

Máster de acceso a la abogacía

Universidad de La Laguna
Curso 2017/2018 (III edición)
Trabajo de Fin de máster
Convocatoria: enero

Informe del tutor

Datos del tutor

Nombre: D. Eduardo Ángel Risueño Díaz.

Datos del Alumno

Nombre: Claudia Cartaya Expósito
DNI: 51147962-X

Título del TFM: Los encargos a medios propios personificados.

Calificación del tutor Nota (1-10)	8
Justificación	
La alumna analiza la futura regulación del encargo a medios propios personificados en la Ley 9/2017, de Contratos del Sector Público -artículos 32 y 33- (que entrará en vigor el próximo 9 de marzo de 2018), comparándola con la escueta previsión del artículo 24.6 del Texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aún vigente, con referencia a los preceptos de la Ley 9/2017 a los que remiten los artículos 32 y 33 mencionados. Cita la doctrina del Tribunal de Justicia de la Unión Europea que ha ido conformando la figura de los contratos domésticos, así como algunas opiniones doctrinales sobre la futura regulación. Hay que destacar la dificultad de tratar la regulación de una norma en período de vacatio legis, así como la derivada de la brevedad de las normas que se abordan.	

Con el presente informe doy mi visto bueno para la presentación de este trabajo.

San Cristóbal de La Laguna, 22 de enero de 2017

Firmado:

**NOMBRE RISUEÑO
DIAZ EDUARDO ANGEL
- NIF 43773000K**

**NOMBRE RISUEÑO
DIAZ EDUARDO ANGEL
- NIF 43773000K
2018.01.22 10:53:13 Z**

TRABAJO DE
FIN DE
MÁSTER

LOS ENCARGOS A MEDIOS PROPIOS
PERSONIFICADOS.

Máster Universitario en Abogacía.

Curso 2016-2018.

Claudia Cartaya Expósito.

DNI: 51147962 X

Director: D. Eduardo Ángel Risueño Díaz.

ÍNDICE.

I. Introducción. -----	4
II. Delimitación de la encomienda de gestión interadministrativa. -----	6
III. Los encargos a medios propios. -----	7
3.1 El encargo realizado por un poder adjudicador. -----	8
3.1.1 La condición de poder adjudicador. -----	8
3.1.2 La condición de medio propio personificado. -----	9
3.1.3 Otros requisitos. -----	14
3.1.4 Los encargos horizontales y los encargos en sentido ascendente. -----	16
3.1.5 El control conjunto por varios poderes adjudicadores. -----	17
3.1.6 Publicidad de la condición de medio propio. -----	19
3.1.7 Forma y publicidad del encargo. -----	19
3.1.8 La contratación con terceros de parte de la prestación. -----	20
3.2 Los encargos realizados por entidades del sector público que no tengan la consideración de poder adjudicador. -----	22
IV. Los encargos como objeto del recurso especial en materia de contratación. -----	24
V. Conclusión. -----	25
VI. Bibliografía. -----	26

1. INTRODUCCIÓN.

Los entes que integran el sector público pueden encargar de forma directa, a entidades que tengan atribuida la condición de medio propio personificado de los mismos, la realización de determinadas prestaciones, sin que al acto o negocio jurídico en virtud del cual se realiza tal encargo le sea de aplicación las normas que regulan la contratación del sector público, aun cuando las prestaciones que son objeto del mismo sean las propias de los contratos del sector público. Se trata de los denominados contratos “domésticos” o “*in house providing*”.

Siendo esto así, y tratándose, tal y como se ha afirmado, de supuestos en los que se permite excepcionar la aplicación de las reglas de las Directivas comunitarias en materia de contratación – cuya finalidad es garantizar la libre competencia, asegurando que en la adjudicación de los contratos públicos se atiende a los principios de igualdad, transparencia, concurrencia y no discriminación-, para que dicha excepción sea aplicable es necesario que los entes, organismos o entidades de derecho público o privado a los que se encargue la ejecución de la actuación de que se trate cumplan con una serie de requisitos, evitando así el recurso a esta opción como vía de escape de las rígidas normas que rigen la adjudicación de los contratos públicos.

El 9 de noviembre de 2017 se publicó en el Boletín Oficial del Estado la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014 (en adelante LCSP), que entrará en vigor el día 9 de marzo de 2018.

Sin embargo, y pese a que, tal y como se ha señalado, la mencionada norma no ha entrado en vigor, en relación con la figura que nos ocupa no puede afirmarse que sea de aplicación con carácter exclusivo el aún vigente Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (en adelante TRLCSP), y ello porque las Directivas mencionadas *ut supra* fijaban como fecha límite para que se procediera a incorporar el contenido de las mismas a los ordenamientos internos de los estados miembros el 18 de abril de 2016, de forma que, llegado ese día sin haberlo hecho, buena parte de los preceptos de las antedichas normas comunitarias devinieron aplicables en virtud de la institución del

efecto directo de las Directivas, entre ellos, los relativos a los encargos a medios propios.

Aunque no es objeto de este trabajo, es conveniente recordar que el efecto directo implica que, finalizado el plazo otorgado al efecto sin que el Estado miembro haya cumplido el deber de transposición de una Directiva al ordenamiento interno, o habiendo sido esta transpuesta incorrectamente, aquellos preceptos de la misma que contengan un mandato claro, preciso e incondicionado son directamente aplicables, con preferencia sobre cualquier norma interna que los contradiga, pudiendo ser directamente invocados por los ciudadanos frente a los poderes públicos, y vinculando tanto a las autoridades administrativas como a los órganos jurisdiccionales del Estado de que se trate.

Con base en lo expuesto, puede afirmarse que los artículos 17 de la Directiva 2014/23/UE, relativa a la adjudicación de contratos de concesión y el 12 de la Directiva 2014/24/UE, sobre contratación pública y por la que se deroga la Directiva 2004/18/CE, que se limitan, en gran medida, a positivizar la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, son los preceptos que actualmente regulan la figura del encargo a medios propios, siendo ambos, a los efectos que nos ocupan, de contenido idéntico. El TRLCSP, por lo demás, será aplicable en aquellos aspectos que no contradiga a las normas comunitarias mencionadas.

