



UNIVERSITAT DE
BARCELONA

Facultat de Dret

**EXTERNALIDADES DERIVADAS DEL ENCARGO DE
PRESTACIONES TÍPICAMENTE CONTRACTUALES A ENTES
INSTRUMENTALES PARA LA PRESTACIÓN DE SERVICIOS
PÚBLICOS**

**TRABAJO DE FINAL DE GRADO
CURSO 2023-2024
SEGUNDO CUATRIMESTRE
GRUPO DE CONTRATOS DEL SECTOR PÚBLICO (C8)
DERECHO ADMINISTRATIVO**

Autor: José Aparicio Ariza – NIUB 20386074

Tutora: Dra. Belén Noguera de la Muela

«Est enim unum ius quo deincta est hominum societas et quod lex constituit una, quae lex est recta ratio imperandi atque prohibendi. Quam qui ignorat, is est iniustus, siue est illa scripta uspiam siue nusquam¹».

Tulius Cicero, Marcus (52 a.C.). *De legibus* [Liber I, 42].

«En efecto, hay un único Derecho que mantiene unida a la sociedad y lo establece una sola Ley, que es la recta razón a la hora de ordenar y prohibir. Quienes la ignoran, son injustos, tanto si la misma está escrita como si no lo está».

Tulio Cicerón, Marco (52 a.C.). *Las Leyes* [Libro I, 42].
Traducción propia.

¹ TULLIO CICERÓN, Marco. *De Legibus*. Libro I, Apartado 42. Extraído de «M. TVLLI CICERONIS DE LEGIVS LIBER PRIMUS». En: *The Latin Library* (en línea). <<https://www.thelatinlibrary.com/cicero/leg1.shtml>> [Consulta 30 de mayo de 2024].

Resumen

El presente trabajo tiene por objeto abordar las diferentes externalidades derivadas de los encargos a medios propios personificados como fórmula de autoprovisión administrativa de servicios públicos. Tales encargos se excepcionan específicamente del ámbito de aplicación de los procedimientos concursenciales legalmente establecidos y, por consiguiente, siempre que se cumplan los requisitos de legal y preceptiva observancia, también quedan excluidos del régimen sancionador en materia de defensa de la competencia. La pretensión de esta investigación es analizar la legislación vigente a la luz de la jurisprudencia recaída para formar una perspectiva informada a partir de la cual enjuiciar, dentro de las diversas modalidades de gestión de los servicios públicos, cual es la más idónea, atendiendo a las circunstancias particulares de cada caso en el que se requiera la prestación de un servicio público. Así pues, se pretende formar un espíritu crítico ante el autoabastecimiento administrativo en general como fórmula alternativa a la contratación pública, y ante el régimen *in house* en particular, como especie del anterior género.

Abstract

This paper aims to approach the constraints subsequent to in-house providing procedures as self-sufficiency means to acquire the suppliance of public services. Such assignments are specifically excluded from the application of the public procurement procedures legally stablished and therefore, as long as the legal requirements are complied, are also excluded from the antitrust regulations. This research assesses the in-force regulations and jurisprudence to gather an informed perspective through which determine the most accurate way of providing public services given the particular circumstances surrounding each case in which the provision of a public service is required. Consequently, the main purpose underlying this research is the formation of a critical spirit on administrative self-suppliance methods in general, as alternative means to public procurement, and more specifically, a critical approach to in-house assignments as a category of the aforementioned administrative self-suppliance.

Palabras clave

Encargos a medios propios personificados. Contratación pública. Derecho Administrativo Español. Derecho Comunitario Europeo. Derecho de la Competencia. Derecho Público. Derecho de sociedades.

Key words

In house providing assignments. Public procurement. Spanish Administrative Law. European Law. Antitrust Law. Public Law. Corporate Law.

SUMARIO

1. INTRODUCCIÓN.....	6
1.1. Justificación, objeto de la presente investigación y premisas iniciales a modo de hipótesis.....	6
1.2. Estado de la cuestión	10
2. LA DETERMINACIÓN DE LA CONDICIÓN DE UN ENTE INSTRUMENTAL COMO MEDIO PROPIO.....	15
2.1. Requisitos relativos a la condición de medio propio.....	15
2.2. La exigencia de control análogo y su evolución.....	16
2.3. Vínculo de destino. Realización de la parte esencial de la actividad con el poder adjudicador	21
2.4. Ausencia de participación de capital privado	22
3. DISTINCIÓN DE LAS DIFERENTES TIPOLOGÍAS DE AUTOPROVISIÓN ADMINISTRATIVA DE OTRAS FIGURAS AFINES PERO DIFERENTES.....	23
3.1. Planteamiento	23
3.2. El caso de la ciudad de Pori: transferencia de competencias y encargo a ente instrumental con personificación interpuesta	25
3.3. La denominada gestión directa asociativa: asunto CONGIAC	27
3.4. Sobre la gestión directa descentralizada de los servicios públicos locales y su calificación como encargo a medio propio personificado	29
4. ENCARGOS A MEDIOS PROPIOS Y AFECTACIONES AL RÉGIMEN DE LIBRE COMPETENCIA	32
4.1. Planteamiento y consideraciones generales.....	32
4.2. Sobre la elección del régimen prestacional y forma de gestión de los servicios públicos como presupuesto con afectaciones potenciales en la competencia	34
A) Régimen de monopolio y medios propios	35
B) Consideraciones sobre la gestión directa e indirecta desde la óptica de la libre competencia	36
5. CONCLUSIONES FINALES	39
6. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS	41
6.1. Monografías y capítulos de obras colectivas.....	41
6.2. Recursos electrónicos	42
6.3. Legislación	43
A) Disposiciones normativas con fuerza de Ley. Fuentes de Derecho	43
B) Actos sin fuerza normativa de sujetos con iniciativa legislativa	43
6.3. Relación de jurisprudencia	44
6.4. Relación de doctrina administrativa	45

Relación de abreviaturas

Art. Artículo.

CE. Constitución Española de 1978.

CNMC. Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia.

Directiva 2014/23/UE. Directiva 2014/23/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, relativa a la adjudicación de contratos de concesión.

Directiva 2014/24/UE. Directiva 2014/24/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, sobre contratación pública y por la que se deroga la Directiva 2004/18/CE.

Directiva 2014/25/UE. Directiva 2014/25/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, relativa a la contratación por entidades que operan en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales y por la que se deroga la Directiva 2004/17/CE.

FJ. Fundamento jurídico.

IGE. Intervención General del Estado.

LDC. Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia.

LBRL. Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local.

LCSP. 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.

LRJSP. Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público.

STJUE. Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

STS. Sentencia del Tribunal Supremo.

STSJC. Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña.

TACRC. Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales.

TRLCSP. 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.

TFUE. Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea.

TUE. Tratado de la Unión Europea.

1. INTRODUCCIÓN

1.1. Justificación, objeto de la presente investigación y premisas iniciales a modo de hipótesis

El presente Trabajo de Final de Grado (TFG) tiene por objeto y finalidad abordar diferentes cuestiones que se suscitan al hilo de la gestión de los servicios públicos a través de los denominados encargos *in house providing* o a medios propios personificados, que son entes instrumentales con personalidad jurídica interpuesta por la Administración Pública que los ha constituido en ejercicio de su capacidad autoorganizativa².

Los encargos a medios propios se categorizan como fórmulas de cooperación vertical y, junto con los convenios interadministrativos (fórmulas de cooperación horizontal), conforman las denominadas técnicas de autoprovisión administrativa³, cuyo principal atractivo es que, si se cumplen ciertos requisitos, quedan excluidas de la aplicación de la normativa en materia de contratación pública. Similarmente, no se rige por la normativa de contratos del sector público la delegación o transferencia de competencias; una modalidad de relaciones interadministrativas que, como se expondrá, aunque se ha relacionado con los sistemas de autoprovisión, es conceptualmente distinta puesto que no tiene por objeto el encargo prestaciones que bien pudieran corresponderse con las recabadas mediante la contratación pública.

² Así los define Belén Noguera en: NOGUERA DE LA MUELA, Belén. «Los contornos de la autoprovisión administrativa en la gestión de los servicios públicos». En: Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica, núm. 18, pág. 32-55 [en línea]. 17 de octubre de 2022. <<https://doi.org/10.24965/reala.11119>>. [Consulta 3 de febrero de 2024].

³ Los encargos a medios propios y los convenios interadministrativos aunque ambos se configuran como fórmulas de autoprovisión, también denominadas sistemas de cooperación público-público o de cooperación intrapública, son figuras donde difiere la naturaleza del ente que realizará la prestación. Mientras que los convenios se celebran entre entidades pertenecientes al sector público (v. art.31.1.b LCSP), los medios propios que satisfacen encargos a la Administración pueden ser personas jurídicas de derecho público, como pueden ser las entidades públicas empresariales de ámbito estatal definidas en el art. 103 LRJSP, o bien entes de derecho privado (v. art. 32.1 LCSP) tales como sociedades mercantiles regidas por el ordenamiento jurídico privado.

La cuestión del *nomen iuris* de estas formas de autoprovisión administrativa otrora, bajo regímenes regulatorios anteriores, generó severas confusiones en su estudio. En específico, por una regulación discordante de lo que se denominaba encomiendas de gestión en la normativa de contratos públicos y en la relativa al régimen jurídico del sector público. También resulta terminológicamente imprecisa, y contraria a su naturaleza, la expresión «*contratos públicos*» empleado recurrentemente por el legislador europeo en sus Directivas cuando hace referencia al vínculo de poderes adjudicadores con sus personas jurídicas instrumentales, pues como se abundará en el presente trabajo, tal vínculo carece de los elementos esenciales definitorios de las relaciones contractuales, sobre todo en atención a la ausencia de bilateralidad.

Es este sentido, véase: COLÁS TENAS, Jesús. «La dificultad de distinguir entre encomiendas de gestión de la LRJPAC y del TRLCSP». En: Encomiendas de gestión, encargos y convenios en la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público. *Repositorio digital de la Fundación democracia y Gobierno Local* [en línea]; <https://repositorio.gobiernolocal.es/xmlui/bitstream/handle/10873/1721/08_COLAS_P150_184_QDL_41.pdf?sequence=1>. [Consulta 12 de abril de 2024].

En definitiva, la regulación de esta figura supone dejar expedita a las Administraciones Públicas una vía alternativa a los procedimientos de adjudicación de contratos para recabar de sus entes instrumentales prestaciones de naturaleza contractual sin que el régimen jurídico de su relación vertical se sujete a la legislación de contratos públicos. Por consiguiente, la relación jurídica que se establece entre la Administración encomendante de la prestación y su medio propio no es de naturaleza contractual por carecer de bilateralidad, encontrando su fundamento en la potestad autoorganizativa de la Administración y no en el principio de concurrencia que rige en la adjudicación de los contratos públicos. Las anteriores cuestiones no son intrascendentes dado que la exclusión singular de los sistemas de autoprovisión administrativa de las normas concurrenciales de la contratación pública implica inhibir de aplicación los principios y garantías que rigen la adjudicación de los contratos del sector público, así como las disposiciones en materia de defensa de la competencia.

Como es sabido, la integración europea ha supuesto una «comunitarización» en múltiples sectores materiales, entre muchos otros, en el ámbito específico de la contratación pública, que el legislador europeo concibe como un instrumento de aprovisionamiento a través del cual pueden vehicularse otros múltiples objetivos de políticas públicas. En consecuencia, han emanado de las instituciones europeas un conjunto de principios transpuestos a las disposiciones normativas nacionales en materia de contratación pública de los Estados miembros tales como, entre otros y sin ánimo exhaustivo, los principios de eficiencia en la contratación, su visión estratégica, la transparencia, igualdad, integridad o la libre competencia.

La exclusión de los sistemas de autoprovisión en general de la regulación de los contratos públicos y, de los encargos a medios propios en particular, ha suscitado importantes preocupaciones de carácter práctico. Con ocasión del uso –y abuso– en la gestión de servicios públicos mediante fórmulas de cooperación vertical, se han observado una serie de patologías entorno al fenómeno de la huida del Derecho Administrativo y afectaciones en el régimen de libre competencia en el mercado.

En ambos sentidos ha incidido no solo la doctrina administrativista, sino que también organismos constitucionales como el Tribunal de Cuentas u organismos autónomos estatales como la extinta Comisión Nacional de la Competencia o la actual Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia⁴.

Así pues, es pretensión del presente TFG abordar de forma sistemática las diferentes vicisitudes que dimanar de los encargos de prestación de servicios públicos a medios

⁴ A destacar, entre otros y sin ánimo exhaustivo, el Informe del Tribunal de Cuentas 1470/2022, de 31 de marzo, «de fiscalización de la adaptación de los medios propios existentes a la Ley 40/2015, de régimen jurídico del sector público y de la Ley 9/2017, de contratos del sector público» y los diversos informes de 2013, «de fiscalización sobre la utilización de la encomienda de gestión, regulada en la legislación de contratación pública aplicable por las entidades» de varios organismos públicos; el informe de 2008 de la Comisión Nacional de la Competencia y el informe de 2013 de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia titulados ambos como «Los medios propios y las encomiendas de gestión: implicaciones desde la óptica de la promoción de la competencia».

propios controlados por la Administración encomendante con una perspectiva crítica, atendiendo a las consecuencias fácticas que acarrea su uso, que se ha generalizado ampliamente y como han señalado la CNMC y la IGE⁵, la determinación cuantitativa de entes instrumentales existentes es tarea casi inabarcable dada la generalización de su uso en todas las Administraciones territoriales⁶.

Para ello, el análisis se centrará desde una tripe perspectiva. En primer lugar, se expondrán los presupuestos objetivos del encargo y los requisitos subjetivos que han de concurrir en el ente con personalidad jurídica para considerarlo medio propio. En segundo lugar, delimitados los contornos definitorios de los medios propios, de acuerdo con la reciente jurisprudencia comunitaria, se abordará su necesaria distinción de otras figuras como la transferencia de competencias que, si bien pudieran parecer institutos jurídicos afines, en puridad no constituyen auténticos sistemas de autoaprovisionamiento administrativo. Finalmente, se acometerá un análisis de diferentes afectaciones al régimen de libre competencia entre operadores económicos que pudieran derivar de determinados encargos a medios propios.

No es objeto del presente trabajo aportar argumentos para censurar la autoprovisión administrativa como forma de gestión de los servicios públicos, puesto que es una forma legalmente regulada e idónea en algunos supuestos. La presente obra parte de la premisa de que el ofrecimiento de servicios públicos es una parte inherente de la actividad administrativa. En ese sentido, la denominada actividad de servicio público, también denominada actividad prestacional⁷, puede gestionarse de forma directa por la propia Administración titular de la prestación del servicio, o bien de forma indirecta, mediante las figuras contractuales de servicios y de concesión de servicios cuya ejecución se adjudica a un operador económico privado tras la prosecución de los preceptivos procedimientos concurrenciales regulados en la LCSP.

La cuestión de determinar si la gestión de un determinado servicio público corresponderá a la propia Administración titular del servicio, en ejercicio de su discrecionalidad técnica. Efectivamente, la constitución de medios propios para el posterior encargo de servicios se enmarca en la discrecionalidad técnica administrativa puesto que, *prima facie* y salvadas ciertas excepciones⁸, el ordenamiento jurídico es neutro a la hora de determinar la concreta modalidad directa o indirecta de gestión del servicio.

⁵ Informe de la Intervención General de la Administración del Estado relativo a los principales resultados de control en materia de contratación pública conforme al artículo 332.11 de la LCSP, de 5 de noviembre de 2020.

