



El alcance del control de los encargos a medios propios tras la nueva la Ley de Contratos del Sector Público

M.ª José Santiago Fernández

Directora de la Asesoría Jurídica y Cumplimiento Legal del Grupo TRAGSA.

Ex presidenta de la Oficina Independiente de Regulación y Supervisión de la Contratación.

Ex presidenta del Tribunal administrativo de recursos contractuales de la Junta de Andalucía

Resumen: Este artículo aborda la superación de la doctrina restrictiva de control y fiscalización de los encargos a medios propios anterior a la regulación de estos en la Ley de contratos del sector público de 2017 que traspone las Directivas 2014/24/UE y 2014/23/UE, en las que se regula por primera vez de forma detallada los medios propios y las exigencias que estos deben cumplir para tener la condición de tal. Una vez creado el medio propio, la realización de encargos a los mismos, es una potestad de autorganización del poder adjudicador y no pueden exigirse en cada encargo en particular, el cumplimiento de los requisitos que la ley establece respecto al medio propio para obtener la condición de tal.

Abstract: This article deepens into the overcoming of the former restrictive doctrine of control and auditing of “in house providing”, prior to their present regulation in the Law 9/2017, on Public Sector Contracts, that transposed European Directives 2014/24/EU and 2014/23/EU and for the first time regulates in detail the use of horizontal cooperation by public authorities with their controlled legal persons, which includes the possibility of cooperation with other public authorities, and the requirements that they must meet in order to be considered exempted from the Public Sector Contracts Law. Once the controlled entities have been created, the contracting authority can entrust the performance of tasks to them, so the requirements do not have to be verified in each particular assignment in order to obtain the qualification of controlled legal persons.

Palabras Clave: Medios propios, potestad de autorganización, fiscalización y control de los encargos

Keywords: Controlled entity, contracting authority, horizontal cooperation



I. De las encomiendas de gestión a los encargos a medios propios

En torno a la figura de las encomiendas de gestión ha persistido una apreciación muy generalizada de que debe ser un instrumento excepcional y su régimen jurídico debe interpretarse de forma restrictiva. En este sentido, el Tribunal de Cuentas advirtió de los riesgos derivados del recurso a la encomienda de gestión en el curso de fiscalizaciones sobre distintos aspectos de la gestión económico-financiera del sector público tanto estatal, como autonómico y local¹,

La encomienda de gestión es un instrumento jurídico en virtud del cual un órgano administrativo, un organismo público o una entidad del sector público –encomendante–, encarga a otra Administración o a otro ente, organismo o entidad del sector público –encomendatario– la realización de una determinada actividad o prestación sin cesión de titularidad de la competencia ni de los elementos sustantivos de su ejercicio. Se trata de una forma de gestión administrativa, en la que durante un tiempo se han englobado bajo la misma denominación de “encomienda de gestión” dos figuras que son distintas tanto en cuanto al sujeto y al objeto, esto es

los encargos a medios propios y las encomiendas de gestión propiamente dichas.

Este artículo quiere clarificar, en la medida de lo posible, como los riesgos y cautelas puestas de manifiesto por los órganos de control y fiscalización en relación a las encomiendas de gestión, han quedado superados con la regulación de los medios propios y los encargos a los mismos, que recogen las Directivas 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014 y la Ley 9/2017, de Contratos del Sector Público (LCSP), por la que se trasponen al ordenamiento jurídico español aquéllas. Por lo tanto, el marco legal de los medios propios ya está definido con precisión y al tenor del mismo es donde hay que situar los controles y estos se han de centrar en lo necesario para el reconocimiento de un medio propio y, por tanto, no deberían extenderse dichas exigencias a los encargos que se le hagan.

El punto de partida está, como hemos advertido, en la confusa regulación de las llamadas encomiendas de gestión en la normativa contractual anterior a la vigente LCSP. Así, el Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas 2/2000, de 16 de junio (TRLCAP) en su artículo 3.1.1) introducido por el artículo 34.3 del Real Decreto Ley 5/2005, de 11 de marzo, de reformas urgentes para el impulso a la productividad y para la mejora de la contratación pública. (B.O.E. nº 62, de 14 de marzo de 2005), excluyó del ámbito de aplicación del TRLCAP a “*las encomiendas de gestión que se realicen a las entidades y a las sociedades cuyo capital pertenezca totalmente a la propia Administración pública*” (letra l del artículo 3.1 del TRLCAP), pero sin identificar ni establecer el régimen jurídico aplicable a las mismas, que, según el apartado 2 del artículo 3 del TRLCAP debían configurar sus normas especiales de aplicación.