Ello no obstante, por lo inminente de su entrada en vigor, y aun siendo conscientes de que, tal y como se ha señalado, no es de aplicación por el momento, desde el prisma de la practicidad es recomendable – y así se hará –, que se estudie el encargo a medios propios a la luz de la nueva Ley de Contratos del Sector Público, que no se limita a incorporar a su contenido las antedichas Directivas, sino que regula de forma mucho más completa (y compleja) la figura objeto de estudio. En palabras de Juan Carlos García Melián *“a medida que se acerca la fecha de entrada en vigor de la nueva Ley de Contratos del Sector Público, —el nueve de marzo está a la vuelta de la esquina—, urge zambullirse ya por completo en su articulado abundante y viscoso. Deambular contra la corriente en su lenguaje, a veces contradictorio e indescifrable, ir descubriendo sus*

perlas, dobleces y llanuras abisales en las que asoma la incertidumbre de lo desconocido”¹

II. DELIMITACIÓN DE LA ENCOMIENDA DE GESTIÓN INTERADMINISTRATIVA.

Antes de comenzar con el estudio de la figura del encargo a medios propios personificados es conveniente diferenciarla de la encomienda de gestión regulada en el artículo 11 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público (LRJSP).

Dicho precepto prevé la posibilidad de que la realización de actividades de carácter material o técnico de la competencia de los órganos administrativos o de las Entidades de Derecho Público sea encomendada a otros órganos o Entidades de Derecho Público de la misma o de distinta Administración, siempre que entre sus competencias estén esas actividades, por razones de eficacia o cuando no se posean los medios técnicos idóneos para su desempeño.

El mismo artículo, acto seguido, precisa que *“las encomiendas de gestión no podrán tener por objeto prestaciones propias de los contratos regulados en la legislación de contratos del sector público. En tal caso, su naturaleza y régimen jurídico se ajustará a lo previsto en ésta”*.

Este último inciso viene a clarificar la diferencia entre dos figuras confundidas durante demasiado tiempo pese a que el contenido de una y otra nada tienen que ver: la encomienda de gestión interadministrativa y la de contenido contractual, que llegado el 9 de marzo de 2018 comenzará a denominarse – por preverlo así la nueva ley- “encargo a medios propios personificados”.

La encomienda de gestión interadministrativa, que es la que regula la LRJSP estaba prevista en el artículo 15 de la derogada Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, y, hasta que se promulgó la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público, comprendía tanto las actuaciones o actividades ajenas a la contratación pública, como aquellas constitutivas de las prestaciones propias de los contratos del sector

¹ GARCÍA MELIÁN, Juan Carlos, *Responsable del contrato en la nueva Ley de Contratos del Sector Público*, (artículo disponible en: <https://mymabogados.com/responsable-del-contrato-nueva-lcsp.html>)

público, si bien, en este último caso, solo se admitía la posibilidad de realizar encargos a entidades de derecho público, excluyéndose expresamente la opción de recurrir a este instrumento cuando la ejecución de la actuación de que se tratara hubiera de recaer en personas físicas o jurídicas sujetas a derecho privado, en cuyo caso se trataba de un contrato y debía estarse a lo dispuesto en la legislación aplicable a dicho negocio jurídico.

Tras la promulgación de la mencionada ley de contratos y en aplicación de la doctrina de la *lex posterior derogat anterior* y del principio de la ley especial respecto de la general, el ámbito objetivo del artículo 15 quedó limitado a aquellas encomiendas que no tuvieran contenido contractual, es decir, quedó fuera de su ámbito de aplicación las encomiendas de gestión que tuvieran por objeto la realización de una obra, la prestación de un servicio o la entrega de un suministro a cambio de una contraprestación económica, quedando sometida esta encomienda a la normativa contractual y a sus requisitos, y permitiendo la nueva norma la realización de encomiendas a entidades no solo de derecho público, sino también de derecho privado.

Por otro lado, y con el fin de resaltar las diferencias entre uno y otro instrumento, y sin ahondar en demasía en esta cuestión por no formar parte del objeto de este trabajo, es conveniente señalar que, según dispone el art. 11 LRJSP, la encomienda de gestión se formaliza mediante acuerdos o convenios, es decir, a través de negocios jurídicos bilaterales en los que concurre la voluntad de los órganos que participan en el mismo, mientras que, como se verá, los medios propios regulados en la LCSP carecen de voluntad propia y autónoma, de forma que los encargos realizados por el órgano encomendante son de obligado cumplimiento, teniendo el instrumento a través del cual se formalizan naturaleza de acto jurídico unilateral y no de acuerdo bilateral.

Pese a lo expuesto, la identidad de denominación de las antedichas figuras seguía creando confusión entre ambas, de ahí que el legislador considerara conveniente introducir en la LRJSP la clarificación mencionada *ut supra*, así como proceder al cambio de denominación en la nueva LCSP, zanjando cualquier confusión entre estas dos instituciones que, aunque nacieron siendo idénticas, con el tiempo han adquirido características propias que las hacen diferentes e independientes la una de la otra.

III. LOS ENCARGOS A MEDIOS PROPIOS.

Los encargos a medios propios personificados, también denominados contratos domésticos o “*in house*” son instrumentos en virtud de los cuales una entidad ejecuta de forma directa (es decir, sin ceder la titularidad de la competencia) una prestación propia de los contratos de obras, suministros, servicios, concesión de obras y concesión de servicios, a cambio de una compensación tarifaria, valiéndose de otra persona jurídica distinta, que puede ser de naturaleza pública o privada.

