio propio personificado articule sistemas de información que permitan comprobar dichas características, es decir, su cálculo debe estar soportado en los sistemas o registros contables y/o auxiliares que permitan validar el mismo. En consecuencia, partiendo de estos parámetros se ha de constatar la cifra del indicador que figure en la memoria de cuentas anuales verificando aquellas operaciones que el medio propio realice por encargo (adjudicación) del mandante, es decir, en relación con encargos específicos dimanantes de los poderes adjudicadores y de otros entes públicos que no reúnen tal condición. El indicador elegido por el medio propio debe ser fiable y razonable, cuantificable y contrastable y, en todo caso, en la valoración de la razonabilidad deberá atenderse a que el indicador elegido esté asociado a la actividad realizada por el medio propio en ejercicio de los encargos conferidos por el poder adjudicador, o por otras personas jurídicas controladas del mismo modo por la entidad que hace el encargo, y no a resultados u otra magnitud.

beneficio industrial, y obligando a ajustar esas tarifas a precios de mercado. El sistema tarifario de coste efectivo busca evitar la utilización de encargos para fines ajenos a la autoprovisión (financiación del medio propio). Ahora bien, debe advertirse la importancia que ello tiene en el mantenimiento de las ecuaciones financieras de los medios propios, especialmente si ponemos estas reglas en relación con el nuevo régimen de IVA de los encargos (no sujeción de los encargos de servicios, pero sí de los encargos de bienes, y las distintas reglas de repercusión de IVA por parte del medio propio a la entidad matriz que de ello se derivan).

e) Introducción de una limitación a las contrataciones derivadas para cumplir con los encargos recibidos (que no son subcontrataciones, sino auténticos contratos públicos), destinada a evitar la utilización de la técnica del encargo como medio “pantalla”. El límite general básico a la “subcontratación” por parte de los medios propios para la realización de las prestaciones objeto de encargo consiste en que debe ceñirse a las prestaciones accesorias que no constituyan el objeto principal del encargo y estar restringida a un máximo del 50 por 100 del coste total del encargo (art. 32.7 LCSP)⁵.

f) la formalización de los medios propios se “complementa” con la nueva exigencia de publicación y, en su caso, de interposición de recurso especial (art. 44 LCSP), con la intención de preservar el efecto útil del control y, por ello, de su corrección.

La actual regulación, más extensa y completa que su predecesora aconseja cierto ajuste, al menos a nivel interpretativo. Se propone lo siguiente:

- a) Debería aclararse, en primer lugar, si las exigencias del artículo 86 de la Ley 40/2015 debe tener o no alcance general (para lo que habrá que estar a la reciente STC 38/2021).
- b) Por otra parte, debe quedar claro que la solución legal española en modo alguno desplaza la normativa y jurisprudencia europea. Por ello convendría introducir en la LCSP una mención expresa en tal sentido, al igual que, por ejemplo, se incluye en la Ley Foral de Contratos Públicos de Navarra.
- c) La técnica de los encargos a medios propios es de carácter excepcional, tal y como recuerda con acierto la jurisprudencia del Tribunal Supremo. Por ello su uso no puede convertirse en herramienta ordinaria, pues, bajo la justificación de auto-organización se falsearía la competencia y los principios regulatorios de la contratación pública
- d) El artículo 32 exige, para evitar que con un uso inadecuado de esta técnica se puedan “ocultar” contratos, que los encargos sean objeto de publicidad con el fin de garantizar, mediante el control, la idoneidad de cada encargo. Los entes que tengan consideración de medios propios

⁵Sin embargo, la posibilidad de contratar hasta un 50 por ciento de las prestaciones resulta claramente excesiva (lo que exige una interpretación restrictiva a sus excepciones) y puede no ayudar corregir un uso indebido de esta técnica (como ya ha denunciado el Tribunal de Cuentas. Vid, por todos, el reciente Informe del Tribunal de Cuentas nº 1197/2016, de 22 de diciembre, de fiscalización sobre la utilización de la encomienda de gestión, regulada en la legislación de contratación pública aplicable, por las entidades del sector público autonómico español durante el ejercicio 2013). En mi opinión hubiera resultado más lógico limitar esta opción al 20 por ciento de la cuantía del encargo, y sin afectar al contenido esencial de la prestación.

deben contar con los medios idóneos⁶. Existe, por tanto, un control en cada encargo del cumplimiento de los requisitos y limitaciones al uso de esta técnica. La LCSP debe ser aclarada en este aspecto.

- e) Las relaciones intragrupos de entes que no son poder adjudicador (aunque sean sector público) no debe regularse conforme a las técnicas de los encargos a medios propios. Se trata de técnicas propias del derecho privado (contrato de sociedad o contrato de compañía: 1665 Código Civil y 116 Código Comercio, respectivamente). La simple aportación de fondos por un inversor privado a una empresa pública no constituye un contrato público (máxime cuando no se tiene la naturaleza de poder adjudicador).
- f) La LCSP debe reflejar claramente que sin control análogo no existe medio propio (no caben interpretaciones amplias pues se falsea la competencia). Y no sirve como justificación la cooperación administrativa (sin olvidar el carácter descentralizado de nuestro sistema de poder público).
- g) finalmente, cualquier ente considerado como medio propio, tendrá, en todo caso, la condición de poder adjudicador como consecuencia de cumplir los tres requisitos para merecer tal calificación: personalidad jurídica propia, control público y actividad de interés general. Así se ha advertido, para la gestión de los mercados municipales a través de empresas públicas configuradas como medios propios, en la Resolución 23/2015 del Órgano de Recursos Contractuales del País Vasco, el Acuerdo del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón 104/2015 y la Resolución 125/2016 Tribunal de Contratos Públicos de Madrid. Por ello, cuando acuda al mercado para cumplir el encargo deberá existir licitación pública, por no ser un supuesto de subcontratación.

⁶ Criterio defendido en el Informe 65/07, de 29 de enero de 2009 de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado -«Consideración de medio propio de un Ayuntamiento y de sus organismos autónomos de una sociedad municipal y procedimiento de encomienda de gestión»-, añade a los requisitos mencionados el de la idoneidad del ente para recibir y prestar el encargo afirmando: “Habrà que añadir un último requisito, como es la idoneidad para ejecutar la encomienda de gestión y en tal sentido debe disponer de personal y medios materiales y técnicos necesarios para ejecutar la encomienda.”