Más adelante, la Disposición Final Cuarta de la Ley 42/2006, de 28 diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para 2007 (B.O.E. nº 311, de 29 de diciembre de 2006), modificó la referida letra l) del artículo 3.1 del TRLCAP, restringiendo el ámbito de la mencionada exclusión a “*las encomiendas de gestión que se confieran a entidades y sociedades cuyo capital sea en su totalidad de titularidad pública y sobre las que la Administración que efectúa la encomienda ostente un control análogo al que ejerce sobre sus propios servicios, siempre que estas sociedades y entidades realicen la parte esencial de su actividad con la entidad o entidades que las controlan*” (y de nuevo, sin referenciar ni establecer las normas especiales de aplicación a este supuesto).

1. “Informe 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, ejercicios 2008 – 2012”, aprobado por el Pleno del Tribunal de Cuentas el 28 de noviembre de 2013. “Informe de Fiscalización de las encomiendas de gestión de determinados Ministerios, Organismos y otras Entidades Públicas llevadas a cabo al amparo de la legislación que habilita esta forma instrumental de gestión administrativa, ejercicios 2011-2012”, aprobado por el Pleno del Tribunal de Cuentas el 30 de abril de 2015.

Por último, la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público (LCSP), cambió la conceptualización, el alcance e incluso parcialmente la denominación de esta figura rediseñándola como *“negocio jurídico en cuya virtud se encargue a una entidad que, conforme a lo señalado en el artículo 24.6, tenga atribuida la condición de medio propio y servicio técnico del mismo, la realización de una determinada prestación”*, con unos perfiles emparentados, pero ya claramente diferenciados, con respecto a la encomienda de gestión regulada por el artículo 15 de la de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LRJPAC), en los términos que desarrollaron los artículos 4.1 n) y 24.6 de la mencionada Ley de Contratos del Sector Público, y que mantienen luego, los mismos artículos del Texto Refundido de dicha Ley, aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre (TRLCSPP).

Sin embargo, la confusión persistió al referirse el citado artículo 24.6 del TRLCSPP a las encomiendas de gestión que los poderes adjudicadores pueden conferir a los entes que ostenten la condición de medio propio por concurrir en los mismos los requisitos que delimita dicho precepto, y así dispone que *“si pueden conferirles encomiendas de gestión que sean de ejecución obligatoria para ellos de acuerdo con instrucciones fijadas unilateralmente por el encomendante y cuya retribución se fije por referencia a tarifas aprobadas por la entidad pública de la que dependan.”*

Pero el régimen jurídico de la encomienda de gestión se encontraba fuera de la normativa contractual, en el artículo 15 de la LRJPAC, que habilitaba la posibilidad de llevar a cabo encomiendas de gestión para la realización de actividades de carácter material, técnico o de servicios de la competencia de los órganos administrativos o de las Entidades de Derecho público, a favor de otros órganos o Entidades de la misma o de distinta Administración, por razones de eficacia o cuando no se poseyeran los medios técnicos idóneos para su desempeño. El propio artículo 15 de la LRJPAC limitó el recurso a esta figura exclusivamente al marco administrativo, al excluir la posibilidad de efectuar encomiendas cuando la realización de las actividades técnicas, de servicio, o de carácter material fueran a llevarse a cabo por personas de Derecho privado debiendo, en ese caso, ajustarse a la legislación de contratos y así disponía que:

“El régimen jurídico de la encomienda de gestión que se regula en este artículo no será de aplicación cuando la realización de las actividades enumeradas en el apartado primero haya de recaer sobre personas físicas o jurídicas sujetas a derecho privado, ajustándose entonces, en lo que proceda, a la legislación correspondiente de contratos del Estado, sin que puedan encomendarse a personas o Entidades de esta naturaleza actividades que, según la legislación vigente, hayan de realizarse con sujeción al derecho administrativo.”