Según señala el Tribunal de Cuentas, “*se trata de una forma de colaboración inter e intra administrativa, de perfiles difusos, que se encuentra a caballo entre la actuación directa por parte de la Administración y la contratación externa*”²

La nueva LCSP, se refiere a tales encargos como “*sistemas de cooperación vertical*” utilizados por las entidades pertenecientes al sector público en ejercicio de la potestad de auto organización de que disponen.

Dicha norma, en la regulación que hace de los encargos a medios propios personificados distingue en función de si el encargo emana de una entidad que tiene la consideración de poder adjudicador o si, por el contrario, el ente que realiza dicho encargo es una entidad que, si bien pertenece al sector público, carece de aquella consideración.

Siendo esto así, y en aras de dar claridad a esta exposición, a lo largo de la misma se seguirá la estructura adoptada por la norma, analizándose separadamente ambas posibilidades.

3.1 El encargo realizado por un poder adjudicador.

3.1.1 La condición de poder adjudicador.

Según lo dispuesto en el art. 3 de la LCSP, tendrán la consideración de poderes adjudicadores las siguientes entidades:

- a) Las Administraciones Públicas, entendidas por tal:

² Tribunal de Cuentas (22 de diciembre de 2016) “*Informe 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*”.

- La Administración General del Estado, las Administraciones de las Comunidades Autónomas, las Ciudades Autónomas de Ceuta y Melilla y las Entidades que integran la Administración Local.
- Las Entidades Gestoras y los Servicios Comunes de la Seguridad Social.
- Los Organismos Autónomos, las Universidades Públicas y las autoridades administrativas independientes. Las Diputaciones Forales y las Juntas Generales de los Territorios Históricos del País Vasco.
- Los consorcios y otras entidades de derecho público, en las que, dándose las circunstancias que se describirán en el apartado d), y estando vinculados a una o varias Administraciones Públicas o dependientes de las mismas, no se financien mayoritariamente con ingresos de mercado.

b) Las fundaciones públicas.

c) Las Mutuas colaboradoras con la Seguridad Social.

d) Todas las demás entidades con personalidad jurídica propia distinta de las expresadas en las letras anteriores que cumplan con los siguientes requisitos:

1. Que hayan sido creadas específicamente para satisfacer necesidades de interés general que no tengan carácter industrial o mercantil.
2. Que uno o varios sujetos que deban considerarse poder adjudicador bien financien mayoritariamente su actividad, bien controlen su gestión o bien nombren a más de la mitad de los miembros de su órgano de administración, dirección o vigilancia.

e) Las asociaciones constituidas por las entidades mencionadas en las letras anteriores.

3.1.2 La condición de medio propio personificado.

Tratándose de supuestos en los que se permite excepcionar la aplicación de las normas comunitarias en materia de contratación, la consideración de medio propio ha sido objeto de numerosas sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (denominado Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas hasta 2009).

La jurisprudencia del Alto Tribunal, desde la Sentencia Teckal, de 18 de noviembre de 1999, dictada en el asunto C-107/98, ha ido definiendo los requisitos que han de concurrir en una entidad para que pueda ser considerada como tal, y, en consecuencia, le sea aplicable al negocio jurídico la doctrina de la contratación “*in house*”, no teniendo, por tanto, el encargo que se le encomiende, la consideración de contrato a los efectos de la aplicación de la normativa sobre contratación pública.

Aunque es cierto, como ya decíamos, que esos requisitos se han introducido en las Directivas 2014/23/UE, relativa a la adjudicación de contratos de concesión y 2014/24/UE, sobre contratación pública y por la que se deroga la Directiva 2004/18/CE, y, por efecto de la transposición, también en la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, que, por lo demás, introduce, tal como habíamos adelantado, algunas prescripciones adicionales, también lo es que los mismos ya estaban recogidos en el TRLCSP, si bien con mucho menos detalle.

Atendiendo a las fuentes comunitarias puede afirmarse que para que una entidad pueda ser considerada medio propio personificado han de concurrir en la misma, de forma cumulativa, las siguientes circunstancias:

1. Que el poder adjudicador ejerza sobre la persona jurídica de que se trate un control análogo al que ejercería sobre sus propios servicios.
2. Que dicha entidad realice la parte esencial de su actividad con el ente o entes públicos que la controlan.
3. Que no exista participación directa de capital privado en la entidad jurídica controlada.

Procede analizar cada una de ellas de forma separada:

- El requisito del control análogo:

El primer requisito que establecen las Directivas es que *“el poder adjudicador ejerza sobre la persona jurídica de que se trate un control análogo al que ejerce sobre sus propios servicios”*, entendiéndose que concurre tal control análogo cuando *“ejerza una influencia decisiva sobre objetivos estratégicos y decisiones significativas de la persona jurídica controlada”*.

La LCSP va más allá y añade que se entenderá que un poder adjudicador ostenta sobre el ente destinatario un poder análogo al que ejercería sobre sus propios servicios cuando los encargos realizados por él mismo, o bien por otros poderes adjudicadores o personas jurídicas controlados del mismo modo por el primero, sean de cumplimiento obligatorio por aquel por establecerlo así sus estatutos o actos de creación, de forma que exista *“unidad de decisión entre ellos, de acuerdo con instrucciones fijadas unilateralmente por el ente que puede realizar el encargo”*.

Por otro lado, la LCSP prevé la necesaria concurrencia de otra circunstancia para entender que existe el necesario control análogo, y es que la compensación que reciba el ente destinatario del encargo se establezca por referencia a tarifas aprobadas reglamentariamente por la entidad pública de la que dependa. Carece de importancia la cuestión de quien remunera al medio propio personificado, puede hacerlo el ente que la controla, o los terceros usuarios de los servicios prestados, en su caso.

Ambos requisitos, que estaban ya regulados, aunque con menor detalle en el art. 24.6 del TRLCSP, pese a que no se han introducido como tal en las Directivas, sí que han sido reconocidos por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea como circunstancias determinantes de la existencia de control análogo en la STJUE de 19 de abril de 2007, dictada en el asunto C-295/05 (Tragsa), en la que el mencionado Tribunal señala que:

“(…) Tragsa está obligada a realizar los trabajos que le encomienden, en las materias que constituyen su objeto social, la Administración General del Estado, las Comunidades Autónomas y los organismos públicos dependientes de ellas, y no tiene la posibilidad de fijar libremente la tarifa de sus intervenciones.