⁶ La *Guía sobre Contratación Pública. Los encargos a medios propios y los convenios*, de 14 de febrero de 2023, de la CNMV, con cita al Informe de 2013 *Los medios propios y las encomiendas de gestión: implicaciones desde la óptica de la promoción de la competencia*,

⁷ Se hace referencia a esta modalidad de actividad administrativa de acuerdo con la terminología de la clasificación tripartita de la actividad de la Administración, aportada por el profesor D. Luis Jordana de Pozas, quien en varias obras de principios del siglo pasado distinguió, dentro de la actuación administrativa, las actividades de policía, de fomento y de prestación o de servicio público.

⁸ V. art. 86.2 LCSP.

Dicho en otros términos, ante tales modalidades de gestión, el legislador adopta una postura neutra dado que, en general, no exhorta a la Administración a preferir uno u otro modelo. En efecto, la Administración que por ministerio de la ley sea titular del servicio, habrá de escoger a su discreción entre la gestión directa o indirecta en atención a criterios esencialmente técnicos y económicos.

La discrecionalidad se ha definido por la jurisprudencia como «*libertad de elección entre alternativas igualmente justas*⁹». No obstante, la doctrina entiende acertadamente que la discrecionalidad, entendida como «*la existencia de libertad e indiferencia jurídica no es posible en nuestro Estado de Derecho*¹⁰». Efectivamente, como se abundará más adelante, la cuestión de conceder o encargar servicios a medios propios se ha de decidir en ejercicio de una discrecionalidad reglada puesto que el legislador ha establecido una serie de requisitos para la creación de medios propios que operan como limitación a la discrecionalidad en la medida que implican que no puede constituirse un medio propio al objeto de satisfacer cualquier prestación del género que sea, puesto que se han de observar ciertos requisitos de legal y preceptivo cumplimiento.

En efecto, a modo de ejemplo, la afirmación de la condición de medio propio se supedita *ex art. 86.2.a) LCSP* a que la prestación satisfecha mediante esa fórmula de cooperación vertical sea más eficiente que la contratación pública y que su ejecución por esta vía resulte (*sic*): «*sostenible y eficaz, aplicando criterios de rentabilidad económica*».

En consecuencia, como se ha dicho *supra*, no es pretensión de este trabajo censurar el encargo de prestaciones típicamente contractuales a entes instrumentales porque, como se acaba de exponer, estas técnicas de cooperación vertical para la autoprovisión de servicios públicos son un conducto más para vehicular la gestión de los servicios públicos y, están condicionadas por una serie de requisitos y límites impuestos *ex lege*. No obstante, pese a ser una modalidad de gestión válida, como se expondrá, de su uso abusivo se derivan ciertas problemáticas sobre las que esta investigación abundará en su análisis en los subsiguientes epígrafes.

A la postre, recogiendo la dicción literal de la STS 343/1990, una de las finalidades del Derecho Administrativo es regular de forma garantista la prestación de los servicios públicos como contenido esencial del Estado social. En palabras de la precitada resolución judicial, el Derecho Administrativo (*sic*): «*ya no aspira a solo a la defensa del ciudadano frente a las injerencias indebidas de los poderes públicos, sino a conseguir una Administración prestadora eficaz de los servicios públicos*¹¹».

⁹ STS (Sec. 2ª) 2593/2010, de 3 de mayo (recurso 576/2005). Aunque no trata un asunto de contratación pública, lo cierto es que resulta muy pedagógica su conceptualización de la discrecionalidad administrativa.

¹⁰ Cita extraída de: PONCE SOLÉ, JULI. «Els fonaments i les bases constitucionals del Dret Administratiu». En: *Manual de fonaments del Dret Administratiu i de la gestió pública*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2020, pág. 128-130. La traducción es nuestra.

¹¹ STS (Sec. 1ª) 343/1990, de 26 de febrero (recurso 914/1986), FJ 2.

1.2. Estado de la cuestión

Son varios los hitos históricos que marcan la formación de la institución del medio propio como ente instrumental para la gestión directa de los servicios públicos. La concepción actual de esta fórmula de cooperación vertical es de origen eminentemente europeo, pues su régimen regulatorio es la positivización en las directivas europeas de contratación de los requisitos para la exclusión de determinados encargos del ámbito de aplicación de los procedimientos de contratación pública, requisitos que fueron jurisprudencialmente establecidos por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea a partir del *leading case Teckal*, cuya sentencia data del 18 de noviembre de 1999.

Aunque su regulación pueda parecer relativamente reciente, lo cierto es que en el ordenamiento jurídico español encontramos disposiciones normativas que preveían la autoprovisión administrativa de bienes y servicios de forma directa. A modo de ejemplo, una primera referencia histórica con ciertas reminiscencias evocativas a los encargos *in house* la encontramos en el art. 25 de la Ley de Obras Públicas de 13 de abril de 1877, cuando en su inciso primero dice (*sic*): «*El Gobierno podrá ejecutar las obras de cargo del Estado por Administración o por contrata. El primer método se aplicará únicamente a aquellos trabajos que no se presten a contratación por sus condiciones especiales, o porque no puedan fácilmente sujetarse a presupuestos por predominar en ellos la parte aleatoria, o por otra cualquiera circunstancia*¹²».

En cualquier caso, como se ha avanzado, la formación de un régimen jurídico de los encargos entre poderes adjudicadores es gracias a la doctrina jurisprudencial emanada del Tribunal de Luxemburgo que, a partir del análisis interpretativo de la ya derogada Directiva 92/50/CEE del Consejo de 18 de junio de 1992 sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de servicios, fue contorneando este sistema de cooperación vertical, generando lo que la doctrina ha calificado como un verdadero cuerpo de «*ius praetorium*» que se ha positivizado con su incorporación en las últimas directivas comunitarias en materia de contratación pública.

Este proceso de formación jurisprudencial de los requisitos no ha culminado con la entrada en vigor del cuarto paquete de directivas de contratos del sector público de 2014. En ese año, el legislador europeo recogió los requisitos definitorios de los encargos *in house* sentados por la jurisprudencia. No obstante, entradas en vigor las precitadas directivas y, habiendo sido objeto de transposición en los ordenamientos jurídicos nacionales, la actividad interpretativa del TJUE no ha cesado puesto que ha resuelto recientemente múltiples asuntos que, partiendo de la jurisprudencia recaída, han precisado todavía más los contornos de los encargos *in-house*. En concreto, recayeron

¹² Ley de Obras Públicas de 13 de abril de 1877, publicada en la «Gaceta de Madrid» núm. 105, de 15 de abril de 1877, páginas 138 a 142 (5 págs.). Fue elaborada por el Ministro de Fomento de la época, D. Francisco de Borja Queipo de Llano, habilitado por la Ley de Bases de 29 de diciembre de 1876. En su articulado prevé que el resto de Administraciones territoriales que conformaban la organización territorial del Estado también podían gestionar la ejecución de obras públicas de forma directa, empleando el término «*por Administración*». Por su parte, los arts. 39 y 48 del mismo cuerpo legal, respectivamente, se referían a provincias y municipios con idéntica regulación.

en 2020 tres relevantes sentencias, en concreto, las de los asuntos *ISE-Colonia*, *Remondis 2* y *Porin Linjat* (respectivamente, SSTJUE de 28 de mayo de 2020, asunto C-196/14; de 4 de junio de 2020, asunto C-429/19 y de 18 de junio de 2020, asunto 328/19).

En el *iter* de formación de este derecho que calificamos de pretoriano, también son destacables la Comunicación de la Comisión Europea de 11 de marzo de 1998¹³, en cuyo epígrafe 2.1.3. se propone clarificar y consolidar cuestiones complejas suscitadas de la aplicación del derecho comunitario tales como el propio régimen de los encargos *in-house*. Asimismo, el Libro Verde sobre contratación pública de la Unión Europea de 27 de enero de 2011¹⁴ que, con cita a la jurisprudencia recaída, estableció en su epígrafe 2.3 que se habían de establecer los márgenes que permitieran distinguir los procesos de contratación de aquellos acuerdos adoptados por poderes adjudicadores «*para llevar a cabo sus tareas amparados por el derecho a la organización autónoma*¹⁵».

El articulado del cuarto paquete de directivas de contratación pública¹⁶, mediante la positivización de la doctrina del Tribunal de Luxemburgo, ha dado respuesta a las comunicaciones de la Comisión Europea acerca de la necesidad de acometer una distinción entre las fórmulas de cooperación vertical y horizontales. Así pues, resulta ilustrativo el considerando 31 del Preámbulo de la Directiva 2014/24/UE, que parte de la premisa de que un acuerdo entre dos poderes públicos no está *per se* excluido del ámbito de aplicación de la legislación sobre contratos del sector público, sin perjuicio de que (*sic*): «*la aplicación de las normas de contratación pública no debe interferir con la libertad de los poderes públicos para ejercer las funciones de servicio público que le han sido conferidas utilizando sus propios recursos, lo cual incluye la posibilidad de cooperación con otros poderes públicos*».

A tal efecto, en los considerandos 32 a 34 abunda en la distinción entre las diferentes fórmulas de cooperación intrapública y se refiere a los requisitos que, de concurrir en la asignación o acuerdo¹⁷, determinarán la exclusión del mismo de la aplicación de la

¹³ Comunicación de la Comisión Europea COM (1998) 143, de 11 de marzo, sobre la contratación pública de la Unión Europea. Pone de relieve, por vez primera, la necesidad de distinguir conceptualmente las modalidades de cooperación vertical y horizontal, a las que se refiere respectivamente como cooperación institucionalizada y no institucionalizada.

¹⁴ Comunicación de la Comisión Europea COM (2011) 15 final, de 27 de enero, Libro Verde sobre la modernización de la política de contratación de la Unión Europea.

¹⁵ *Ibidem*.

¹⁶ Entiéndase por cuarto paquete de directivas de contratación pública de 2014 la referencia a las tres Directivas (UE) del Parlamento Europeo y del Consejo de 26 de febrero 2014/23/UE, relativa a la adjudicación de contratos de concesión; 2014/24/UE, sobre contratación pública y; 2014/25/UE, sobre contratación en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales.

¹⁷ Se usa aquí el término «acuerdo», en sustitución del vocablo original «contrato» por considerarlo más acertado. Como se ha señalado, el legislador comunitario incurre en una imprecisión terminológica al calificar de contractual el vínculo subyacente entre la Administración encomendante y sus entes instrumentales. En este sentido, doctrina autorizada ha establecido que en este género de relaciones no aparece la nota de bilateralidad característica de todo vínculo contractual al depender el medio propio funcional y decisoriamente de la Administración que encarga las prestaciones. En ese sentido, véanse: NOGUERA DE LA MUELA, BELÉN. «Los encargos a medios propios personificados como técnica de autoprovisión administrativa, en el sistema jurídico europeo y español de contratación pública». En:

Directiva. La regulación sustantiva de dichos requisitos se encuentra en el art. 12 de la Directiva 2014/24/UE. Con una sistemática similar, para los ámbitos de la adjudicación de contratos de concesión y de los denominados sectores excluidos, los precitados requisitos también se recogen, respectivamente, en el art. 17 de la Directiva 2014/23/UE y en los arts. 28 a 30 de la Directiva 2014/25/UE.

El régimen regulatorio anterior ha sido objeto de transposición tardía al ordenamiento interno, esencialmente en virtud de 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. Interesan especialmente los arts. 31 a 33 de dicha ley. El art. 31 LCSP, rubricado como «*Potestad de auto organización y sistemas de cooperación pública vertical y horizontal*» opera como un pórtico de entrada a la regulación de este tipo de relaciones intrapúblicas excluidas del ámbito de aplicación de LCSP al anunciar que (*sic*, los paréntesis son nuestros): «*Las entidades pertenecientes al sector público podrán cooperar¹⁸ entre sí de alguna de las siguientes formas, sin que el resultado de esa cooperación pueda calificarse de contractual: a) Mediante sistemas de cooperación vertical consistentes en el uso de medios propios personificados [...], mediante el oportuno acuerdo de encargo. b) Mediante sistemas de cooperación horizontal entre entidades pertenecientes al sector público, previa celebración de los correspondientes convenios [...]*».

El precepto precitado, en lo que atañe a los medios propios personificados, se remite a «*el sentido y con los límites*» que se establecen en el art. 32 y 33 LCSP, que respectivamente, se refieren a los encargos *in house* según concurra o no la condición de poder adjudicador¹⁹ en el ente del sector público encomendante. Dichos preceptos son

ARIMANY LAMOGLIA, Esteban *et al.* «*La autoprovisión administrativa en la gestión de servicios públicos*». Madrid: Marcial Pons, 2022, pág. 25 *in fine* y, GALLEGO CÓRCOLES, Isabel. «Las relaciones “contractuales” entre entes públicos no sometidas a la Directiva 2014/24/UE sobre contratación pública». En M. ALMEIDA. I. MARTÍN (coords.). «*La nueva contratación pública*». Actas del I Congreso de la Red Internacional de Derecho Europeo, 2014, pág. 111-140.

¹⁸ Del tenor literal de la norma se desprende que los encargos a medios propios son una modalidad de cooperación. En este sentido, como ha indicado la Dra. Belén Noguera en NOGUERA DE LA MUELA, BELÉN. «Los encargo a medios propios personificados como técnica de autoprovisión administrativa, en el sistema jurídico europeo y español de contratación pública». En: ARIMANY LAMOGLIA, ESTEBAN *et al.* «*La autoprovisión administrativa en la gestión de servicios públicos*». Madrid: Marcial Pons, 2022, pág. 22 (*sic*): «*son expresión de la gestión conjunta de los servicios públicos como tertium genus a que se refiere el art. 3.2 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público al señalar que “las Administraciones públicas facilitarán preferentemente la prestación conjunta de servicios”*».

¹⁹ En VILALTA REIXACH, Marc. *De nuevo sobre los negocios jurídicos excluidos de la Ley de contratos del sector público: encargos a medios propios personificados y transferencias de competencias entre entidades públicas*. Revista Gallega de Administración Pública, núm. 56 (julio-diciembre), pág. 265. En línea: <[Dialnet-DeNovoSobreOsNegociosJuridicosExcluidosDaLeiDeCont-6917458_2_\(3\).pdf](#)>, se expone que considera que esa distinción de sendos regímenes se hace en atención a que la Directiva 2014/24/UE omite toda regulación sobre los encargos a medios propios vinculados a entidades que no tienen las consideración de poder adjudicador. En consecuencia, según expone, el Estado ha regulado el régimen de este tipo de encargos en ejercicio de las competencias normativas estatales para la transposición del derecho europeo, asemejando el régimen del encargo al que realizan los entes en que sí

sede de regulación de los requisitos que han de concurrir para la consideración subjetiva de medio propio de aquellos entes instrumentales constituidos al servicio de la Administración.

La LCSP sigue abundando en el régimen de la autoprovisión administrativa estableciendo otras disposiciones adicionales a los requisitos mencionados *supra*. Es relevante el art. 40 LCSP, que en su apartado c) establece como causa de anulabilidad de derecho administrativo los encargos de ejecución directa de prestaciones por vía de medio propio cuando se infrinjan los requisitos que rigen esa condición *ex. art. 32.2, 3 y 4 LSC*.

Asimismo, se erigen una serie de garantías para prevenir el uso abusivo y contrario a Derecho de los encargos *in house*. Así, la formalización de encargos a medios propios sin la concurrencia de los presupuestos legales para ello entra dentro del ámbito del recurso especial en materia de contratación²⁰ (*v. art. 44.1.e LCSP*) y, adicionalmente, se prevé la obligación de publicación de la formalización del encargo en el perfil del contratante si su compensación tarifaria excede los cincuenta mil euros (*v. art. 63 LCSP*). Finalmente, las Disposiciones Finales 24^a, 55^a y 56^a establece el régimen jurídico de medios propios concretos de ámbito estatal de gran repercusión como es el caso, respectivamente de TRAGSA²¹ y su filial TRAGSATEC, HUNOSA y sus filiales o la propia Fábrica Nacional de Moneda y Timbre – Real Fábrica de la Moneda.