En este sentido, la Circular 6/2009, de 14 de julio de 2009 de la Abogacía General del Estado vino a aclarar la distinción entre la encomienda de gestión regulada en el artículo 15 LRJPAC y la del artículo 24.6 de LCSP y así la confusión surgida por el empleo de utilizar la misma denominación, esto es, “encomienda de gestión”, para dos ámbitos de actividad totalmente distintos se delimitaba del siguiente modo:

- Las encomiendas de gestión realizadas al amparo del citado artículo 15 de la Ley 30/1992 (LRJPAC) iban referidas a *“actividades de carácter material, técnico o de servicios de la competencia de los órganos administrativos o de las Entidades de derecho público”* encomendada a otros órganos o Entidades de la misma o de distinta Administración (en ningún caso a personas jurídico-privadas).
- Las encomiendas de gestión a que se referían los artículos 4.1.n) y 24.6 de la Ley 30/2007, de 30 de octubre (LCSP), quedaba limitada, a aquellas actuaciones que consisten en la realización de prestaciones propias de los contratos de obras, suministro y servicios.

Un paso más para aclarar las confusiones que pudieron surgir en torno a la figura de la encomienda de gestión se ha dado con la nueva regulación que separa la figura de la encomienda de gestión de los encargos a medios propios, en el artículo 11 de la Ley 40/2015, de Régimen Jurídico del Sector Público (LRJSP) que dispone que:

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

Las encomiendas de gestión no podrán tener por objeto prestaciones propias de los contratos regulados en la legislación de contratos del sector público. En tal caso, su naturaleza y régimen jurídico se ajustará a lo previsto en ésta.

Por tanto, del ámbito objetivo de las encomiendas de gestión quedan excluidas aquellas prestaciones que constituyen el objeto de los contratos del sector público y en el ámbito subjetivo queda excepcionada la posibilidad de realizar encomiendas de gestión a las personas jurídico privadas, limitando las mismas a órganos u entidades de la misma o distinta Administración.

De cualquier forma, el paso decisivo para aclarar la figura de la encomienda de gestión vino dada con la regulación de los “encargos a medios propios” que realiza la Ley 9/2017, de 8 de

noviembre, de Contratos del Sector Público (LCSP), al ceñir el objeto de éstos a las prestaciones propias de los contratos de obras, suministros, servicios, concesión de obras y concesión de servicios, pero sin que tengan naturaleza contractual.

II. La nueva regulación de los encargos a medios propios en las Directivas 2014/23/UE y 2014/24/UE

Las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014, haciéndose eco de los perfiles con los que el Tribunal de Justicia de la Unión Europea fue delimitando las relaciones in house, recogen por primera vez el régimen jurídico de los medios propios y ya en la Exposición de Motivos de la Directiva 2014/24 se indica el objetivo de terminar con las incertidumbres en torno a esta figura, señalando que:

<<Existe una considerable inseguridad jurídica en cuanto a la medida en que los contratos celebrados entre entidades del sector público deben estar regulados por las normas de contratación pública. La correspondiente jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha sido objeto de diferentes interpretaciones por parte de los distintos Estados miembros e incluso por los distintos poderes adjudicadores. Por tanto, hace falta precisar en qué casos los contratos celebrados en el sector público no están sujetos a la aplicación de las normas de contratación pública.

Se dan casos en los que una entidad jurídica actúa, con arreglo a las disposiciones pertinentes del Derecho nacional, como un instrumento o servicio técnico para determinados poderes adjudicadores, y está obligada a cumplir las instrucciones recibidas de estos poderes adjudicadores, sin ejercer influencia sobre la retribución de su ejecución. Dado su carácter no contractual, esta relación meramente

administrativa debe quedar fuera del ámbito de aplicación de los procedimientos de contratación pública.>>

El fundamento de este tipo de relaciones, habitual en el Derecho Administrativo, como bien señala SOSA WAGNER², no está en la existencia de un vínculo contractual, sino que se encuentra en la capacidad autoorganizativa de las Administraciones Públicas, resultando irrelevante el reconocimiento de una personalidad jurídica independiente, que es tan solo una herramienta que no significa la desvinculación de la organización empresarial de las entidades públicas de que trae su causa³. Por tanto, las sociedades públicas y otras formas de personificación son simples opciones de organización y el otorgamiento de personalidad jurídica, lo es sólo a efectos instrumentales por lo que en modo alguno pueden considerarse terceros respecto de la Administración⁴.