(…)

Procede observar que, si Tragsa no goza de libertad alguna ni con respecto al curso que debe dar a un encargo formulado por las autoridades competentes ni en cuanto a la tarifa aplicable a sus prestaciones, afirmación que incumbe verificar al órgano

jurisdiccional remitente, no se cumple el requisito de aplicabilidad de las Directivas examinadas relativo a la existencia de un contrato (...)”.

- El requisito relativo a lo esencial de la actividad.

Por otro lado, el segundo requisito que se exige para entender que estamos ante un medio propio personificado es que el mismo realice lo esencial de su actividad con el ente o entes que la controlan, con independencia de la identidad del beneficiario, que puede no ser el poder adjudicador.

En este sentido es conveniente citar, a efectos ilustrativos, la Sentencia Carbotermo del Tribunal de Justicia de 6 de mayo de 2006, dictada en el asunto C- 340/04.

En la misma, el Tribunal afirma que *“una empresa no carece necesariamente de libertad de acción por el mero hecho de que el ente territorial al que pertenece controle las decisiones que la conciernen si aún puede desarrollar una parte importante de su actividad económica con otros operadores económicos”*, así, *“solo cabe considerar que la empresa de que se trata realiza lo esencial de su actividad con el ente territorial que la controla, (...), cuando la actividad de dicha empresa **esté destinada principalmente a dicho ente territorial, de modo que el resto de su actividad tiene un carácter meramente marginal.***

Para apreciar si concurre este supuesto, el juez competente debe tomar en consideración todas las circunstancias del caso, tanto cualitativas como cuantitativas.

En cuanto al problema de si, en este contexto, procede tomar en consideración únicamente el volumen de negocios realizado con el ente territorial que controla a la empresa o el realizado en el territorio de dicho ente, procede afirmar que el volumen de negocios determinante es el que la empresa en cuestión realice en virtud de decisiones de adjudicación adoptadas por el ente territorial que la controla, (...)”

Como puede observarse este requisito carecía de precisión, de forma que lo que han hecho las Directivas, y, en consecuencia, también la nueva LCSP, es fijar un porcentaje a partir del cual puede entenderse que el medio propio realiza lo esencial de su actividad con el ente que la controla, y así, podrá entenderse que concurre este requisito cuando más del 80% de la actividad de la persona jurídica destinataria del encargo se lleve a cabo en ejercicio de los cometidos que le han sido confiados por el poder adjudicador

que la controla o por otras personas jurídicas controladas del mismo modo por el mismo poder adjudicador. Siendo esto así, el medio propio solo podrá prestar un 20% de su actividad con operadores del mercado distintos a los mencionados.

Por lo demás, ambas normas precisan a qué ha de atenderse para el cálculo del antedicho porcentaje. Según lo dispuesto en las mismas, habrá de tomarse en consideración los siguientes indicadores, referidos a los tres ejercicios anteriores:

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

En cualquier caso, cuando los antedichos indicadores no estuvieran disponibles respecto de los tres ejercicios anteriores a la formalización del encargo 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.

Dada la imprecisión que caracteriza a los indicadores expuestos, y, sobre todo, a la alternativa en caso de no ser de aplicación aquellos, y con la finalidad de evitar abusos o malas prácticas, la norma prevé una suerte de control *ex post* al señalar que *“el cumplimiento efectivo del requisito establecido en la presente letra deberá quedar reflejado en la Memoria integrante de las Cuentas Anuales del ente destinatario del encargo y, en consecuencia, ser objeto de verificación por el auditor de cuentas en la realización de la auditoría de dichas cuentas anuales de conformidad con la normativa de la actividad de auditoría de cuentas”*.

- El requisito relativo a la titularidad pública del capital social del medio propio.

El tercer y último requisito que ha de concurrir, según las Directivas, para que una entidad pueda ser calificada como medio propio personificado es que, tratándose de una persona jurídico-privada, la totalidad de su capital o patrimonio, sin excepción, sea de titularidad o aportación pública.

Esta última condición se introduce en las Directivas y en la LCSP como un requisito más, razón por la cual se ha expuesto como tal, sin embargo, lo cierto es que la jurisprudencia del TJUE nunca lo ha abordado como un requisito autónomo, sino como una manifestación de la concurrencia, o no, del control análogo ya expuesto.

En la Sentencia del TJUE de 11 de enero de 2005, dictada en el asunto C-26/03 (Stadt Halle), por ejemplo, se señala que *“la participación, aunque sea minoritaria, de una empresa privada en el capital de una sociedad en la que participa asimismo la entidad adjudicadora de que se trata excluye en cualquier caso que dicha entidad adjudicadora pueda ejercer sobre esta sociedad un control análogo al que ejerce sobre sus propios servicios.”*

Así mismo, otro aspecto a destacar de este último requisito es el relativo a la imposibilidad de excepcionar su aplicación.

Pese a que las Directivas admiten que puedan tener la consideración de medio propio determinadas entidades en las que participe capital privado, siempre que así se prevea en las disposiciones nacionales y cumpliéndose con determinadas condiciones (que el capital no tenga capacidad de control mayoritario ni minoritario, de forma que no pueda ejercer una influencia decisiva sobre aquella), tal posibilidad no se ha incluido en la LCSP, que mantiene el veto al capital privado que ya imponía el TRLCSP en su art. 24.6 (en el que se regulaban las condiciones que había de cumplir una entidad para ser considerada medio propio).

A este respecto es importante señalar que la mencionada excepción es el único aspecto de los preceptos relativos a los encargos a medios propios de las Directivas que carece de aplicación directa por estar sometido a la condición de que exista en los ordenamientos internos alguna norma que prevea la existencia de entidades que cumplan con los requisitos a los que en aquellas se alude.