El régimen regulatorio de los encargos a medios propios no se agota con lo dispuesto en la LCSP. Lo previsto en dicha disposición normativa han de completarse con lo dispuesto en el art. 86 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector público, dicho precepto, como se ha avanzado párrafos más arriba, establece obligaciones de acreditación de ciertos aspectos que determinan la consideración de medio propio. Así pues, a tal efecto, ha de acuerdo con el precitado artículo, ha de motivarse específicamente estar en disposición de «*medios suficientes e idóneos para realizar prestaciones en el sector de actividad que se corresponda con su objeto social*» y, además para la creación *ex novo* de medio propio, habrá de motivarse en la memoria justificativa la concurrencia de alguna de las siguientes circunstancias tasadas (*sic*):

«a) *Sea una opción más eficiente que la contratación pública y resulta sostenible y eficaz, aplicando criterios de rentabilidad económica.*

concurrir la condición de poder adjudicador para así colmar esa laguna y procurar el cumplimiento de los principios dimanantes de las libertades comunitarias.

²⁰ El Tribunal Administrativo central de Recursos Contractuales se ha pronunciado acerca del alcance del control de la formalización de encargos a medios propios personificados mediante el recurso especial en materia de contratación. En ese sentido, véase la relevante Resolución del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales 1156/2018, de 17 de diciembre (recurso 1084/2018).

²¹ Empresa de Transformación Agraria, S.A., S. M. E., M.P. y su filial Tecnologías y Servicios Agrarios, S.A., S.M.E., M.P. En el pasado, se suscitó litigiosidad entorno al control análogo que al ejercer sobre sus propios servicios la autoridad pública que efectúe encargos a TRAGSA como medio propio. Ello motivó la elevación de una cuestión prejudicial al Tribunal de Luxemburgo que resolvió por STJUE (Sala 2^a) de 19 de abril de 2007, Asemfo c. TRAGSA (Asunto C-295/05).

b) 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 o servicio técnico²²».

Finalmente, ténganse en cuenta la regulación local en lo que atañe a los servicios públicos y sus formas de gestión. En concreto, interesa el art. 85.2 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, de Bases del Régimen Local, donde en su apartado A) se dice que la gestión directa de los servicios públicos de competencia local puede efectuarse mediante organismo autónomo local, entidad pública empresarial local o sociedad mercantil local de capital social íntegramente en titularidad pública. Como se ha expuesto líneas más arriba, los encargos a medios propios, según el art. 32.1 LCSP, se efectúan «[...] valiéndose de otra persona jurídica distinta a ellos [los poderes adjudicadores], ya sea de derecho público o de derecho privado [...]». Así pues, las modalidades de personificación precitadas, pueden ser susceptibles de considerarse medios propios si en ellas concurren los presupuestos que determina tal condición, de acuerdo con la legislación de aplicación y la jurisprudencia que la interpreta.

²² V. art. 86.3 en relación con art. 86.2 LRJSP.

2. LA DETERMINACIÓN DE LA CONDICIÓN DE UN ENTE INSTRUMENTAL COMO MEDIO PROPIO

2.1. Requisitos relativos a la condición de medio propio

El punto de partida ineludible para comprender la naturaleza y efectos de los encargos a medios propios es la determinación de sus contornos²³, es decir, los requisitos que han de concurrir en el ente instrumental para que su relación con el poder adjudicador pueda calificarse con el *nomen iuris* de medio propio. Esta es una cuestión de gran repercusión en lo que atañe a la gestión directa de los servicios públicos mediante autoprovisión, habida cuenta que dicha gestión directa ha de articularse, bien por los cauces de los sistemas de cooperación horizontal o mediante figuras de cooperación vertical, siendo el medio propio el ente por antonomasia de esta última categoría²⁴.

El encargo de prestaciones típicamente contractuales a medios propios personificados se excluye específicamente del ámbito de aplicación objetivo de la normativa en materia de contratos del sector público. Por consiguiente, pese a que el objeto de sus prestaciones pudiera comprenderse en el objeto de un contrato público, el encargo a medio propio se realiza en virtud de un acto administrativo y no se asigna a un operador económico tras la prosecución de un proceso concurrencial informado por los principios de publicidad, concurrencia, transparencia, igualdad y no discriminación.

A efectos prácticos, lo que interesa notar es que las operaciones *in house*, es que la relación jurídica entre el poder público que encarga obras, bienes o servicios y el ente instrumental con personalidad de quien los recaba no es de naturaleza contractual, de ahí su exclusión de la normativa de contratos. Así, en el ámbito de la cooperación vertical, la Administración se relaciona con sus medios propios que constituye en ejercicio de su capacidad autoorganizativa, por lo que estos entes no son terceros respecto de la Administración que los constituye²⁵ y la dotación de personalidad jurídica, generalmente como sujetos de derecho privado, se les asigna a efectos instrumentales²⁶ de recabar prestaciones para satisfacer los servicios públicos que, en el giro de sus competencias, han de proveer las Administraciones Públicas.

²³ En ese sentido, v. la relevante obra de NOGUERA DE LA MUELA, Belén (2022) *op. cit.* pág. 6.

²⁴ La práctica administrativa ha suscitado supuestos llenos de matices que se abordarán en los epígrafes venideros. Es interesante ver como se han adoptado formas de gestión de los servicios combinando varias técnicas de gestión. Por ejemplo, en la STJUE de 18 de junio de 2020, *Porin Linjat* (asunto C-328/19), el Tribunal de Luxemburgo aborda un supuesto en el que se produce una transferencia o cesión de competencias entre autoridades públicas (que no es una fórmula de autoprovisión) en que la autoridad cesionaria constituye un medio propio para gestionar el servicio público cuya titularidad le ha sido cedido.

²⁵ NOGUERA DE LA MUELA, Belén. «Los encargos a medios propios personificados como técnica de autoprovisión administrativa en el sistema jurídico europeo y español de contratación pública». En: ARIMANY, E.; GRAU, S.; NAVARRO, J.A. y NOGUERA, M.B. *La autoprovisión administrativa en la gestión de servicios públicos*. Madrid: Marcial Pons, 2022, cap. 1, pág. 26.

²⁶ SOSA WAGNER, Francisco. «El empleo de los “recursos públicos” por las administraciones locales». En: *Estudios de derecho público económico: libro homenaje al Prof. D. Sebastián Martín-Retortillo*. Pamplona: Civitas, 2007, pág. 1317.

En atención a lo anteriormente expuesto, resulta imprescindible que, efectivamente, en la relación entre la Administración y su ente con personalidad interpuesta concurren las notas de control de dominio, vínculo de destino y ausencia de participación de capital privado del mismo. Los anteriores son los requisitos que dirimen que las prestaciones que ejecute el ente instrumental puedan ser calificadas como genuinos encargos *in house* efectuados conforme a Derecho y que, por tanto, en la medida que se dan los presupuestos legales para ello, pueden ser excluidos del ámbito de aplicación de la normativa de contratos públicos y defensa de la competencia. La ausencia de uno de los precitados requisitos implicaría la incursión del encargo en causa de anulabilidad *ex. art. 40.c) LCSP*, consecuencia lógica habida cuenta que, dada la naturaleza de las prestaciones encargadas, estas tendrían carácter contractual por lo que su ejecución no puede confiarse a un medio propio que en realidad no lo es sin someter su asignación a un procedimiento concurrencial para la salvaguarda de la igualdad, libre competencia y no discriminación de ese ente con el resto de operadores económicos.

Así pues, el ajuste del *nomen iuris* «medio propio» a la realidad jurídica del ente instrumental con personificación generalmente privada ha de enjuiciarse en atención a los precitados requisitos de control de dominio, vínculo de destino y ausencia de participación de capital privado. Estos requisitos son constructos dimanantes de la jurisprudencia comunitaria europea recaída desde finales del siglo pasado con ocasión del examen del ámbito de aplicación de las sucesivas directivas comunitarias de contratos del sector público. Su positivización en instrumentos normativos se acometió por vez primera con ocasión del cuarto paquete de directivas comunitarias y su transposición se incorporó al ordenamiento jurídico español por ministerio de la LCSP²⁷. A continuación, se expondrán los requisitos para la consideración subjetiva de medio propio y las vicisitudes prácticas que se han derivado de su interpretación.

2.2. La exigencia de control análogo y su evolución

Se establece como primer requisito, respectivamente en los arts. 12.1 y 17.1 de las Directivas 2014/23/UE y 2014/24/UE y, en los arts. 32.2.a) y 33.2.a) LCSP, que la Administración que asigna el encargo de ejecución obligatoria ha de ostentar sobre el ente destinatario (*sic*): «*un control directo o indirecto, análogo al que ostentaría sobre sus propios servicios o unidades, de manera que el primero pueda ejercer sobre el segundo una influencia decisiva sobre sus objetivos estratégicos y decisiones significativas*».

Mucho se ha escrito sobre el alcance y efectos de este primer requisito —quizás el que más litigiosidad ha generado en la práctica—, no obstante, la novedad más relevante es que, con ocasión de la irrupción de técnicas mixtas de autoprovisión administrativa, la

²⁷ Más concretamente, los mencionados requisitos se encuentran específicamente regulados en el art. 12 de la Directiva 2014/24/UE y en el art. 17 del art. 2014/23/UE y su traslación al ordenamiento interno español se ha incorporado en los arts. 32 y 33 LCSP.

jurisprudencia comunitaria ha aceptado la concurrencia de control análogo en supuestos de control conjuntamente ejercitado por diferentes Administraciones sobre una misma entidad *in house*. Sobre lo anterior abundaremos pormenorizadamente en el siguiente epígrafe.

La importancia del control análogo redundará en el hecho de que el fundamento esencial del régimen *in house* reside en que el ente instrumental con consideración de medio propio es en realidad un simple «*instrumento organizativo*²⁸» de la Administración Pública que lo crea. En consecuencia, la concurrencia de control análogo implica que, aunque la autoridad pública y su ente instrumental tengan personalidad jurídica diferenciada, el vínculo jurídico establecido entre ambos no puede tener carácter comercial o contractual, porque materialmente, el ente de personalidad interpuesta no es autónomo porque su asignación de personalidad jurídica es para la ejecución de los encargos que se le asignen.

A *sensu contrario*, de no concurrir control análogo y ausencia de autonomía decisoria, las prestaciones encargadas no se incardinan en el ámbito de los encargos a medios propios, sino responderían a la adjudicación sin licitación de una prestación contractual a un ente funcionalmente distinto de la Administración encomendante, sin sumisión a los principios y garantías erigidos por la normativa de contratos públicos. En ese sentido, la STJUE de 21 de julio de 2005, asunto C-231/03, *Padania Acque*, apartados 21-26 y la STJUE de 19 de abril de 2007, asunto C-295/05, *Asemfo c. Tragsa*, apartado 65.

Dicha ausencia de autonomía decisoria, se concretaría en el ejercicio de una «*influencia decisiva*» por parte de la Administración sobre «*los objetivos estratégicos y decisiones significativas*²⁹» del ente con personalidad interpuesta en cuestión, lo que determina que los encargos «*sean de ejecución obligatoria para el ente destinatario del encargo por así establecerlo sus estatutos o el acto de creación*» [v. art. 32.2.a) *in fine* LCSP].

Lo anterior es de apreciar mediante desde una perspectiva funcional y no ciñéndose al enjuiciamiento de cuestiones formales como la composición de la participación del capital social del ente cuya condición de medio propio se predica. Como se indicó en el apartado 36 de la sentencia del asunto *Carbotermo*³⁰, se ha de acometer un análisis *ad casum*, atendiendo tanto a los presupuestos fácticos concurrentes como al conjunto de disposiciones legales de general y pertinente aplicación al supuesto concreto.

²⁸ VILALTA REIXACH, Marc. *De nuevo sobre los negocios jurídicos excluidos de la Ley de contratos del sector público: encargos a medios propios personificados y transferencias de competencias entre entidades públicas*. En: Revista Galega de Administración Pública (REGAP), núm. 56, pág. 9.

²⁹ Es interesante notar como esta cita del art. 32.2.a) LCSP se corresponde con la dicción literal del apartado núm. 65 de la STJUE de 13 de octubre de 2005, asunto C-458/03, *Parking Brixen GmbH* que, a su vez, años después, es traída a colación de nuevo por el apartado núm. 86 de la STJUE de 10 de septiembre de 2009, asunto C-573/07, *Sea Srl y Comune di Ponte Nossa*.

³⁰ Apartado núm. 36 de la STJUE de 11 de mayo de 2006, asunto C-340/04, *Carbotermo, Spa*.

Con ocasión de los asuntos *Sea Srl y Comune di Ponte Nossa y Coditel Brabant*³¹, el TJUE ha admitido la concurrencia de un control análogo cuando este se ejerce de forma mancomunada o colectiva por varios poderes adjudicadores. Por ende, el control análogo no ha de ser estrictamente individual porque, efectivamente, en la práctica, es común la creación de consorcios por parte de Administraciones y otros entes del sector público para el desarrollo conjunto de actividades de interés común.

Los consorcios, en nuestro ordenamiento, se configuran como entidades de derecho público (v. art. 118.1 LRJSP) y, junto otros entes con personalidad jurídica como es el caso de las mancomunidades, integran lo que doctrinalmente se ha caracterizado como una modalidad de colaboración público-público horizontal de naturaleza funcional³², pues supone la creación *ex novo* de una estructura administrativa para la atención de actividades de interés común en el ámbito de las competencias de las Administraciones consorciadas. Pues bien, en el seno de este género de entidades, puede constituirse un medio propio con personificación interpuesta para acometer dichas actividades de interés común, como sucede en los supuestos enjuiciados en las SSTSJ de Cataluña 3661/2020, de 21 de septiembre y 1774/2021, de 22 de abril, que traeremos a colación más adelante cuando exponamos lo que se ha denominado como «*gestión directa asociativa mediante contratación in house*».

Lo que interesa en este punto es el hecho de que diferentes poderes públicos consorciados pueden detentar el control análogo conjunto sobre un medio propio constituido en el seno de dicho consorcio, sin desnaturalizar su falta de autonomía decisoria. A tal efecto, el art. 32.4.a).1º a 3º LCSP transpone lo dispuesto en el art. 12.3.a) de la Directiva 2014/24/UE, estableciendo que pueden considerarse medio propio respecto a dos o más poderes adjudicadores independientes entre sí las personas jurídicas sobre las cuales dichos poderes adjudicadores ejerzan un control análogo conjunto. A tal efecto, se supedita la constatación de tres requisitos, a saber:

«1.º 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.º 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.º Que el ente destinatario del encargo no persiga intereses contrarios a los intereses de los entes que puedan conferirle encargos³³.»

Del examen de estos requisitos a la luz de la jurisprudencia comunitaria se observa como el legislador ha transpuesto en el precitado precepto el parecer que el Tribunal de

³¹ Respectivamente, SSTJUE de 10 de septiembre de 2009, asunto C-573/07 y de 13 de noviembre de 2008, asunto C-324/07.

³² V. Santiago Iglesias, Diana (2018), *op. cit.* pág. 23, donde se hace una clasificación exhaustiva y muy didáctica.

³³ Art. 32.4.a).1º a 3º LCSP en transposición del art. 12.3.a) de la Directiva 2014/24/UE.

Luxemburgo ha expuesto en sentencias como la del asunto *Sea Srl y Comune di Ponte Nossia*, antes mencionado. Como se dice en el apartado 89 y en la parte dispositiva de dicha resolución, en supuestos de control conjunto se requiere para que tal control sea análogo que (*sic*): «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 sociedad³⁴».