Así, tal y como indica GIMENO FELIU⁵, nos encontramos ante un sistema de autoprovisión en el que es la propia Administración, a través de la entidad que nace de su decisión organizativa, la que va a prestar por sí misma ese determinado servicio. Ahora bien, tal y como indica NOGUERA DE LA MUELA⁶, la posibilidad de que ciertas adjudicaciones escapen de la normativa contractual, solo es posible si se cumplen los requisitos, que fruto de la doctrina asentada por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea se han plasmado en el citado artículo 12 de la Directiva 2014/24 y que en esencia se resumen en dos: el requisito del "control análogo" que debe darse entre el ente que realiza el encargo y el medio propio, donde cabe que dicho control se ejerza de forma conjunta por varias Administraciones o entes públicos, de un lado; y, de otro, que la parte esencial de la actividad del medio propio se realice con el ente o entes que lo controlan.

El artículo 12 de la Directiva 2014/24/UE y también el artículo 17.1 de la Directiva 2014/23/UE, recogen los requisitos de la doctrina TECKAL⁷ para excepcionar la aplicación de la normativa comunitaria sobre contratación pública, esto es:

2. SOSA WAGNER, F. (2007) " El empleo de los recursos propios por las Administraciones Locales", en *Libro Homenaje al profesor Martín-Retortillo, Estudios de Derecho Público Económico*, Civitas Cizur Menor .p. 137.

3. HUERGO LORA, A. (2001) "La libertad de empresa y la colaboración preferente de las Administraciones Públicas con empresas privadas" RAP nº 154, p. 180.

4. FERNANDEZ RODRIGUEZ, T. R. (2001) " Comentario a la sentencia Scala de 12 de julio de 2001 " Actualidad Jurídica Aranzadi nº 505, afirma que: no hace falta decir, porque es obvio, que cuando es la propia Administración la que corre a cargo de la financiación de las obras de ejecución de sistemas generales o de obras aisladas, la lógica de la obra pública se impone sin discusión, lo que remite normalmente a la aplicación de la legislación vigente de contratos, salvo que la Administración decida ejecutar las obras en cuestión por sus propios medios por cualquiera de los modos de gestión directa de los servicios públicos que las leyes de régimen local ponen tradicionalmente a su disposición, incluida la creación de entes ad hoc y de sociedades mercantiles. Mientras aquéllos y éstos no den entrada a terceros en esa ejecución, la Directiva europea queda al margen porque es la propia Administración la que está actuando a través de entes instrumentales suyos".

5. GIMENO FELIU, J.M. (2006) "La nueva contratación pública europea y su incidencia en la legislación española. La necesaria adopción de una nueva Ley de Contratos Públicos y propuestas de su reforma" Thomson Civitas, Madrid.

6. NOGUERA DE LA MUELA, B. "Cooperación vertical: los encargos a medios propios o servicios técnicos", en *Tratado de Contratos del sector Público*, coordinado por Eduardo Gamero e Isabel Gallego, Tirant lo Blanch, Valencia, Tomo I, p. 669.

7. STJUE de 18 de noviembre de 1999 (C-107/98, Teckal).

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

- a) Que el poder adjudicador ejerza sobre la persona jurídica de que se trate un control análogo al que ejerce sobre sus propios servicios.
- b) Que más del 80 % de las actividades de esa persona jurídica se lleven a cabo en el ejercicio de los cometidos que le han sido confiados por el poder adjudicador que la controla o por otras personas jurídicas controladas por dicho poder adjudicador.
- c) Que no exista participación directa de capital privado en la persona jurídica controlada, con la excepción de 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.”