3.1.3 Otros requisitos.

Inmediatamente después de regular la condición relativa a la titularidad del capital de la persona destinataria del encargo, el art. 32 de la LCSP, establece – como si de un requisito más se tratase- una previsión que ya incluía su antecesora, y que, sin embargo, no aparece en la normativa comunitaria: la necesidad de que la condición de medio

propio personificado se reconozca expresamente en los estatutos o actos de creación de la persona jurídica.

Pues bien, aun siendo cierto que este requisito de carácter formal no es nuevo en nuestro ordenamiento, debe precisarse que si bien se mantienen las condiciones que deben hacerse constar en el reconocimiento del medio propio, entiéndase por tal: las entidades respecto de las cuales tienen esta condición, el régimen de las encomiendas que se les puedan conferir o las condiciones en que podrán adjudicárseles contratos, y la imposibilidad de participar en licitaciones públicas convocadas por los poderes adjudicadores de los que sean medios propios (sin perjuicio de que, cuando no concurra ningún licitador, pueda encargárseles la ejecución de la prestación objeto de las mismas), también se exige que medie conformidad o autorización expresa del poder adjudicador respecto del que vaya a ser medio propio, debiendo este verificar que la persona jurídica cuenta con medios personales y materiales apropiados para la realización de los encargos de acuerdo con su objeto social.

Con esta última exigencia se elimina la posibilidad de que los poderes adjudicadores puedan, premeditadamente, realizar encargos a entes que carezcan de los medios para llevarlos a cabo, que, al pesar sobre ellos la obligación de ejecutarlos, tendrían que recurrir, necesariamente, a la contratación con terceros, contratación en la que, por lo demás, no se aplicará con el mismo rigor la legislación de contratación pública que en el caso de que fuera el propio poder adjudicador el que contratara con el tercero directamente, configurándose la entidad destinataria del encargo, en palabras del Tribunal de Cuentas, como *“una mera entidad intermediaria con cuyo concurso se habilita un cambio de régimen jurídico en materia de contratación pública, mucho más rápido y flexible en su tramitación, pero también con muchas menos garantías para el interés público”*³

Finalmente, en relación con los requisitos, debe señalarse que la LRJSP añade, a los expuestos, cuando se trate de medios propios personificados integrantes del sector público estatal, la necesidad de justificar que recurrir al medio propio:

³ Tribunal de Cuentas (30 de abril de 2015) *“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”*.

- a) Es una opción más eficiente que la contratación pública y resulta sostenible y eficaz,
- b) o, resulta necesario por razones de seguridad pública o urgencia en la necesidad de disponer de los bienes o servicios suministrados por el medio propio.

Además, en este caso, la condición de medio propio no habrá de constar únicamente en los estatutos de la entidad, sino también en su denominación, que deberá incluir “Medio propio” o la abreviatura “M.P.”.

3.1.4 Los encargos horizontales y los encargos en sentido ascendente.

El art. 32.3 LCSP, introduce, en consonancia con lo dispuesto en las Directivas, dos posibilidades:

1. Que siendo la persona jurídica controlada un poder adjudicador, pueda esta realizar un encargo al poder adjudicador que la controla. Se trataría, en este caso, de un encargo en sentido ascendente.

A este respecto, debe reconocerse que se desconoce la aplicabilidad práctica de esta opción, pues no se alcanza a imaginar en qué supuestos puede un ente realizar un encargo a otro que ejerce una influencia decisiva sobre sus decisiones significativas y que fija las tarifas que habrán de abonárseles, a lo que debe añadirse el hecho de que, parece que ese encargo en sentido ascendente tendría que traer causa de ese 20% de la actividad que el medio propio realiza en el mercado al margen del poder adjudicador, pues, ¿qué sentido tendría que el medio propio encargara la ejecución de una prestación al poder adjudicador cuando está dando cumplimiento a un encargo realizado por este?

2. Que siendo la persona jurídica controlada un poder adjudicador, pueda esta realizar un encargo a otra persona jurídica sobre la que no ostenta ningún control, por estar ambas controladas por el mismo poder adjudicador, es decir, por ser ambas medios propios personificados del mismo poder

adjudicador. Se trataría de un encargo horizontal, u operación interna horizontal.

3.1.5 El control conjunto por varios poderes adjudicadores.

La LCSP distingue en función de si el medio propio personificado lo es de un único poder adjudicador, o si, por el contrario, ostenta tal consideración respecto de dos o más poderes adjudicadores que sean independientes entre sí.

En este último caso, los requisitos que han de concurrir son los mismos que los ya expuestos, presentando ciertas particularidades el relativo al “control análogo”.

La norma, que se limita a copiar lo dispuesto en las Directivas, dispone que:

“Se entenderá que existe control conjunto cuando se cumplan todas las condiciones siguientes:

- 1. Que en los órganos decisorios del ente destinatario del encargo estén representados todos los entes que puedan conferirle encargos, pudiendo cada representante representar a varios de estos últimos o a la totalidad de ellos.*
- 2. 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.*
- 3. Que el ente destinatario del encargo no persiga intereses contrarios a los intereses de los entes que puedan conferirle encargos”.*

Como puede observarse, el precepto se caracteriza por su indeterminación. No concreta ni define cuándo se puede entender que los poderes adjudicadores ejercen una influencia decisiva sobre los objetivos estratégicos y decisiones significativas, de forma que habrá de estarse al caso concreto, y tampoco precisa cómo controlar que el medio propio no ejerza intereses contrarios a los de los poderes adjudicadores que lo controlan, cuestión esta importante cuando el medio propio lo es de muchos poderes adjudicadores, véase, por ejemplo, el caso de Tragsa, que es medio propio personificado de la Administración General del Estado, de las Comunidades Autónomas y los poderes adjudicadores dependientes de ellas.