Es menester mencionar que, los contornos del control análogo hasta ahora mencionados han sido flexibilizados por la relevante STJUE de 18 de junio de 2019, asunto C-328/119, *Porin Linjat*, en la que se analiza una compleja operación de combinación de transferencia de competencias con encargos *in house*, para la prestación del servicio de transporte de personas con discapacidad en varios municipios de la región finlandesa de Satakunta³⁵. Sintéticamente, los hechos se concretan en la celebración sucesiva de dos convenios de colaboración por los que varias Administraciones Locales finlandesas adjudican la prestación de los precitados servicios a la ciudad de Pori, en su condición de «municipio responsable».

En el marco de esta asignación prestacional, el órgano remitente eleva al Tribunal de Luxemburgo dos cuestiones prejudiciales. En primer lugar, se plantea si sendos convenios debieran excluirse del ámbito de aplicación de la normativa comunitaria de contratos públicos, en la medida que habrían hecho efectiva una transferencia de competencias o, en su defecto, constituirían una modalidad de cooperación horizontal mediante convenio. En segundo lugar, dilucidado lo anterior, se pregunta prejudicialmente si el «municipio responsable» de Pori puede, al amparo de dichos convenios, gestionar la prestación de los servicios públicos del resto de municipios que los han suscrito mediante el encargo de dichas prestaciones a la sociedad de capital de su titularidad *Porin Linjat Oy*, que sería una «entidad vinculada³⁶» o ente instrumental con personificación interpuesta del municipio de Pori.

En lo que aquí nos interesa, partiendo de que el TJUE considera que, efectivamente, en el seno de los convenios se ha materializado una transferencia de títulos competenciales, pudiera parecer *prima facie* que el resto de municipios que han suscrito dichos convenios no ejercen un control análogo en tanto que carecen de «*influencia decisiva sobre los objetivos estratégicos y decisiones significativas*» respecto de la mercantil *Porin Linjat*, pues su capital social está íntegramente suscrito por el municipio de Pori.

No obstante lo anterior, el TJUE acaba fallando que, en este caso, sí queda salvado el requisito de control análogo al que se ejerce sobre los servicios propios, en la medida que la construcción jurídica finlandesa de «municipio responsable» permite a los municipios parte del convenio «*la posibilidad de ejercer, al igual que el municipio responsable [la ciudad de Pori], una influencia determinante, tanto sobre los objetivos*

³⁴ SSTJUE de 10 de septiembre de 2009, asunto C-573/07, *Sea Srl y Comune di Ponte Nossia*, párrafo 89).

³⁵ En concreto, los municipios de Harjavalta, Kokemäki, Nakkila y Ulvila.

³⁶ «Adjudicación a una entidad vinculada» es el *nomen iuris* con el que el legislador finlandés designa a lo que en España conocemos como encargos a medios propios personificados.

estratégicos como sobre las decisiones importantes del adjudicatario [Porin Linjat Oy] y, por tanto, un control efectivo, estructural y funcional sobre este³⁷».

La *ratio decidendi* se habría construido tomando en consideración que el mero hecho de que el resto de municipios de los convenios no participen en el capital social del ente con personificación interpuesta no debe ser el único parámetro de juicio (apartados 67 y siguientes), ya que podría apreciarse el requisito de control análogo habida cuenta de que, en el marco de las relaciones con el *municipio responsable* que rigen los convenios celebrados, el resto de municipios tendrían influencia decisiva sobre los objetivos y decisiones estratégicas de la mercantil en mano pública *Porin Linjat Oy*.

Visto lo hasta ahora expuesto, no es de extrañar que este requisito de control análogo es el que haya suscitado mayor litigiosidad, especialmente teniendo en cuenta que la apreciación de su concurrencia se ha de enjuiciar desde una perspectiva funcional, atendiendo a las circunstancias concretas que envuelven al ente cuya condición de medio propio se afirma. A parte de las cuestiones prejudiciales elevadas al TJUE que han dado pie a las sentencias referenciadas supra, se observa como operadores económicos privados, en ocasiones actuando como litisconsortes, promueven recursos tanto en vía jurisdiccional como ante los Tribunales Administrativos de Recursos contractuales al amparo de lo dispuesto en el art. 44.1.e) LCSP.

A modo de ejemplo, podemos traer a colación una cuestión de actualidad como es la tendencia que se observa a vehicular la gestión del servicio público de aguas de forma directa por los Ayuntamientos. Así, el Tribunal Catalán de Contratos del Sector Público, en su Resolución TCCSP 294/2022, de 16 de noviembre³⁸, aprecia la concurrencia de control análogo conjunto en el marco de la resolución de un recurso especial en materia de contratación promovido por SOCIEDAD GENERAL DE AGUAS DE BARCELONA, S.A. contra el acuerdo por el que el Ayuntamiento de Marganell por el que se encarga la gestión del servicio público de aguas a su medio propio AIGÜES DE MANRESA, S.A., quien es también medio propio de otros entes locales.

Otro supuesto enjuiciado por este órgano es el de la Resolución del TCCSP 300/2022, de 23 de noviembre³⁹. En el recurso que motiva dicha resolución se enjuiciaba, entre otras cuestiones, si el Consejo Comarcal del Maresme ejercía control análogo conjuntamente con otros poderes adjudicadores sobre la FUNDACIÓN S21, del Consorcio de Salud y Atención Social de Cataluña, a la que le delegó la prestación de servicios de asistencia. En este caso, la recurrente era la Asociación Estatal de Entidades de Servicios de Atención a Domicilio y su recurso se desestimó al apreciarse la exigencia de control análogo.

³⁷ Apartado 70 de la STJUE de 18 de junio de 2019, asunto C-328/119, *Porin Linjat*.

³⁸ Recurso N/2021-0539. Cabe mencionar que la resolución recaída estimó parcialmente el recurso puesto que, pese a la concurrencia de la exigencia de control análogo *ex. art. 32.2.a) LCSP*, no se cumplió con el deber del art. 86.2.a) LRJSP de motivación de que el medio propio constituiría en este caso una opción más eficiente, sostenible y eficaz que la contratación pública.

³⁹ Recurso N/2021/0364.

Así pues, los ejemplos traídos a colación evidencian que tanto empresas público-privadas como entes asociativos de diferentes sectores de actividad se postulan como recurrentes contra resoluciones de la Administración por las cuales se formaliza el encargo a un medio propio, esgrimiendo como principal motivo de recurso la ausencia de control análogo en el sentido del art. 12.1.a) de la Directiva de Contratación y del art. 32.2.a) LCSP. Y su ímpetu impugnador es lógico y razonable, pues como se expondrá en su epígrafe correspondiente, el encargo a un medio propio cuando éste no reúne los requisitos preceptivos altera la libre competencia con el resto de operadores económicos, pues se está asignando un encargo de naturaleza contractual a un ente que no es instrumental sin la prosecución del debido proceso concurrencial.

2.3. Vínculo de destino. Realización de la parte esencial de la actividad con el poder adjudicador

El segundo presupuesto requerido por el art. 32.2.b) LCSP, en transposición de los arts. 17.1.b) y 12.1.b) de las Directivas 2014/23/UE y 2014/24/UE, es el que se ha denominado «vínculo de destino», pues se exige que más del ochenta por ciento de las actividades del medio propio sean en ejecución de los encargos requeridos al mismo por el poder adjudicador que lo controla.

Estamos ante un requisito que complementa la exigencia de control análogo antes expuesta. El *leading case* en lo que a vínculo de destino se refiere es la STJUE de 11 de mayo de 2006, asunto C-340/04, *Carbotermo* que estableció lo que se ha positivizado por el legislador comunitario en el art. 12.5 de la Directiva 2014/24/UE en lo que atañe a la cuantificación del porcentaje de actividad mínimo requerido.

Según dicha resolución, «*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, incluido el realizado con los usuarios en ejecución de tales decisiones*⁴⁰». Y, todo seguido, añade que (*sic*) «*las actividades de la empresa adjudicataria que procede tomar en consideración son todas las que dicha empresa realiza en el marco de una adjudicación efectuada por el poder adjudicador, y ello con independencia de la identidad del beneficiario, ya sea el propio poder adjudicador, ya el usuario de los servicios*⁴¹».

Este requisito se haya íntimamente conectado con el de control análogo, puesto que una genuina influencia decisiva sobre el medio propio implica que este haya de satisfacer

⁴⁰ STJUE de 11 de mayo de 2006, asunto C-340/04, *Carbotermo*, apartado 66.

⁴¹ *Ídem.*, apartado 67.

principalmente en el giro de su actividad las asignaciones de encargos que le requiera la Administración que, sobre dicho ente, ejerce un control análogo.

2.4. Ausencia de participación de capital privado

La asunción y desembolso de acciones o participaciones en el capital social de las sociedades mercantiles, vehículo societario de derecho privado por el cual más frecuentemente se dota de personalidad jurídica a los medios propios, implica ineludiblemente un estatuto de derechos entre los que se encuentran no solo la participación en dividendos, sino también la posibilidad de votar acuerdos sociales en junta general. Este hecho, en el ámbito de los medios propios personificados como sociedades de capital, indudablemente mermaría el primer requisito expuesto *supra*, es decir, el ejercicio de un control análogo al ejercido sobre los propios servicios. Efectivamente, el capital en manos privadas determinaría que personas físicas o jurídicas del todo ajenas a la Administración detentarían, en mayor o menor medida, influencia sobre las decisiones y objetivos estratégicos del medio propio, desnaturalizando tal condición de ente instrumental.

En atención a ello, se recoge en los arts. 17.1.c) y 12.1.c), respectivamente, de las Directivas 2014/23/UE y 2014/24/UE, transpuestos en el art. 32.2.c) LCSP la proscripción de la participación de capital privado en el ente pretendidamente instrumental. Este requisito se remonta a la STJUE de 11 de enero de 2015, asunto C-26/03, *Stadt Halle* y se ha ido reiterando recurrentemente en otras resoluciones, a destacar sin ánimo exhaustivo, las SSTJUE de 19 de abril de 2007, asunto C-295/05, *Asemfo c. Tragsa* y la de 10 de septiembre de 2009, asunto C-573/07, *Sea Srl y Comune di Ponte Nossa*.

A la postre, es conveniente mencionar que de acuerdo con el art. 12.1.c) *in fine* de la Directiva 2014/24/UE excepciona (*sic*): «*las formas de participación de capital privado sin capacidad de control mayoritario ni minoritario que estén impuestas por las disposiciones legales nacionales, de conformidad con los Tratados, y que no ejerzan una influencia decisiva sobre la persona jurídica controlada*». Esta exclusión singular determinaría la posibilidad de considerar, restrictivamente, como medios propios personificados a las fundaciones constituidas con arreglo a derecho civil catalán habida cuenta que el art. 331-2.1 del Código Civil Catalán prevé preceptivamente la participación de personas privadas en su constitución (*sic*): «*Pueden constituir fundaciones las personas físicas y las personas jurídicas, privadas y públicas. Las personas jurídicas públicas solo pueden hacerlo conjuntamente con personas privadas, de acuerdo con su normativa*⁴²».

⁴² Art. 331-2.1 de la Ley 4/2008, de 24 de abril, del Libro Tercero del Código Civil de Cataluña, relativo a las personas jurídicas. (DOGC, núm. 5123, 05-05-2008).

3. DISTINCIÓN DE LAS DIFERENTES TIPOLOGÍAS DE AUTOPROVISIÓN ADMINISTRATIVA DE OTRAS FIGURAS AFINES PERO DIFERENTES

3.1. Planteamiento

La polémica en torno a la figura del medio propio no se agota en la determinación de los requisitos materiales que constituyen sus notas definitorias como sistemas de cooperación vertical o institucionalizada. Efectivamente, junto con la precitada modalidad cohabitan los sistemas de cooperación horizontal o no institucionalizada entre los que destacan instrumentos de colaboración formales de naturaleza funcional⁴³ tales como las encomiendas de gestión y los convenios de colaboración, respectivamente regulados en los arts. 11 y 47 LRJSP.

Las anteriores modalidades de cooperación vertical y horizontal integran lo que en terminología comunitaria se ha designado como sistemas de cooperación público-público⁴⁴ y, junto a estos, aparece otra figura afín, la transferencia o delegación de competencias que puede inducir a confusión y que se configura como un género de relaciones interadministrativas⁴⁵ excluido de la normativa de contratación pública por considerarse un acto de organización interna de los Estados miembros⁴⁶, amparada por el art. 4.2 TUE.

Antes de ejemplificar la problemática práctica suscitada al hilo de las anteriores modalidades, es procedente detenernos brevemente en conceptualizar las figuras antes expuestas. Las diferencia básica entre los sistemas de cooperación público-público de naturaleza vertical o no institucionalizada (léanse encomiendas de gestión y convenios de colaboración) con respecto a la transferencia de competencias radican esencialmente en que en los primeros, aunque parezca redundante, no se produce una cesión en la titularidad del ejercicio de los títulos competenciales.

Así pues, en el caso de la transferencia de competencias, como se pronunció el Tribunal de Luxemburgo en el caso *Remondis I*⁴⁷, la autoridad cesionaria de las funciones de la autoridad cedente adquiere de esta última el ejercicio de cuantos poderes y potestades se requieran para el ejercicio de la competencia en cuestión, pudiendo incluso dictar actos administrativos⁴⁸. En consecuencia, la autoridad pública cedente queda liberada del

⁴³ A mayor abundamiento, véase la categorización sobre los diferentes sistemas de cooperación existentes que se expone *ab initio* en SANTIAGO IGLESIAS, Diana. «Cooperación horizontal: los convenios interadministrativos». En: GALLEGO CÓRCOLES, Isabel y GAMERO CASADO, Eduardo (dir.). *Tratado de Contratos del Sector Público. Tomo I*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2018, cap. 11, p. 620-621.

⁴⁴ Terminología de nuevo cuño introducida por el Documento SEC (2011) 1169 final de 4 de octubre de 2011.

⁴⁵ La contraposición de las modalidades de cooperación vertical y horizontal y la transferencia de competencias es abordada de forma sucinta pero muy clara por el Abogado General del TJUE D. Manuel Campos Sánchez-Bordona en los apartados 44 a 48 de sus conclusiones evacuadas en el seno del asunto C-769/18, *ISE mbH*.

⁴⁶ *Ídem*.

⁴⁷ STJUE de 21 de diciembre de 2016, asunto C-51/15, *Remondis GmbH*.

⁴⁸ En este sentido, resulta muy clara la motivación que se vierte en el apartado 49 de la STJUE de 21 de diciembre de 2016, *Remondis I*, asunto C-51/15 donde, con cita al apartado 53 de las conclusiones del

ejercicio de las competencias cedidas, que asume la autoridad cesionaria y que las ejercerá con plena autonomía decisoria⁴⁹, sin perjuicio de la preservación de por parte del cedente de un cierto control fiscalizador sobre la actividad del cesionario, de cariz meramente verificador del cumplimiento de la legalidad, sin que en ningún caso pueda interferir sobre la autonomía decisoria del cesionario⁵⁰.

Otro punto relevante es que, como se recoge en los párrafos 42 a 44 inclusive de la precitada sentencia *Remondis I* y, párrafo 47 de la sentencia *Porin Linjat Oy, a sensu contrario* de lo que ocurre en los contratos públicos, o incluso en los medios propios donde se establece una compensación tarifaria, en el ámbito de la cesión de competencias no se aprecia ese carácter oneroso y sinalagmático, puesto que no hay una prestación con interés económico que se haya de percibir como contrapartida por la transferencia de competencias. *Mutatis mutandis*, y salvando las distancias, lo mismo puede decirse de las encomiendas de gestión y los convenios dado que el legislador establece expresamente en los arts. 11 y 47 LRJSP que (*sic*) «no podrán tener por objeto prestaciones propias de los contratos».