Por otro lado, en cuanto a la retribución se establece que *“la compensación se establecerá, por referencia a tarifas aprobadas **por la entidad** pública de la que depende el medio propio personificado para las actividades objeto de encargo realizadas por el medio propio directamente, y en la forma en que reglamentariamente se determine,...*”. El contenido del artículo es, en este inciso, copia literal de lo previsto para los medios propios personificados respecto de un único poder adjudicador.

Entendemos, sin embargo, que las tarifas deberían ser fijadas de forma conjunta por todos los poderes adjudicadores que ejercen el control y no por uno solo de ellos.

En relación al control conjunto es conveniente citar, a efectos ilustrativos, la Sentencia del Tribunal de Justicia de 29 de noviembre de 2011, dictada en los asuntos acumulados C-182/11 y C- 183/11 (Econord):

“Con arreglo a la jurisprudencia, en el supuesto de que se recurra a una entidad que posean en común varias administraciones públicas, el «control análogo» puede ser ejercido conjuntamente por tales administraciones, sin que sea indispensable que cada una de ellas lo ejerza individualmente.

De lo anterior se deduce que, si una administración pública se convierte en socio minoritario de una sociedad por acciones de capital totalmente público con objeto de adjudicarle la gestión de un servicio público, el control que las administraciones públicas que son socios de dicha sociedad ejercen sobre ella puede ser considerado análogo al control que ejercen sobre sus propios servicios cuando es ejercido conjuntamente por tales administraciones públicas.

En estas circunstancias, si bien es verdad que en caso de que varias administraciones públicas utilicen una entidad común para llevar a cabo una misión común de servicio público no es desde luego indispensable que cada una de las administraciones públicas tenga por sí sola un poder de control individual sobre la entidad de que se trate, no es menos cierto que el control que se ejerce sobre ésta no puede basarse exclusivamente en el poder de control de la administración pública que tenga una participación mayoritaria en el capital de la entidad en cuestión, pues lo contrario supondría vaciar de contenido el concepto mismo de control conjunto”.

Debe señalarse para concluir con este epígrafe, que en relación al control conjunto, ya en el propio caso Teckal, las conclusiones del Abogado General insistieron en que se

resultaba muy improbable que un Ayuntamiento que participa con el 0,9 % en una Mancomunidad con otros 44 municipios pueda tener sobre ésta un control análogo al que tiene sobre sus propios servicios⁴.

3.1.6 Publicidad de la condición de medio propio.

Según prescribe la LCSP, el medio propio personificado deberá publicar en la Plataforma de Contratación su condición de tal, además de “*respecto de qué poderes adjudicadores la ostenta-, y los sectores de actividad en los que, estando comprendidos en su objeto social, será apto para ejecutar las prestaciones que vayan a ser objeto de encargo*”.

3.1.7 Forma y publicidad del encargo.

El documento en que se formalice el encargo, que habrá de establecer el plazo de duración de este, deberá publicarse en el Perfil del Contratante del poder adjudicador (a diferencia de la publicación referida en el epígrafe anterior que es en la plataforma de contratación del medio propio personificado), pero únicamente cuando el importe fuera superior a 50.000 euros, IVA excluido.

Por otro lado, la información relativa a los encargos de importe superior a 5.000 euros, pero inferior a los 50.000 mencionados, deberán publicarse, al menos, trimestralmente.

De lo expuesto deriva que aquellos encargos de cuantía inferior a 5.000 euros no serán objeto de publicación alguna. Entendemos, en aplicación del principio de la *lex posterior*, que este apartado del artículo 32 LCSP deroga, en lo que sea con él contradictorio, el 8.1 b) *in fine* de la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno, que imponía la obligación de publicar (sin precisar dónde) “*las encomiendas de gestión que se firmen, con indicación de su objeto, presupuesto, duración, obligaciones económicas y las subcontrataciones que se*

⁴En el sentido expuesto sostiene GONZÁLEZ GARCÍA, Julio V. (“*Medios propios de la Administración, colaboración interadministrativa y sometimiento a la normativa comunitaria de contratación. Comentario a la Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 19 de abril de 2007: cuestión prejudicial planteada por el Tribunal Supremo en el asunto Asemfo c. Tragsa y Administración General del Estado*”, Revista de Administración Pública, nº 173, mayo-agosto 2007, pág. 231): “*vístase como se vista la situación, pero parece imposible aceptar que, siendo titular sólo del 1 % de las acciones, se dispone de un control similar al que se tiene sobre los propios servicios. Y ello por lo que supone (...) lo que indica la analogía en el control*”.

realicen con mención de los adjudicatarios, procedimiento seguido para la adjudicación e importe de la misma”.

Como puede observarse, el último precepto no hace ningún tipo de distinción en relación con la publicación de los encargos, debiendo ser, todos, publicados.

Por lo demás, ha de precisarse que, de los encargos de cuantía superior a 5.000 euros e inferior a 50.000, no se publica el documento de formalización, sino, al menos: su objeto, duración, las tarifas aplicables y la identidad del medio propio destinatario del encargo, ordenándose los encargos por identidad del medio propio.

3.1.8 La contratación con terceros de parte de la prestación.

La LCSP, cuando exceptúa de la aplicación de las normas de contratos a los negocios jurídicos en cuya virtud se encargue a una entidad que tenga atribuida la condición de medio propio personificado la realización de una determinada prestación, prevé una excepción de la excepción, y es que el art. 32.7 establece que a los negocios jurídicos que los entes destinatarios del encargo celebren en ejecución del mismo, *“quedará sometido a esta Ley, en los términos que sean procedentes, de acuerdo con la naturaleza de la entidad que los celebre y el tipo y valor estimado de los mismos y, en todo caso, cuando el medio propio no sea poder adjudicador, se le aplicarán las normas contenidas en el Título I del Libro Tercero de la presente Ley, que lleva por rúbrica “adjudicación de los contratos”.*

Así pues, el medio propio personificado puede contratar con terceros la realización parcial de la prestación, ahora bien, esos contratos estarán sometidos a la LCSP.

En relación a si estos nuevos contratos suscritos por el medio propio pueden entenderse como supuestos de subcontratación y, en consecuencia, aplicárseles lo establecido en el art. 215 LCSP, ha tenido oportunidad de pronunciarse la Junta Consultiva de Contratación Administrativa. Esta, en su informe 11/11, de 15 de diciembre de 2011, denominado *“Régimen de encomiendas de gestión a los medios propios. Requisitos básicos. Realización de obras”*, niega expresamente que resulten de aplicación las limitaciones contenidas en el artículo mencionado (en aquel momento 210.2 e) de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público), *“puesto que este precepto se aplica a la subcontratación, es decir, a aquellos contratos que el*

contratista, adjudicatario de un contrato de la Administración, puede a su vez, concertar con terceros, supuesto distinto del medio propio”.

Sentado lo anterior, y teniendo presente que no son de aplicación los requisitos previstos para la subcontratación, debe señalarse que la nueva norma prevé una limitación para la contratación con terceros de parte de la prestación objeto de encargo que es que el importe de las prestaciones parciales que el medio propio contrate con terceros no exceda del 50% de la cuantía del encargo.

Esta limitación ha de ponerse en conexión con el requisito, ya estudiado, relativo a la necesidad de que el poder adjudicador, previo al reconocimiento en los estatutos de la entidad destinataria del encargo de su condición de medio propio respecto de aquel, verifique que el ente de que se trata cuenta con medios personales y materiales apropiados para la realización del encargo, y ello porque, si el ente destinatario del encargo cuenta con tales medios, en principio, no tendría por qué recurrir a la contratación con terceros, opción esta que habría de ser excepcional, razón por la cual, no puede por más que calificarse como lógico el límite impuesto por la norma.

Con la conjunción de ambos requisitos pretende evitarse definitivamente la mala praxis, ya descrita, consistente en que el poder adjudicador encargue a un medio propio carente de medios la ejecución de una prestación para que este recurra a la contratación con terceros, contratación en la que no se aplicará con el mismo rigor la normativa contractual.

Ello no obstante, la norma prevé una excepción a este respecto, que, en este caso, y si se nos permite, sería “la excepción de la excepción de la excepción”, y es que la limitación expuesta no será de aplicación a los contratos de obras que celebren los medios propios a los que se les haya encargado una concesión, ya sea de obra o de servicios.

De igual forma, tampoco será aplicable 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 aquellos en que la misma se atribuya a una entidad de derecho privado cuyo capital sea, en su totalidad, de titularidad pública”.*

Siendo esto así, parece que en los casos expuestos el recurso a la contratación con terceros es libre, de forma que el ente destinatario del encargo puede recurrir a la misma

sin limitación alguna, aunque el mismo cuente con los medios personales y materiales para ejecutar el cometido que se le ha asignado, requisito este que no se exceptiona.

3.2 Los encargos realizados por entidades del sector público que no tengan la consideración de poder adjudicador.

El concepto de sector público es integrador del de poder adjudicador y este, a su vez, del de Administraciones Públicas, de forma que, las Administraciones Públicas siempre serán poderes adjudicadores, y los poderes adjudicadores, a su vez, integrarán siempre el sector público.

Lo que se analizará sucintamente en estas líneas son los encargos realizados por aquellas entidades integrantes del sector público que no sean poderes adjudicadores, y, en consecuencia, tampoco administraciones públicas, posibilidad esta regulada en el artículo 33 LCSP.

Las Directivas no prevén esta opción y, como se verá, nuestro legislador no ha sido especialmente cuidadoso en la redacción del precepto, que se caracteriza, a diferencia del artículo 32, por su falta de detalle.

El mencionado artículo 33 dispone que las entidades del sector público que no tengan la consideración de poder adjudicador podrán ejecutar de manera directa prestaciones propias de los contratos del sector público, a cambio de una compensación, valiéndose de otra persona jurídica distinta que merezca la calificación de medio propio personificado respecto de ellas. El encargo que cumpla con tales requisitos no tendrá la consideración de contrato.

Acto seguido precisa los requisitos que han de concurrir en dicha persona jurídica (de derecho público o privado) para que tenga la mencionada consideración de medio propio personificado.

Dichos requisitos son:

1. Que el ente del sector público que hace el encargo ostente el control sobre el ente destinatario del mismo en el sentido del art. 42 del Código de Comercio.

Siendo esto así, se presumirá que existe control cuando el ente del sector público se encuentre, en relación con la persona jurídica de que se trate, en alguna de las siguientes situaciones:

- a) Posea la mayoría de los derechos de voto.
 - b) Tenga la facultad de nombrar o destituir a la mayoría de los miembros del órgano de administración.
 - c) Pueda disponer, en virtud de acuerdos celebrados con terceros, de la mayoría de los derechos de voto.
 - d) Haya designado con sus votos a la mayoría de los miembros del órgano de administración, que desempeñen su cargo en el momento en que deban formularse las cuentas consolidadas y durante los dos ejercicios inmediatamente anteriores.
2. Que la totalidad del capital social o patrimonio del ente destinatario del encargo sea de titularidad pública.
 3. Que más del 80% de las actividades del ente destinatario del encargo se lleven a cabo en el ejercicio de los cometidos que le han sido confiados por el ente del sector público que realiza el encargo y que lo controla o por otras personas jurídicas controladas del mismo modo por este último.

El cumplimiento de este requisito deberá quedar reflejado en la Memoria integrante de las Cuentas Anuales del medio propio personificado y ser objeto de verificación por el auditor de cuentas.

Por lo demás, estos medios propios personificados, cuando sean entidades integrantes del sector público institucional deberán cumplir también con los requisitos previstos en el art. 86 de la Ley 40/2015 (LRJSP), ya descritos en el subepígrafe de este trabajo denominado “3.1.3 otros requisitos”, pues dicho artículo hace referencia a “medios propios y servicios técnicos de los poderes adjudicadores y del resto de entes y sociedades que no tengan la consideración de poder adjudicador”.