La depuración conceptual de las modalidades de relación administrativas es trascendente para definir la naturaleza de la relación entre los entes implicados. La experiencia demuestra que es necesario distinguir la transferencia de competencias de los sistemas de cooperación vertical y, a su vez, es necesario diferenciar estos últimos de la cooperación horizontal.

Procede abordar esta cuestión habida cuenta de que en la práctica se observa el uso combinado o sucesivo de distintas técnicas de gestión para el ofrecimiento de un mismo servicio público. En concreto, nos detendremos en el análisis de la STSJCat 3661/2020, de 21 de septiembre donde se plantea un caso de cooperación vertical por medio propio personificado sucesiva a una cooperación horizontal por intermediación de un consorcio. También analizaremos el asunto *Porin Linjat*, donde se efectúa por convenio una cesión de competencias para que luego, el municipio cesionario de las mismas, vehicule la prestación del servicio público cedido mediante encargo a medio propio

Finalmente, se abundará en la polémica interpretativa de la gestión directa de los servicios públicos en el ámbito local. En este sector, se prevén regímenes tasados de reserva de gestión cuya naturaleza y efectos se discuten puesto que, aun hoy, es

Abogado General D. P. Mengozzi, dice el tribunal que (*sic*) «una transferencia de competencia debe tener por objeto no sólo las responsabilidades vinculadas a la competencia transferida, en particular, la obligación de cumplir las funciones que dicha competencia implica, sino también los poderes que son el corolario de ésta».

⁴⁹ A mayor abundamiento, véase ARIMANY LAMOGLIA, Esteban. «Gestión directa y descentralizada de los servicios públicos locales: encargo a medio propio o transferencia de competencias». En: ARIMANY LAMOGLIA, Esteban *et al.* «La autoprovisión administrativa en la gestión de servicios públicos». Madrid: Marcial Pons, 2022, pág. 86-71.

⁵⁰ La conservación de la Administración cedente de (*sic*) «cierta facultad de supervisión» se admite por el apartado 49 de la STJUE de 18 de junio de 2020, asunto C-328/19, *Porin Linjat Oy*, que afirma dicha facultad supervisora remitiéndose al apartado 52 de la STJUE de 21 de diciembre de 2016, asunto C-51/15, *Remondis I*.

controvertido si la relación jurídica entre la Administración Local y sus entes instrumentales es la propia de un poder adjudicados con sus medios propios personificados o si, por el contrario, se produce una cesión de competencias.

3.2. El caso de la ciudad de Pori: transferencia de competencias y encargo a ente instrumental con personificación interpuesta

A este asunto ya nos hemos referido *supra* dado que constituye un hito jurisprudencial en la caracterización del requisito de control análogo, que se ha modulado a una interpretación más flexible⁵¹. No obstante, como se ha dicho párrafos más arriba, en el marco de este asunto aparece un supuesto de fórmula mixta de autoprovisión administrativa que se concreta en la formalización de un doble convenio de colaboración entre diferentes entes locales finlandeses por el que se materializa una transferencia de competencias en la gestión del servicio público de transporte de personas con discapacidad. Transferidas las funciones sobre esta materia, el «*municipio responsable*» cesionario de Pori decide organizar de forma directa la prestación del servicio acudiendo a una sociedad de capital de su titularidad que constituye una entidad con personificación interpuesta que puede ejecutar el encargo de las prestaciones que se le requieren sin sometimiento a los procedimientos concurrenciales de la legislación en materia de contratos del sector público.

El primer pronunciamiento prejudicial interpretativo que el Tribunal Supremo de lo Contencioso-Administrativo de Finlandia pretende recabar del Tribunal de Luxemburgo si el convenio de colaboración de servicios sanitarios en cuestión puede excluirse de la aplicación de la Directiva de adjudicación de contratos públicos de obras, suministros y servicios entonces vigente⁵² por constituir una transferencia de competencias amparada por el art. 4.2 TUE.

A juicio del órgano jurisdiccional remitente, dada su naturaleza, el convenio efectuaría una cesión competencial en aplicación de la precitada doctrina emanada de la sentencia del asunto *Remondis I*, no obstante, plantea subsidiariamente si el objeto litigioso podría incardinarse en un supuesto de cooperación horizontal no sujeta a licitación o en otra modalidad de cooperación distinta. Determinado lo anterior, se cuestiona en qué medida se puede en el marco de un «*municipio responsable*» adjudicar prestaciones típicamente contractuales sin licitación, con independencia de la subsunción jurídica de la relación establecida entre la ciudad de Pori con el resto de municipios como supuesto de cooperación horizontal o vertical.

⁵¹ En aras a la brevedad, en lo que atañe al requisito de control análogo, nos remitimos a lo expuesto en el epígrafe 2.2 del presente trabajo.

⁵² Se trata de la Directiva 2004/18/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 31 de marzo de 2004, sobre la coordinación en los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, de suministro y de servicios, que se derogó con la entrada en vigor de la Directiva 2014/25/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, sobre contratación pública, y por la que se deroga la Directiva 2004/18/CE.

Lo que en este punto interesa es determinar la calificación del vínculo jurídico entre las diferentes administraciones territoriales implicadas. Efectivamente, la traslación de un supuesto de hecho como el planteado en el asunto *Porin Linjat* a la realidad jurídica española determinaría que es de cardinal importancia dilucidar la naturaleza del vínculo, ya que por mucho que las partes lo designen con uno u otro *nomen iuris*, si lo que subyace es una cooperación horizontal o bien una transferencia de competencias, aun excluyéndose ambos supuestos de la normativa de contratos públicos, la operación hará de regirse por las normas de general y pertinente aplicación al supuesto concreto.

En el asunto que analizamos, el TJUE falla, en aplicación de la doctrina *Remondis I*, que (sic): «*un convenio a tenor del cual los municipios parte en él confían a uno de ellos la responsabilidad de la organización de servicios en favor de esos municipios está excluido del ámbito de aplicación de dicha Directiva [de concesión de contratos] debido a que constituye una transferencia de competencias, a efectos del artículo 4 TUE, apartado 2, tal como ha sido interpretado en la sentencia de 21 de diciembre de 2016, Remondis (C-51/15, EU:C:2016:985)*⁵³».

En sus razonamientos, el Alto Tribunal de la Unión Europea aduce que «*sin perjuicio de las comprobaciones que corresponde efectuar al tribunal remitente, parecen cumplirse los requisitos de una transferencia de competencias, a efectos del artículo 4 TUE, apartado 2, de modo que el convenio de colaboración en materia de servicios sanitarios no parece que sea un «contrato público» en el sentido del artículo 1, apartado 2, letra a), de la Directiva 2004/18. Por tanto, ese convenio de colaboración ha de excluirse del ámbito de aplicación de la Directiva 2004/18*⁵⁴». La *ratio decidendi* se concreta en que el Tribunal aprecia los requisitos enunciados en la STJUE *Remondis I* que, sintéticamente, se concretan en que (sic): «*la autoridad pública a la que se atribuye una competencia tenga la facultad de organizar el cumplimiento de las funciones inherentes a dicha competencia, así como de establecer el marco normativo de esas funciones, y que disponga de una autonomía financiera que le permita garantizar su financiación*⁵⁵».

No obstante, pese a haber aseverado lo anterior, el TJUE deja la puerta abierta a considerar que un supuesto como el analizado pudiera constituir una modalidad de cooperación horizontal de entidades pertenecientes al sector público. En tal caso, razona el Tribunal de Luxemburgo, que (sic): «*en ese supuesto habría que precisar si el municipio responsables puede recurrir, con motivo de la organización de los servicios en favor de los demás poderes adjudicadores que participan en la colaboración, a entidades a él vinculadas sin licitación*⁵⁶».

⁵³ V. apartado 58 *in fine* de la STJUE de 18 de junio de 2020, asunto C-328/19, *Porin Linjat Oy*.

⁵⁴ *Ídem*, apartado 56.

⁵⁵ *Ídem*, apartado 48, con cita a los apartados 49 a 51 inclusive de la STJUE de 21 de diciembre de 2006, C-51/15, *Remondis I*.

⁵⁶ STJUE de 18 de junio de 2020, asunto C-328/19, *Porin Linjat Oy*, apartado 36.

Doctrina autorizada cuestiona la parquedad del TJUE en su análisis en lo que atañe a la posibilidad de dilucidar si los convenios celebrados entre diversos municipios con la ciudad de Pori pueden calificarse de cooperación horizontal entre entes, extremo que el Tribunal menciona, pero sobre el que no abunda. En adición, en relación con las medidas subsiguientes a la cesión de competencias, se critica que con ocasión de la resolución de la cuestión prejudicial planteada, el TJUE podría haber aclarado el eventual sometimiento de estas a un procedimiento de licitación, como es preceptivo en derecho comunitario europeo⁵⁷.

En suma, las cuestiones prejudicialmente resueltas ponen de relieve que se ha de atender a la concreta modalidad de relación interadministrativa adoptada, sea cooperación vertical u horizontal o transferencia de competencias, a los efectos de determinar el régimen jurídico entre los entes del sector público y los entes instrumentales con personalidad jurídica interpuesta que intervienen en la actividad de servicio público de que se trate en cada caso.

3.3. La denominada gestión directa asociativa: asunto CONGIAC

Un asunto próximo y muy relevante en relación al uso combinado de diversas formas de gestión es el que se aborda en la STSJCat 3661/2020, de 21 de septiembre, donde se enjuicia en grado de apelación la aprobación por Acuerdo del Pleno del Ayuntamiento de Collbató por el que se acuerda la gestión directa de los ciclos del agua uniéndose dicho ente local al *Consorci per a la Gestió Integral de l'Aigua de Catalunya* (en adelante, CONGIAC), para que dicho consorcio formalice *a posteriori* el encargo de la gestión del servicio a *Gestió Integral Aigües de Catalunya, S.A.* (en adelante, GIACSA), ente instrumental del CONGIAC participado fundamentalmente por pequeñas sociedades mercantiles locales de gestión de aguas.

Se aprecia en este supuesto una concatenación sucesiva de cooperación vertical por medio propio personificado subsiguiente a la cooperación horizontal previa mediante la adhesión a un consorcio que, como hemos dicho supra, se trata de un ente de derecho público que se ha caracterizado como modalidad de colaboración público-público horizontal de naturaleza funcional, que las partes implicadas definen como «*gestión directa asociativa*»⁵⁸.

⁵⁷ En este sentido, véanse NOGUERA DE LA MUELA, Belén. «Fórmulas cooperativas de gestión conjunta de los servicios públicos excluidas de la ley de contratos del sector público: los encargos a medios propios personificados y los convenios interadministrativos». En GIMENO FELIU, José María (dir.) y GUERRERO MANSO, María del Carmen (coord.). *Observatorio de los contratos públicos 2019*. Navarra: Aranzadi, 2020, pág. 270. NOGUERA DE LA MUELA, Belén. «Los encargos a medios propios personificados como técnica de autoprovisión administrativa, en el sistema jurídico europeo y español de contratación pública». En: ARIMANY LAMOGIA, Esteban et al. «*La autoprovisión administrativa en la gestión de servicios públicos*». Madrid: Marcial Pons, 2022, pág. 33.

⁵⁸ STSJCat (Sec. 5ª) 3661/2020, de 21 de septiembre, FJ 3.

En este supuesto, se suscitan varias cuestiones trascendentes a los efectos de depurar conceptualmente todas y cada una de las relaciones interadministrativas que pudieran apreciarse. En primer lugar, el Tribunal *ad quem*, en el fundamento jurídico undécimo de su resolución, niega que la integración en el Consorcio constituya una forma de cooperación horizontal interadministrativa en el sentido del art. 269 TRLMRLC⁵⁹ y arts. 312 y siguientes del ROAS⁶⁰, al apreciarse que el modelo de gestión adoptado se basa en un convenio en cuya virtud los municipios participantes de GIACSA instrumentalizan la prestación de los servicios mediante la encomienda o subcontratación de los mismos a las sociedades mercantiles locales que suscriben el capital social de GIACSA⁶¹.

Este proceder, en palabras del Tribunal, (*sic*): «*desnaturaliza claramente el Consorcio como fórmula asociativa, por cuanto que los fines no son de "interés común" de los consorciados en el aspecto relativo a la gestión de los servicios municipales de agua*⁶²». En consecuencia, los magistrados *ad quem* niegan todo atisbo de cooperación horizontal según su acepción legal y, concluyen diciendo que (*sic*): «*no puede justificar es la excepción a la licitación derivada de la utilización de un medio propio instrumental de esta entidad asociativa, que realmente no tiene esa naturaleza*⁶³».

En adición, el Tribunal deja intuir que las tornas hubieran cambiado si en virtud de la cooperación horizontal se hubiera articulado una cesión de competencias, como ocurrió en el asunto Pori expuesto párrafos más arriba. No obstante, aun así, ello sería estéril puesto que, tal y como recuerda el órgano jurisdiccional, en la *litis* que analiza, ni hay transferencia ni la puede haber porque (*sic*): «*la fórmula consorcial de gestión compartida no está prevista para un negocio como el aquí examinado, donde no hay una finalidad común entre los diferentes entes locales que componen el Consorcio ni, por ende, se produce la "gestión compartida" del servicio a que se refiere el art. 26.2 de la LRBRL*⁶⁴».

Finalmente, y en relación con la caracterización de GIACSA como medio propio personificado del Ayuntamiento de Collbató, se dice que tal condición no puede concurrir. En ese sentido, se aduce la ausencia de control análogo del Consistorio sobre GIACSA dado que no siendo suscriptor de su capital social, no puede ejercer influencia alguna sobre los objetivos y decisiones estratégicas, extremo que no es equiparable a lo que sucedía en el asunto *Porin Linjat Oy* por cuanto las circunstancias de hecho y de

⁵⁹ Decreto Legislativo 2/2003, de 28 de abril, por el cual se aprueba el Texto Refundido de la Ley Municipal y de Régimen Local de Cataluña. (DOGC, núm. 3887, 20-05-2003, pág. 10237-10269).

⁶⁰ Decreto 179/1995, de 13 de junio, por el cual se aprueba el Reglamento de Obras, Actividades y Servicios de los Entes Locales. (DOGC, núm. 2066, 23-06-1995, pág. 4744-4773).

⁶¹ A mayor abundamiento, NOGUERA DE LA MUELA, Belén. «Los encargos a medios propios personificados como técnica de autoprovisión administrativa en el sistema jurídico europeo y español de contratación pública». En: ARIMANY, E.; GRAU, S.; NAVARRO, J.A. y NOGUERA, B. *La autoprovisión administrativa en la gestión de servicios públicos*. Madrid: Marcial Pons, 2022, cap. 1, pág. 57.

⁶² STSJCat (Sec. 5ª) 3661/2020, de 21 de septiembre, FJ 11.

⁶³ *Ibidem*.

⁶⁴ *Ibidem*.

derecho no son equiparables en uno y otro caso⁶⁵. En suma, concluye el TSJCat que (sic): «todo ello nos lleva a descartar la condición de GIACSA de medio propio del Ayuntamiento de Collbató. En este punto, debe considerarse que la doctrina "in house providing" supone una quiebra del principio de libre competencia y es una excepción al ámbito de aplicación del Derecho comunitario de contratos, por lo que no debe servir para eludir la ley y es preciso interpretarla de forma restrictiva como ya señalara la STJCE de 13 de octubre de 2005 (c. Parking Brixen), incumbiendo la carga de la prueba de que existen realmente las circunstancias excepcionales que justifican la excepción a dichas normas incumbe a quien quiera beneficiarse de ella⁶⁶».