Así mismo, aunque no se señale expresamente en el artículo, entendemos de aplicación lo previsto en relación con la publicación de los encargos, desarrollada en el subepígrafe “3.1.7 Forma y publicidad del encargo”, puesto que el precepto que regula tal publicación, que es el 63.6 LCSP señala que debe publicarse la “*formalización de los encargos a medios propios*”, sin precisar si tales encargos los realizan poderes adjudicadores o entidades del sector público carentes de tal condición, y, en cualquier caso, si se entendiera que el mismo no es de aplicación, lo sería el 8.1 b) de la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno, que se mantendría en vigor para estos encargos.

Finalmente, solo queda señalar a este respecto que el apartado 3º del mencionado art. 33 prevé que el apartado 2º del mismo – que es el que regula las condiciones que han de concurrir en una persona jurídica para poder ser considerada medio propio personificado respecto de una entidad del sector público-, también se aplicará “*en los casos en que una persona jurídica del sector público estatal realice un encargo a otra persona jurídica del sector público estatal, siempre que una de ellas, ya sea la que realiza el encargo o la que lo recibe, ejerza el control de la otra o participe directa o indirectamente en su capital social*”.

Como puede observarse, este último inciso solo puede ser calificado como engorroso y carente de claridad, habrá de estarse a la interpretación que se haga del mismo cuando la LCSP entre en vigor.

IV. LOS ENCARGOS COMO OBJETO DEL RECURSO ESPECIAL EN MATERIA DE CONTRATACIÓN.

Como novedad importante ha de señalarse que el art. 44.2 e) LCSP prevé entre las actuaciones objeto de recurso especial en materia de contratación, “*la formalización de encargos a medios propios en los casos en que estos no cumplan los requisitos legales*”.

Debe precisarse a este respecto que solo serán objeto de este recurso los encargos efectuados por entidades que tengan la consideración de poderes adjudicadores.

Lo expuesto debe ponerse en conexión con lo dispuesto en el art. 40 c), que establece que serán anulables “*los encargos que acuerden los poderes adjudicadores para la ejecución directa de prestaciones a través de medios propios, cuando no observen los*

requisitos establecidos en los apartados 2, 3 y 4 del artículo 32, relativos a la condición de medio propio”

Así mismo, el art. 50.1 f) prevé que el plazo de quince días hábiles de que se dispone para presentar el recurso comenzará a computarse, cuando este se interponga contra un encargo a medio propio por no cumplir los requisitos establecidos en el art. 32, desde el día siguiente a aquel en que se haya publicado en el perfil del contratante. Lo cual demuestra la importancia que la publicación de los encargos ostenta.

V. CONCLUSIÓN.

Teniendo en cuenta que, como se ha dicho, el empleo de esta figura permite excepcionar la aplicación de las normas que rigen la adjudicación de los contratos público, normas que, por lo demás, son garantes de la libre concurrencia, puede afirmarse que la regulación contenida en el Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, que solo dedica un apartado de un precepto a regular este recurso, es insuficiente para disciplinar una figura que presenta infinidad de matices.

El legislador, en la nueva Ley de Contratos del Sector Público ha abordado la tarea de regular con mucho mayor detalle esta institución, limitando las posibilidades de recurrir al uso de la misma como forma de evadir la aplicación de las rígidas normas que regulan la contratación del sector público.

Si bien ha de reconocerse la labor realizada, también ha de señalarse que la nueva regulación presenta ciertas deficiencias, por ejemplo los casos en los que el legislador se ha limitado a “copiar” (permítasenos la expresión) lo dispuesto en las Directivas comunitarias, sin ir más allá, y dejando sin resolver determinados interrogantes, como puede ser el relativo a la aplicabilidad práctica de la encomienda en sentido ascendente, o, la redacción del artículo 33, relativo a los encargos realizados por entidades del sector público que no tengan la consideración de poderes adjudicadores, que lejos de caracterizarse por su claridad, lo hace por su falta de precisión y desarrollo.

Habrà de esperarse a que entre en vigor la norma y comiencen a aplicarse tales preceptos para ver cómo van resolviéndose los interrogantes que, por el momento, presenta la nueva LCSP en lo que a los encargos a medios propios personificados respecta.

VI. BIBLIOGRAFÍA.

Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (16 de julio de 2015) “*Informe sobre el anteproyecto de Ley de Contratos del Sector Público*”.

García Melián, Juan Carlos, “*responsable del contrato en la nueva Ley de Contratos del Sector Público*” (artículo disponible en: <https://mymabogados.com/responsable-del-contrato-nueva-lcsp.html>).

González García, Julio V., “*Medios propios de la Administración, colaboración interadministrativa y sometimiento a la normativa comunitaria de contratación. Comentario a la Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 19 de abril de 2007: cuestión prejudicial planteada por el Tribunal Supremo en el asunto Asemfo c. Tragsa y Administración General del Estado*”, Revista de Administración Pública, nº 173, mayo-agosto 2007.

Lozano Cutanda, Blanca y Fernández Puyo, Irene, “*los nuevos requisitos de la contratación in-house previstos en el Proyecto de Ley de Contratos del Sector Público y en la Ley 40/2015*” (artículo disponible en: http://www.gomezacebo-pombo.com/media/k2/attachments/los-nuevos-requisitos-de-la-contratacion-in-house-previstos-en-el-proyecto-de-ley-de-contratos-del-sector-publico-y-en-la-ley-40-2015_2.pdf).

Tribunales Administrativos de Contratación Pública (1 de marzo de 2016), “*los efectos jurídicos de las Directivas de Contratación Pública ante el vencimiento del plazo de transposición sin nueva ley de contratos del sector público*”.

Tribunal de Cuentas (30 de abril de 2015) “*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*”.

Tribunal de Cuentas (22 de diciembre de 2016) “*Informe 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*”.