3.4. Sobre la gestión directa descentralizada de los servicios públicos locales y su calificación como encargo a medio propio personificado

El asunto ciudad de Pori, analizado recurrentemente en el presente trabajo, se erige como un *leading case* del que se extraen múltiples cuestiones relevantes en lo que atañe a la determinación del ámbito de aplicación de las Directivas de contratación del sector público. Sin embargo, su *vis atractiva* no se agota en lo hasta ahora expuesto. Al hilo de esta relevante STJUE puede plantearse, en clave estrictamente española, una cuestión de notable complejidad como es la calificación jurídica que se ha de atribuir a la relación subyacente entre los entes locales y sus medios propios personificados a través de los cuales gestionan de forma directa los servicios públicos de su competencia.

Esta cuestión se suscita al hilo del art. 85 LBRL, sede de regulación de las modalidades de gestión de los servicios públicos locales donde se diferencia la gestión directa de la indirecta a través de la contratación pública. Por lo que respecta a la gestión directa, el apartado 2.A) letras a) a d) inclusive del precitado precepto legal establece que pueden gestionarse directamente los servicios públicos (a condición de que se gestionen de la forma más sostenible y eficiente) de forma centralizada a través de la propia entidad local o, bien, de forma descentralizada por medio de un organismo autónomo local, una entidad pública empresarial local o una sociedad mercantil local cuyo capital social sea de titularidad íntegramente pública⁶⁷.

⁶⁵ Como se ha mencionado, en ambos asuntos se un encargo de naturaleza vertical a ente instrumental, no obstante, en el asunto Pori antecede un convenio por el que se articula una cesión de competencias en cuya virtud los cedentes sí pueden condicionar las decisiones del medio propio *Porin Linjat Oy* del cesionario, extremo que no concurre en el asunto CONGIAC/GIACSA.

⁶⁶ *Ibidem*, FJ 12.

⁶⁷ Estas instituciones a través de las que se encauza la gestión directa de servicios públicos no se definen en la LBRL. No obstante, vienen a ser las mismas formas de organización administrativa previstas en la LRJSP. Así, los organismos autónomos locales y las entidades públicas empresariales locales (art. 85 *bis* LBRL) son análogos a los organismos públicos y las entidades públicas empresariales dependientes o vinculados a la Administración General del Estado, cuyas definiciones se contienen, respectivamente, en los arts. 88 y 103 LRJSP. Las sociedades mercantiles locales del art. 85 *ter* LBRL, por su parte, serían equiparables a las sociedades mercantiles estatales definidas en el art. 111 LRJSP y, a imagen y semejanza de estas, no puede predicarse su condición de Administración Pública, sino que son entidades meramente del sector público.

En resumidas cuentas, el núcleo duro jurídico del debate pretende dar respuesta a los siguientes interrogantes: tomando en consideración que las modalidades de gestión directa descentralizada previstas en el art. 85.1.A).b) a d) LBRL pueden ser consideradas personas jurídicas de derecho público o privado, distintas de los entes locales, susceptibles de ejecutar de manera directa prestaciones propias de los contratos de obras, suministros, servicios, concesión de obras y concesión de servicios, en el sentido del art. 32.1 LCSP, ¿deberíamos considerar que mediante la gestión directa descentralizada de los servicios locales se ajusta al régimen de los encargos a medios propios personificados? O, por el contrario, ¿estaríamos ante una transferencia o cesión de competencias?

Esta es una cuestión polémica, aunque la tendencia doctrinal mayoritaria es la de la equiparación de la gestión directa descentralizada a los encargos a medios propios. Así se desprende del propio asunto ciudad de Pori⁶⁸. Recuérdese como en esa *litis* se avaló que, una vez el resto de municipios menores transfirieron sus competencias, el subsiguiente encargo de actividades prestacionales realizado por el «*municipio responsable*» de Pori a su entidad instrumental de derecho privado *Porin Linjat Oy* se calificó como un encargo a una entidad *in house*⁶⁹. En consecuencia, si la sociedad de capital *Porin Linjat Oy* fuera medio propio de un Ayuntamiento español, tendría la consideración de sociedad mercantil local con capital de íntegra titularidad pública, en el sentido del art. 85 *ter* LBRL y el régimen jurídico de ejecución de sus encargos sería el propio del de un encargo a medio propio personificado.

La doctrina resalta que en el régimen regulatorio anterior del derogado art. 8.2 TRLCSP se estableció un contrato de gestión de servicios públicos cuyas disposiciones rectoras de dicho tipo contractual no eran de aplicación como decía el mencionado precepto (*sic*): «*a los supuestos en 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*».

Reputados autores consideraron que el precitado precepto articulaba una traslación de la gestión directa canalizada por entes instrumentales propia del ámbito de la contratación

⁶⁸ NOGUERA DE LA MUELA, Belén. «Fórmulas cooperativas de gestión conjunta de los servicios públicos excluidas de la ley de contratos del sector público: los encargos a medios propios personificados y los convenios interadministrativos». En GIMENO FELIU, José María (dir.) y GUERRERO MANSO, María del Carmen (coord.). *Observatorio de los contratos públicos 2019*. Navarra: Aranzadi, 2020, pág. 269.

⁶⁹ Resulta muy didáctica la lógica expositiva del tenor literal del párrafo 77 y apartado segundo del fallo de la STJUE de 18 de junio de 2020, asunto C-328/19, *Porin Linjat Oy* donde se dice (*sic*): «[...] un convenio de colaboración a tenor del cual los municipios parte en él transfieren a uno de ellos la responsabilidad de la organización de servicios en favor de estos municipios permite considerar, con ocasión de adjudicaciones posteriores a dicha transferencia, que dicho municipio es el poder adjudicador y lo faculta para confiar, sin licitación previa, a una entidad «*in house*» la prestación de servicios que no solo satisfacen sus propias necesidades, sino también las de los demás municipios parte en dicho convenio, aun cuando, sin esa transferencia de competencias, los citados municipios hubieran debido satisfacer ellos mismos sus propias necesidades».

pública al régimen local, cuya concepción es «*puramente organizativa*»⁷⁰. Tras la nueva LCSP, el art. 8.2 de su antecesor TRLCSP ya no tiene más vigencia en nuestro ordenamiento, si bien, pervive una cierta reminiscencia del mismo en el art. 32.7.b) LCSP que, para algunos autores, responde a la voluntad centralizadora del legislador de erigir la LCSP como el instrumento normativo donde la gestión de los servicios públicos *amplio sensu* –directa e indirecta—, encuentra su sede de regulación⁷¹.

En cualquier caso, la tesis del medio propio cobra más fuerza considerada a la luz de la doctrina Pori. A la postre, como ha indicado Esteban Arimany, lo relevante es circunscribir el análisis, siempre atendiendo a las circunstancias del caso, pero centrándonos en dos aspectos⁷². En primer lugar, como se ha dicho líneas más arriba, las transferencias de competencias no pueden ser equiparables a prestaciones contractuales, de ahí que este sea el primero criterio de enjuiciamiento. En segundo lugar, como resulta evidente. También se habrá de atender, lógicamente, a si en el supuesto concreto se ha articulado una transferencia de la autonomía decisoria con el ejercicio de cuantas funciones comprenda la prestación del servicio.

⁷⁰ AMOEDO SOUTO, Carlos. CUTRÍN DOMÍNGUEZ, Manuel. *El impacto de la Ley 9/2017, de contratos del sector público, en la gestión directa de servicios públicos locales a través de medios propios*. En: Revista de Administración Pública, núm. 210, pág. 393.

⁷¹ *Ídem*.

⁷² ARIMANY LAMOGLIA, Esteban. «Gestión directa y descentralizada de los servicios públicos locales: encargo a medio propio o transferencia de competencias». En: ARIMANY LAMOGLIA, Esteban et al. «La autoprovisión administrativa en la gestión de servicios públicos». Madrid: Marcial Pons, 2022, pág. 89-103.

4. ENCARGOS A MEDIOS PROPIOS Y AFECTACIONES AL RÉGIMEN DE LIBRE COMPETENCIA

4.1. Planteamiento y consideraciones generales

La gestión directa de los servicios públicos mediante fórmulas de autoprovisión o autoabastecimiento administrativo de las prestaciones mediante fórmulas de cooperación vertical implica la sustracción del mercado de la provisión de determinada prestación⁷³. Por su propia naturaleza no se encuentran dentro del mercado las prestaciones que los medios propios ejecutan para las Administraciones Públicas a las que sirven de forma instrumental, en la medida que los entes instrumentales con personalidad interpuesta no están dotados de autonomía decisoria en el giro de su actividad ni compiten con el resto de operadores económicos que ofrecen en el mercado prestaciones equivalentes a las que pudieran encargarse a un medio propio personificado⁷⁴.

Ahora bien, lo anterior no obsta para apreciar como el encargo a medio propio personificado puede acarrear severas implicaciones en el régimen de libre competencia⁷⁵ pues, en esencia, se produce una detracción del mercado de la provisión de determinadas prestaciones con la necesaria supresión de la competencia en la oferta en el mercado para ese suministro de servicios a un demandante público de los mismos⁷⁶.

En este punto toman importancia fundamental la concurrencia de los requisitos expuestos *ut supra* en el ente cuya condición de medio propio instrumental se afirma. Como se ha abundado en su apartado correspondiente, la creación de los medios propios personificados obedece al interés a vehicular la adquisición de bienes, obras o servicios de forma directa, a través de la creación de entes instrumentales con personalidad jurídica interpuesta, funcional y decisoriamente dependientes de la Administración que los controla. De esta operación resultante del ejercicio de la potestad de autoorganización administrativa, surgen entes con personalidad jurídica pública o

⁷³ MIÑO LÓPEZ, Antonio. «Encargos a medios propios. Colusión directa» En: Miño López Antonio, La defensa de la competencia en la contratación del sector público. Pamplona: Thomson Reuters Aranzadi, 2019, pág. 252-253.

⁷⁴ Así lo aseveró por vez primera la Resolución del extinto Tribunal de Defensa de la Competencia, de 30 de diciembre de 1997, Expte. R 255/97, *Tragsa I*.

⁷⁵ La disciplina designada como defensa de la competencia es un sector material del ordenamiento jurídico-privado, pues tipifica conductas colusorias y prohíbe el abuso de posición de dominio, siendo ambas anticompetitivas prohibidas, respectivamente por los arts. 1 LDC y 101 TFUE y, arts. 2 LCD y 102 TFUE, materias cuyo conocimiento se atribuye específicamente a los Juzgados de lo Mercantil *ex art. 86 bis.2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial*. Aunque el derecho de la competencia se aplique a los comportamientos adoptados en el mercado por los operadores económicos de naturaleza privada, es muy procedente analizar la cuestión objeto de investigación en el presente trabajo desde su perspectiva, habida cuenta de que, como se expondrá, los entes con personificación en los que se autoorganice la Administración pueden incurrir en ilícitos competenciales susceptibles de conocerse y sancionarse, en determinadas circunstancias, por las autoridades nacionales y autonómicas de defensa de la competencia.

⁷⁶ MIÑO LÓPEZ, Antonio. «La colusión en la contratación del sector público». En: MIÑO LÓPEZ, Antonio. *La defensa de la competencia en la contratación del sector público*. Navarra: Thomson Reuters Aranzadi, 2019, pág. 251-259.

privada que, si cumplen los requisitos legalmente establecidos, pueden ejecutar encargos de prestaciones típicamente contractuales para la Administración de que dependen sin que sea de legal y pertinente aplicación la normativa concurrencial en materia de contratos del sector público. Adicionalmente, desde la óptica de derecho de la competencia, se considera a la cooperación vertical como una modalidad igualmente exenta del ámbito de aplicación de la legislación en materia de defensa de la competencia vigente, *ex. art. 4.1 LDC*, en tanto en cuanto la asignación del encargo a medio propio se haga con estricta sujeción a su normativa. Ahora bien, lo anterior no obsta para plantear en vía jurisdiccional las «*situaciones de restricción de competencia que se deriven del ejercicio de otras potestades administrativas o sean causadas por la actuación de los poderes públicos o las empresas públicas sin dicho amparo legal*»⁷⁷.

En consecuencia, *a sensu contrario*, si no concurre aunque sea solo uno de los presupuestos legalmente tasados y jurisprudencialmente contorneados, el encargo a medio propio estará incurso en causa de anulabilidad⁷⁸ y, por consiguiente, no solo debiera haberse sometido a licitación en igualdad de condiciones con el resto de competidores concurrentes en el mercado, sino que también le sería de aplicación la legislación en materia de defensa de la competencia, incluso en virtud del art. 4.1 *in fine* LDC, si se constata la infracción de los requisitos recogidos en los arts. 32 y 33 LCSP y/o art. 86.2 LRJSP.

Un supuesto en esa línea es el que aborda la Autoridad Vasca de la Competencia en una extensa Resolución que destaca por la calidad técnica de su motivación. Se trata del asunto «*obras públicas de Álava*»⁷⁹ cuyos antecedentes fácticos se concretan en que la Diputación Foral de Álava creó un medio propio con personalidad jurídica privada, la mercantil Arabako Lanak, S.A., que constaba de 19.456 acciones, de las cuales la Diputación alavesa donó 500 que repartió a 44 ayuntamientos de la provincia con la finalidad de que dichos entes locales pudieran recabar prestaciones del medio propio sin necesidad de acudir a los procedimientos de contratación pública.

La Autoridad Vasca de la Competencia falló que, en este caso, no cumpliéndose los requisitos de control análogo y reconocimiento estatutario expreso de medio propio⁸⁰, se incurría en prácticas colusorias del art. 1.1.a) LDC en la medida que Diputación y Ayuntamientos concertaron una práctica colusoria que (*sic*): «*tiene por objeto detraer del mercado privado los servicios de (1) de redacción de proyecto constructivo, (2) preparación de la licitación; (3) dirección facultativa de las obras, (4) coordinación de seguridad y salud y cuantas gestiones fuesen necesarias para llevar a buen fin el encargo realizado*»⁸¹. En este expediente, concurriendo los elementos típicos y

⁷⁷ Art. 4.2 LDC.

⁷⁸ Así se desprende de una interpretación conjunta del art. 40.c) LCSP en relación con el art. 32.2 a 4 del mismo cuerpo legal.

⁷⁹ Resolución de la Autoridad Vasca de la Competencia de 11 de noviembre de 2015, Expte. 7/2013, Obras públicas de Álava.

⁸⁰ Respectivamente, apartados 2.a) y d) del art. 32 de la LCSP vigente.

⁸¹ Párrafo 19, FJ 1.A) de la Resolución de la Autoridad Vasca de la Competencia de 11 de noviembre de 2015, Expte. 7/2013, Obras públicas de Álava, recurso en línea que es accesible en: <

antijurídicos y, habiéndose deducido responsabilidad infractora, se impusieron sanciones a la Diputación Foral alavesa por valor de 50.000 euros y a alguno de los ayuntamientos participantes en el acuerdo de efectos colusorios. Lo anterior atestigua que incluso las Administraciones que asignan encargos a sus medios propios no quedan exentas de las potestades sancionadoras de las distintas autoridades de defensa de la competencia *ex. art. 4.1 LDC*, si no se cumplen con los precitados requisitos definitorios de los encargos *in-house*.

Por lo dicho, la apreciación estricta y funcional⁸² en el cumplimiento de los presupuestos que determinan la condición de medio propio opera como garantía de salvaguarda de la competencia, pues brindan un control *ex ante* y *ex post* a la asignación del acuerdo que permiten determinar si, atendiendo a su naturaleza jurídica, se justifica su exclusión singular de la aplicación de la LCD por ministerio de su art. 4.1. Como se detallará en los subsiguientes apartados, encontramos precedentes en los que las autoridades de defensa de la competencia han «levantado el velo» de entes de personificación jurídico-privada, aparentemente instrumentales a Administraciones que los calificaban con el *nomen iuris* de medio propio pero que, en puridad no solo no lo eran, sino que también incurrieron en prácticas colusorias por sus tratos con el resto de operadores.

4.2. Sobre la elección del régimen prestacional y forma de gestión de los servicios públicos como presupuesto con afectaciones potenciales en la competencia

Los supuestos concretos de ilícitos competenciales que pudieran cometer entidades con configuración legal aparente de medio propio deben analizarse comprendiendo previamente los efectos sobre la competencia en el mercado que pueden derivarse de la gestión y del régimen de prestación de los servicios públicos. Esta cuestión no es baladí máxime cuando la propia CNMC publicó en febrero de 2023 su guía relativa a la competencia y encargos a medios propios y convenios⁸³, donde se dedica un epígrafe completo a abundar de forma pormenorizada cuantos riesgos para la competencia pueden acarrear, actual o potencialmente, el uso de medios propios para recabar prestaciones que bien pudieran ser objeto de un contrato.

Al principio de esta investigación se ha expuesto como, generalizando mucho, salvo excepciones puntuales que se han establecido, podemos afirmar que en términos generales el ordenamiento jurídico es neutro ante la opción o régimen jurídico que cada Administración adopte para la gestión de los servicios públicos que se le han atribuido

https://www.competencia.euskadi.eus/contenidos/informacion/resoluciones/es_resoluci/adjuntos/RESOLUCION%20arabako%20lanak%20definitiva%20sin%20firmas.pdf >.

⁸² En el sentido de la STJUE de 11 de mayo de 2006, asunto C-340/04, *Carbotermo, Spa*.

⁸³ «Guía G-2020-01, sobre contratación pública y competencia. Los encargos a medios propios y los convenios». En: Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia [en línea]. 14 de febrero de 2023. <<https://www.cnmc.es/expedientes/g-2020-01>> [Consulta 15 de abril de 2024]. Esta guía se publica en ejercicio de las funciones de promoción de la competencia que se asignan a la CNMC como organismo independiente creado a tal efecto, en virtud de lo dispuesto en el art. 5 LDC.

competencialmente. En este punto, resulta procedente acometer una breve pero necesaria depuración teórico-conceptual de varias nociones.

En lo que al objeto del presente trabajo interesa, hemos de partir de la distinción del régimen de prestación de los servicios públicos de su forma directa o indirecta de gestión⁸⁴. En primer lugar, en relación con el régimen de prestación, encontramos que los servicios públicos pueden prestarse en régimen competencia o de monopolio. La primera modalidad implica que concurren en el mercado prestadores privados con el sector público para el ofrecimiento de servicios de interés general.

A) Régimen de monopolio y medios propios

El régimen de monopolio, por su parte, es diametralmente opuesto a la libre competencia de operadores públicos y privados puesto que, en definitiva, supone una ablación singular a la libertad de empresa del art. 38 CE, en la medida que se constituye una reserva monopolística en favor de determinada Administración Pública que ofrece determinado servicio en régimen de exclusiva, con la consiguiente privación a los operadores privados del ofrecimiento del mismo servicio. Este régimen, como es lógico, erradica la competencia ya que solo concurre un único ofertante y, pese a que lo deseable es la promoción o defensa de la competencia⁸⁵, puede establecerse el ofrecimiento de determinados servicios en régimen de monopolio para subsanar ciertos defectos en la lógica de mercado, como puede suceder en el servicio de abastecimiento de aguas⁸⁶, donde por razones operativas es imposible e inviable ofrecerlo por medio de varios operadores económicos.

A modo de ejemplo, en el art. 86.2 LBRL aparece una reserva monopolística en favor de las entidades locales cuando establece que (*sic*): «*Se declara la reserva en favor de las Entidades Locales de las siguientes actividades o servicios esenciales: abastecimiento domiciliario y depuración de aguas; recogida, tratamiento y aprovechamiento de residuos, y transporte público de viajeros [...]*».

⁸⁴ A mayor abundamiento, véase la didáctica explicación que se contiene en GRAU I ARNAU, Susanna. «*Decisiones de las Administraciones Públicas relativas a la gestión de los servicios públicos desde la perspectiva de política de competencia*». En. ARIMANY LAMOGLIA, Esteban *et al.* *La autoprovisión administrativa en la gestión de servicios públicos*. Madrid: Marcial Pons, 2022, pág. 157-163.

⁸⁵ En el marco de la economía de mercado, interesa una efectiva competencia entre ofertantes ya que, así y solo así, puede garantizarse una reasignación de recursos productivos más eficiente con las consiguientes implicaciones positivas para los demandantes de bienes y servicios, que pueden obtener mayor variedad de los mismos y a mejor precio. Esta idea, importada de la legislación americana *antitrust* por el derecho comunitario europeo, la ha plasmado el legislador español en términos muy esclarecedores en la exposición de motivos de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia, con la siguiente dicción literal (*sic*): «*La existencia de una competencia efectiva entre las empresas constituye uno de los elementos definitorios de la economía de mercado, disciplina la actuación de las empresas y reasigna los recursos productivos en favor de los operadores o las técnicas más eficientes. Esta eficiencia productiva se traslada al consumidor en la forma de menores precios o de un aumento de la cantidad ofrecida de los productos, de su variedad y calidad, con el consiguiente incremento del bienestar del conjunto de la sociedad.*».

⁸⁶ *Ídem*.

Fábrica Nacional de Moneda y Timbre⁸⁷ (en adelante, FNMT) es un ejemplo práctico de medio propio que presta un de servicio en régimen de monopolio que, en el marco de su ejecución, ha incurrido en ilícitos competenciales al tiempo de ejecutar las prestaciones que tiene asignadas⁸⁸. Nos remontamos a la primera década de los años 2000 cuando dicho medio propio, que monopolizaba las funciones de validación de ciertos certificados, se negó a suministrar dichos certificados a determinados operadores económicos privados, lo que colmaría el tipo infractor de la conducta ilícita consistente en abuso de posición de dominio, determinada por el régimen de monopolio de la validación. La infracción se concreta en que la FNMT se negó injustificadamente a prestar los servicios, observándose así el tipo de la conducta prohibida *ex. art. 2.2.c)* de la LDC vigente (art. 102 TFUE).

B) Consideraciones sobre la gestión directa e indirecta desde la óptica de la libre competencia

Distinto del régimen de prestación es la elección de la concreta forma de gestión que, como se ha venido argumentando de forma recurrente, puede ser directa o indirecta. Este punto es el que más atención merece para determinar las implicaciones de los encargos *in-house* al régimen de libre competencia. Efectivamente, como hemos hecho mención en apartados precedentes, los encargos de gestión de servicios públicos a medios propios constituyen una forma de gestión directa en la que no se acude al mercado, puesto que la Administración gestiona el servicio por sí misma, pero a través de un ente con personificación dotada a meros efectos instrumentales de recabar prestaciones, siendo un ente de naturaleza jurídico-privada o pública sobre el que ejerce un control análogo al que detenta sobre sus propios servicios.

Lo anterior implica que, a *sensu contrario* de lo que ocurre en los procedimientos de licitación para la gestión indirecta de los servicios públicos, en los encargos a medios propios no se produce una competencia entre ofertantes que pugnan en el seno de un expediente de contratación para hacerse con la concesión de determinado servicio público, con independencia de si la Administración titular de ese servicio ejerce sus competencias sobre el mismo en régimen de monopolio o concurrencia.

Sentado lo anterior, en el marco de esta lógica discursiva se plantea una cuestión ciertamente controvertida sobre la que no se ha abundado especialmente en la doctrina administrativista, que no es otra que el ejercicio de la discrecionalidad administrativa a la hora de decantarse por la gestión directa por técnicas de autoprovisión o, por la indirecta mediante licitación.

⁸⁷ En la actualidad, se instituye por ministerio de la Disposición adicional 56ª LCSP la condición de medio propio de la Fábrica Nacional de Moneda y Timbre – Real Fábrica de la Moneda (FNMT-RFM) con respecto a la Administración como ente instrumental (*sic*): «*de la Administración General del Estado, de las Comunidades y Ciudades Autónomas y de las entidades locales, así como de los organismos, entes y entidades del sector público estatal, autonómico y local, sean de naturaleza jurídica pública o privada, vinculados o dependientes de aquellas [...]*».

⁸⁸ Resolución de la Comisión Nacional de la Competencia de 24 de enero de 2011, Expte. S/0096/08, Fábrica Nacional de Moneda y Timbre. Interesa especialmente el FJ 2º, donde se abunda lo relativo a la ilicitud de la conducta.

En relación con esta cuestión se aprecia cierta polémica al hilo de pronunciamientos recaídos en vía administrativa. Efectivamente, es consabido que las técnicas de autoprovisión se excluyen de la aplicación de la normativa de contratos públicos y de defensa de la competencia. Pues bien, en relación a este hecho, se ha planteado por el Tribunal de Cuentas⁸⁹ un uso fraudulento de los encargos *in house* hasta tal punto de que, con ocasión de los mismos, se materializa lo que comúnmente se designa como huida del derecho administrativo⁹⁰ que se concreta en que, a los meros efectos de evadir la aplicación de los procedimientos de licitación, se apuesta por la constitución de medios propios con personificación jurídico-privada para gestionar los aspectos funcionales del ente en cuestión con arreglo a derecho privado, intensificando la huida si en la ejecución del encargo, la entidad con consideración de medio propio decide subcontratar el objeto esencial del encargo⁹¹.

La cuestión que se plantea desde la óptica del derecho de la competencia es si, de forma discrecional, la Administración puede acudir a la gestión directa por medio propio o convenio como vía alternativa a la licitación o si, por el contrario, el régimen ordinario de gestión debiera ser la contratación pública en aras a la promoción de la competencia. Esta disyuntiva ha motivado el voto particular discrepante que la Consejera de la CNMC D^a María Pilar Canedo Arrillaga⁹² ha formulado contra la Guía G-2020-01, sobre contratación pública y competencia, traída a colación *supra*. La mencionada consejera, Doctora en Derecho y reputada experta en derecho de la competencia, aduce en su voto particular que aun siendo posible acudir a sistemas de autoaprovechamiento administrativo, su uso debe ser excepcional habida cuenta de que los propios requisitos que se establecen para emplearlos se imponen, entre otras finalidades, en aras a proteger la libre competencia. Se opone al sentido de la Guía G-2020-1 en la medida que de su tenor literal se desprende que los procedimientos de contratación pública y la gestión

⁸⁹ «Informe del Tribunal de Cuentas núm. 1.003, de 28 de noviembre de 2013, de fiscalización de la utilización de la encomienda de gestión regulada en la legislación de contratación pública por los Ministerios, Agencias y Organismos Autónomos del área político-administrativa del Estado». En: *Tribunal de Cuentas* [en línea]. 28 de noviembre de 2013. <<https://www.tcu.es/repositorio/d878f515-181c-4704-a786-d4f68c6030e5/I1003.pdf>> [Consulta: 12 de mayo 2024].

⁹⁰ Uno de los primeros autores en explicar magistralmente el fenómeno de la huida del derecho administrativo con ocasión de los encargos realizados al medio propio TRAGSA fue Carlos Amoedo en: AMOEDO SOUTO, Carlos. *TRAGSA. Medios propios de la Administración y huida del Derecho Administrativo*. Barcelona: Atelier, 2004. 258 pág.

⁹¹ Un supuesto de subcontratación como el planteado ejemplificaría una ejemplo de palmaria y contumaz huida del derecho administrativo. Recordemos que uno de los fundamentos del encargo a medio propio es que acudir a este sistema de gestión directa, ante un caso concreto, resulta más eficiente, sostenible y eficaz que acudir a la contratación pública [art. 86.2.a) LRJSP], por lo que, si una vez encargada la prestación a una entidad *in house* esta la subcontrata a un tercero, se estaría desnaturalizando e infringiendo el supuesto habilitante que legitima el uso de medio propio que, en teoría, debiera haber podido ejecutar las prestaciones encargadas *ab initio*, pues se supone que el medio propio ha de contar con los medios personales y materiales, y suficiente capacidad técnica y organizativa, para ejecutar el objeto esencial del encargo. A mayor abundamiento, véase la brillante exposición que se contiene en: ANGULO GARZAZO, Noemí. *Derecho público de la competencia y contratación pública*. Madrid: Bosch/Wolters Kluwer, 2022. Págs. 106-107.

⁹² CANEDO ARRILLAGA, María Pilar. «Voto particular que formula la Consejera D^a. María Pilar Canedo» En: *Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia* [en línea]. 14 de febrero de 2023. <https://www.cnmc.es/sites/default/files/4562781_0.pdf> [Consulta 15 de abril de 2024]. Véanse especialmente los apartados vigésimo y siguientes.

directa vía medio propio o convenio son alternativas, es decir, se puede optar por una u otra modalidad de gestión a discreción de la administración competente. Para la consejera, estas vías habrían de ser de uso excepcional y no alternativo, en coherencia con la legislación de defensa de la competencia.

Sea como fuere, lo cierto es que de los requisitos para ser considerado medio propio, a mi juicio, parece desprenderse que, efectivamente, el régimen de gestión ordinariamente preferible habría de ser la gestión indirecta por formalización de contrato público. Tal carácter excepcional parece desprenderse, por ejemplo, del art. 86.2.a) LRJSP por cuanto que supedita la consideración de medio propio a que (*sic*): «*Sea una opción más eficiente que la contratación pública y resulta sostenible y eficaz, aplicando criterios de rentabilidad económica*». De la dicción literal del anterior precepto parece resultar que solo pueden efectuarse encargos *in house*, si y solo si se acomete *ex ante* el esfuerzo argumentativo de justificar que la gestión directa por medio propio es más eficiente, sostenible y eficaz que la gestión indirecta mediante contratación por medio de los procedimientos concursenciales de la vigente LSCP.

La anterior interpretación discrepante de la consejera de la CNMC no resulta temeraria a mi parecer por cuanto que, como se ha podido intuir en lo hasta ahora expuesto, la libre competencia entre operadores económicos es lo ordinariamente deseable por cuanto que la concurrencia de varios ofertantes en el mercado implica que se vean obligados a asignar sus recursos en una manera tal que, de forma eficiente, consigan atraer a los demandantes de los mismos, que gozarán de bienes y servicios cada más variados, de mayor calidad y más baratos⁹³. En adición a lo anterior, autores han destacado que, para la prestación de muchos servicios públicos, la mayor flexibilidad y el ánimo de lucro subyacente en los sujetos jurídico-privados no pertenecientes al sector público determina una gestión más económica y eficiente que la que podrían hacer las entidades públicas.

Es por ello por lo que, para ser partícipes en esos avances, las Administraciones deben general y ordinariamente recabar mediante contratación pública aquellas prestaciones que constituyan el núcleo esencial de los servicios públicos de su competencia⁹⁴. Además, nótese que lo anterior puede hacerse como propugnan las Directivas vigentes, es decir, de forma estratégica aprovechando los procedimientos concursenciales para, con ocasión de los mismos, realizar otros objetivos, por ejemplo, de política social o ambiental.

⁹³ Así se establece en el Preámbulo de la LDC.

⁹⁴ V. ESPINOSA GARCÍA, Juan. «*Servicios públicos locales y competencia*», En: GUILLÉN CARAMÉS, Juan. *Derecho de la competencia y regulación de la actividad de las administraciones públicas*, 2011, pág. 197-2019.

5. CONCLUSIONES FINALES

Con ocasión del presente trabajo de investigación he podido adentrarme en el estudio de los encargos a medios propios personificados como forma de autoprovisión directa de servicios públicos. Considero que, dentro del estudio de la actividad prestacional o de servicio público de las Administraciones, los encargos *in-house* constituyen un asunto que merece especial atención en la medida que, como se ha expuesto, al hilo de los mismos surgen toda una serie de cuestiones que no se agotan en Derecho Administrativo, sino que trascienden a múltiples sectores del ordenamiento jurídico como el Derecho de la Competencia, el Derecho Comunitario Europeo y Derecho Societario. Este hecho atestigua una de las nociones que a los alumnos se nos repite de forma recurrente durante todo el Grado en Derecho, que es que el fenómeno jurídico no es un conjunto de «*compartimentos estancos*», sino más bien un genuino sistema de «*vasos comunicantes*» donde se establecen conexiones entre diferentes disciplinas jurídicas.

Más allá del anterior hecho narrado con ánimo anecdótico, considero que la cuestión nuclear que se suscita con ocasión del análisis de los medios propios personificados no es otra que un sucedáneo del clásico debate del ejercicio de potestades discrecionales de la Administración Pública que se nos plantea en la asignatura de Fundamentos del Derecho Administrativo. En desarrollo de la anterior afirmación, decir que la *vis* social del Estado Social y Democrático de Derecho que erigió el constituyente en nuestra Carta Magna implica una actividad asistencial de los poderes públicos. En definitiva, para dotar de contenido al Estado Social, la Administración Pública, en servidumbre al interés general *ex. art. 103 CE*, asume el relevante papel de prestadora o suministradora de ciertos servicios cuyo ofrecimiento puede articular, como se ha expuesto, por medio de técnicas directas o indirectas de gestión.

Las vicisitudes aparecen en este punto, cuando se trata de determinar el modelo de gestión más idóneo para procurar la calidad de los servicios públicos. Esta investigación se ha centrado en el medio propio como ente con personalidad jurídica interpuesta, constituido en ejercicio de la autoorganización administrativa, por el que una Administración canaliza el ofrecimiento de prestaciones típicamente contractuales sin aplicación de la normativa de contratos del sector público porque no existe el vínculo sinalagmático, pues el medio propio no es más que la propia Administración que lo crea a efectos instrumentales. Estamos ante un instituto jurídico jurisprudencialmente abalado desde finales del siglo y cuyos contornos se positivizaron por vez primera en el paquete de Directas de Contratación Pública de 2014.

Partimos de la base que el medio propio como modalidad de cooperación vertical para el autoabastecimiento de servicios públicos coexiste con el resto de operadores económicos privados a los que se les puede atribuir por concesión la prestación de servicios públicos. Se impone entonces el deber de decidir a qué modalidad acogerse.

A mi juicio, considerando la importancia cardinal de la libre competencia y los beneficios que de ella se derivan, considero más conveniente acudir al mercado para recabar las prestaciones de servicios públicos mediante el diseño de procedimientos de licitación que no solo satisfagan los servicios públicos que tienen por objeto, sino que también con ocasión de los mismos se adopte una formulación de pliegos estratégica que procure la consecución de otros objetivos como la generación de empleo, el fomento de la investigación tecnocientífica o la lucha contra el cambio climático.

No obstante, la realidad se impone y, en ocasiones, resulta técnica y materialmente inviable, o muy costoso, encargar al sector privado la prestación de ciertos servicios. Es en estos casos, donde con estricta sujeción a los requisitos legalmente establecidos, sí que juzgo acertado el encargo a medio propio. En consecuencia, la realización de este trabajo me ha llevado a entender los encargos *in house* como un correctivo necesario para suplir los fallos en la lógica de mercado y, su uso razonable y racional, junto con el ofrecimiento de servicios por medio de gestión indirecta, es idóneo para procurar a la ciudadanía los servicios públicos que procuren el bienestar público.

A la postre, la conclusión principal del presente trabajo es que, pese a las encendidas polémicas que se suscitan en torno a los encargos a medios propios personificados, estos son una opción más que, aunque su uso debiera ser restrictivo, su uso puede motivarse para la prestación de ciertos servicios públicos que, por su naturaleza, requieran de una gestión directa, aunque se vehicule por medio de un ente instrumental. No obstante, su uso debiera ser restrictivo en atención a que las relaciones *in-house* obstan a los beneficios en forma de progreso técnico que dimanen de la libre competencia leal entre operadores económicos.

A tal efecto, resulta esencial el íntegro cumplimiento de los requisitos legalmente tasados, según la interpretación de los mismos que ha conformado la jurisprudencia. Este extremo, el escrupuloso cumplimiento de los presupuestos legales, es la principal garantía que procura que el empleo de estas técnicas de autoaprovechamiento por cooperación vertical sea una fórmula válida para la prestación de servicios públicos sin que se produzcan las externalidades negativas propiamente derivadas de su uso, es decir, las alteraciones a la libre competencia y la no aplicación de los principios rectores de las licitaciones públicas cuando sí que habrían de aplicarse por no observarse en el encargo o en el medio propio los requisitos de preceptiva concurrencia.

6. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

6.1. Monografías y capítulos de obras colectivas

ANGULO GARZAZO, Noemí. *Derecho público de la competencia y contratación pública*. Madrid: Bosch/Wolters Kluwer, 2022. Págs. 106-117.

AMOEDO SOUTO, Carlos. *TRAGSA. Medios propios de la Administración y huida del Derecho Administrativo*. Barcelona: Atelier, 2004. 258 pág.

ARIMANY LAMOGLIA, Esteban, GRAU I ARNAU, Susanna, NAVARRO MANICH, José Alberto y NOGUERA DE LA MUELA, Belén. *La autoprovisión administrativa en la gestión de servicios públicos*. Madrid: Marcial Pons, 2022. 205 pág.

FERNÁNDEZ FARRERES, Germán. «Ámbito subjetivo y objetivo de aplicación de la L.C.A.P.». En: Pendás García, Benigno (coord.). *Estudio sistemático de la Ley 13/1995, de 18 de mayo, de Contratos de las Administraciones Públicas*. Barcelona: Editorial Praxis S.A., págs. 223-251.

GIMENO FELIÚ, José María. «Los denominados servicios *in house providing* o encargos a entes propios. La vertiente objetiva de la normativa comunitaria sobre contratación pública y su relación con la LCAP (distinción entre contrato administrativo y privado)». En: *La nueva contratación pública europea y su incidencia en la legislación española. La necesaria adopción de una nueva ley de contratos del sector público y propuestas de reforma*. Pamplona: Thomson Civitas Aranzadi, 2006, pág. 137-151.

GIMENO FELIU, José María (dir.) y GUERRERO MANSO, María del Carmen (coord.). *Observatorio de los contratos públicos 2019*. Navarra: Aranzadi, 2020. 270 pág.

SANTIAGO IGLESIAS, Diana. «Cooperación horizontal: los convenios interadministrativos». En: GALLEGO CÓRCOLES, Isabel y GAMERO CASADO, Eduardo (dir.). *Tratado de Contratos del Sector Público. Tomo I*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2018, cap. 11, p. 620-621.

MELLADO RUIZ, Lorenzo. «El ámbito de la LCSP. Tipos contractuales y negocios excluidos». En: Gamero Casado, Eduardo y Gallego Córcoles, Isabel (dir.). *Tratado de Contratos del Sector Público. Tomo I*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2018, pág. 556-611. ISBN; 978-84-9169-926-2.

MIÑO LÓPEZ, Antonio. «Encargos a medios propios. Colusión directa» En: Miño López Antonio, *La defensa de la competencia en la contratación del sector público*. Pamplona: Thomson Reuters Aranzadi, 2019, pág. 252-270.

MORENO MOLINA, José Antonio. «Disposiciones generales de la Ley de Contratos. Ámbito subjetivo y objetivo». En: MORENO MOLINA, José Antonio y PLEITE GUADAMILLAS, Francisco. *La nueva Ley de Contratos del Sector Público. Estudio sistemático*. Madrid: La Ley, Grupo Wolters Kluwer España, págs. 191-279.

NOGUERA DE LA MUELA, Belén. «Cooperación vertical: los encargos a medios propios o servicios técnicos». En: Gamero Casado, Eduardo y Gallego Córcoles, Isabel (dir.). Tratado de Contratos del Sector Público. Tomo I. Valencia: Tirant lo Blanch, 2018, pág. 655-708.

PONCE SOLÉ, JULI. «Els fonaments i les bases constitucionals del Dret Administratiu». En: *Manual de fonaments del Dret Administratiu i de la Gestió Pública*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2020. 724 pág.

RICHER, Laurent y LICHÈRE, Françoise. «La notion de contrat administratif. Première Partie. Théorie et pratique du contrat administratif». En: *Droit des contrats administratifs*. París : LGDJ, Lextenso éditions, 2016, pág. 87-130.

SOSA WAGNER, Francisco. «El empleo de los “recursos públicos” por las administraciones locales». En: *Estudios de derecho público económico: libro homenaje al Prof. D. Sebastián Martín-Retortillo*. Pamplona: Civitas, 2007. 1532 pág.

6.2. Recursos electrónicos

COLÁS TENAS, JESÚS. “La dificultad de distinguir entre encomiendas de gestión de la LRJPAC y del TRLCSP”. En: Encomiendas de gestión, encargos y convenios en la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público. *Repositorio digital de la Fundación democracia y Gobierno Local* [recurso en línea]: <https://repositorio.gobiernolocal.es/xmlui/bitstream/handle/10873/1721/08_COLAS_P150_184_QDL_41.pdf?sequence=1>. [Consulta 12 de abril de 2024].

CANEDO ARRILLAGA, María Pilar. «Voto particular que formula la Consejera D^a. María Pilar Canedo contra la Guía G-2020-01, sobre contratación pública y competencia. Los encargos a medios propios y los convenios » En: *Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia* [en línea]. 14 de febrero de 2023. <https://www.cnmc.es/sites/default/files/4562781_0.pdf> [Consulta 15 de abril de 2024].

«Guía G-2020-01, sobre contratación pública y competencia. Los encargos a medios propios y los convenios». En: *Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia* [en línea]. 14 de febrero de 2023. <<https://www.cnmc.es/expedientes/g-2020-01>> [Consulta 15 de abril de 2024].

NOGUERA DE LA MUELA, Belén. «Los contornos de la autoprovisión administrativa en la gestión de los servicios públicos». En: *Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica*, núm. 18, pág. 32-55 [en línea]. 17 de octubre de 2022. <<https://doi.org/10.24965/reala.11119>>. [Consulta 3 de febrero de 2024].

VILALTA REIXACH, Marc. De nuevo sobre los negocios jurídicos excluidos de la Ley de contratos del sector público: encargos a medios propios personificados y transferencias de competencias entre entidades públicas. En: *Revista Gallega de Administración*

Pública, núm. 56 (julio-diciembre), pág. 26. En línea: <Dialnet-DeNovoSobreOsNegociosXuridicosExcluidosDaLeiDeCont-6917458_2 (3).pdf>. [Consulta 21 de febrero de 2024].

6.3. Legislación

A) Disposiciones normativas con fuerza de Ley. Fuentes de Derecho

Directiva 2014/23/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, relativa a la adjudicación de contratos de concesión (DOUE L, núm. 94, 23-03-2014, pág. 1-64).

Directiva 2014/24/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, sobre contratación pública y por la que se deroga la Directiva 2004/18/CE (DOUE L, núm. 94, 23-03-2014, pág. 65-242).

Directiva 2014/25/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, relativa a la contratación por entidades que operan en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales y por la que se deroga la Directiva 2004/17/CE (DOUE L, núm. 94, 23-03-2014, pág. 243-374).

España. Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local. (BOE, núm. 80, 03-04-1985, pág. 8945-8964)

España. Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia. (BOE, núm. 159, 04-07-2007, pág. 28848-28872).

España. 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. (BOE, núm. 276, 16-11-2011, pág. 117729-117914).

España. Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público. (BOE, núm. 236, 02-10-2015, pág. 89411-89530).

España. 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. (BOE, núm. 272, 09-11-2017, pág. 107714-108007).

B) Actos sin fuerza normativa de sujetos con iniciativa legislativa

«Comunicación de la Comisión Europea COM (1998) 143, de 11 de marzo, sobre la contratación pública de la Unión Europea». En: *Derecho de la UE – EUR-Lex* (en línea). 11 de marzo de 1998. <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:51998DC0143&qid=1717253712255>>. [Consulta 12 de marzo de 2024].

«Documento de Trabajo SEC (2011) 1169 final, de 4 de octubre de 2011, sobre la aplicación de la contratación pública europea entre autoridades contratantes (cooperación público-público)». En: *Derecho de la UE – EUR-Lex* (en línea). 7 de octubre de 2011. <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/en/ALL/?uri=CELEX:52011SC1169>>. [Consulta 12 de marzo de 2024].

«Comunicación de la Comisión Europea COM (2011) 15 final, de 27 de enero, Libro Verde sobre la modernización de la política de contratación de la Unión Europea». En: *Derecho de la UE – EUR-Lex* (en línea). 27 de enero de 2011. <<https://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2011:0015:FIN:ES:PDF>>. [Consulta 12 de marzo de 2024].

6.3. Relación de jurisprudencia

Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Sala 1ª), de 11 de mayo de 2006, asunto C-340-04, Carbotermo.

Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Sala 4ª), de 28 de mayo de 2020, asunto C-796/18, ISE-Colonia.

Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Sala 1ª), de 13 de octubre de 2005, asunto C-458/03, Parking Brixen GmbH.

Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Sala 4ª), de 18 de junio de 2020, asunto C-328/19, Porin.

Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Sala 3ª), de 21 de diciembre de 2016, asunto C-51/15, Remondis I.

Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Sala 9ª), de 4 de junio de 2020, asunto C-429/19, Remondis II.

Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Sala 3ª), de 10 de septiembre de 2009, asunto C-573/07, Sea Srl y Comune di Ponte Nossa.

Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Sala 5ª), de 18 de noviembre de 1999, asunto C-107/98, Teckal.

Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña 3661/2020 (Sala de lo Contencioso-Administrativo, sección 5ª), de 21 de septiembre de 2020 (recurso 107/2018).

Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña 1774/2021 (Sala de lo Contencioso-Administrativo, sección 5ª), de 22 de abril de 2021 (recurso 50/2020).

6.4. Relación de doctrina administrativa

Informe del Tribunal de Cuentas 1470/2022, de 31 de marzo, «de fiscalización de la adaptación de los medios propios existentes a la Ley 40/2015, de régimen jurídico del sector público y de la Ley 9/2017, de contratos del sector público».

Informe del Tribunal de Cuentas de 2013, «de fiscalización sobre la utilización de la encomienda de gestión, regulada en la legislación de contratación pública aplicable por las entidades» de varios organismos públicos;

Informe de 2008 de la Comisión Nacional de la Competencia, «Los medios propios y las encomiendas de gestión: implicaciones desde la óptica de la promoción de la competencia».

Informe de 2013 de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, «Los medios propios y las encomiendas de gestión: implicaciones desde la óptica de la promoción de la competencia».

Informe de la Intervención General de la Administración del Estado relativo a los principales resultados de control en materia de contratación pública conforme al artículo 332.11 de la LCSP, de 5 de noviembre de 2020.

Resolución del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales 1156/2018, de 17 de diciembre (recurso 1084/2018).

Resolución del Tribunal Catalán de Contratos del Sector Público 294/2022, de 16 de noviembre (recurso N-2021-0539).

Resolución del Tribunal Catalán de Contratos del Sector Público 300/2022, de 23 de noviembre (recurso N-2021-0364).