Estas Directivas clarifican el régimen de los medios propios frente a las Directivas anteriores, tal y como venía siendo reclamado por instancias comunitarias (Comité de las Regiones, Consejo Económico y Social, en sendos dictámenes 2001/c. 144, de 16 de mayo y 2001/c. 193 de 10 de julio) y esa falta de regulación clara de los medios propios determinó que la apreciación de los requisitos exigidos a los mismos, fuera interpretada de manera restrictiva, como advertía la STJUE de 11 de mayo de 2006 (Cabotermo) y la carga de la prueba de que realmente se dan las especiales circunstancias que justifiquen la excepción de aplicación de la normativa de contratación correspondía a quien quiera beneficiarse de ella, teniendo como límite el no afectar a la libre competencia.

Ahora bien, esta interpretación restrictiva venía justificada por la falta de una regulación positiva de los medios propios y tener los mismos prácticamente un tratamiento exclusivamente jurisprudencial y esto es lo que quiebra con la regulación que realizan las Directivas 2014/24/UE y 2014/23/UE, del encargo del poder adjudicador al medio propio dependiente de él (y por él controlado). La primera de ellas, expande el ámbito del actualmente denominado encargo, admitiendo así tres posibilidades nuevas: 1) “encargo vertical ascendente o inverso”, esto es, el conferido por el medio al poder adjudicador que le controla; 2) “encargo horizontal”, es decir, el que confiere el medio propio de un poder adjudicador a otra persona jurídica controlada por ese mismo poder adjudicador, siendo distintos e independientes la entidad que confiere el encargo y la entidad que lo recibe; y 3) encargos efectuados por poderes adjudicadores independientes entre sí a un medio propio constituido y controlado por ellos.



Por tanto, la Directiva 2014/24/UE regula de manera detallada y amplía, como se ha dicho, el ámbito de los encargos, ampliación que se refuerza al establecer que el control que debe ejercer el poder adjudicador sobre el medio propio puede ser tanto directo como indirecto en los encargos verticales (descendentes, así como ascendentes o inversos) y en los encargos horizontales.

III. Regulación de los medios propios en la Ley 9/2017, de Contratos el Sector Público

La Ley de Contratos del Sector Público (LCSP) traspone en su artículo 32 el citado artículo 12 de la Directiva 2014/24/UE, pero respetando la triple exigencia de la normativa comunitaria para tener la condición de medio propio (control del poder adjudicador sobre el medio propio, que más del 80% de las actividades de éste se lleven a cabo para el poder adjudicador que le hace el encargo y le controla y que, de ser el medio propio un ente de personificación jurídico-privada, la totalidad de su capital o patrimonio sea de titularidad o aportación pública), aunque la norma española añade los siguientes requisitos:

- 1) Expreso reconocimiento, por parte del poder adjudicador, de la condición de medio propio en los estatutos o acto de creación de éste.
- 2) Verificación por el poder adjudicador que controla el medio propio de que éste cuenta con los medios personales y materiales apropiados para realizar los encargos.

- 3) Inclusión de los encargos en el objeto social del medio propio.
- 4) Determinación en los estatutos o acto de creación del medio propio del poder adjudicador respecto del que ostenta esa condición.
- 5) Publicación en la Plataforma de Contratación que corresponda de la condición de medio propio.

Todas estas exigencias que recoge la LCSP para tener la consideración de medio propio, se completan con las exigencias que para ello dispone la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público (LRJSP) en su artículo 86 señalando lo siguiente:

“1. Las entidades integrantes del sector público institucional podrán ser consideradas medios propios y servicios técnicos de los poderes adjudicadores y del resto de entes y sociedades que no tengan la consideración de poder adjudicador cuando cumplan las condiciones y requisitos establecidos en 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.

2. Tendrán la consideración de medio propio y servicio técnico cuando se acredite que, además de disponer de medios suficientes e idóneos para realizar prestaciones en el sector de actividad que se corresponda con su objeto social, de acuerdo con su norma o acuerdo de creación, se dé alguna de las circunstancias siguientes:

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

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 técnico. Formará parte del control de eficacia de los medios propios y servicios técnicos la comprobación de la concurrencia de los mencionados requisitos

En la denominación de las entidades integrantes del sector público institucional que tengan la condición de medio propio deberá figurar necesariamente la indicación “Medio Propio” o su abreviatura «M.P.»

3. En el supuesto de creación de un nuevo medio propio y servicio técnico deberá acompañarse la propuesta de declaración de una memoria justificativa que acredite lo dispuesto en el apartado anterior y que, en este supuesto de nueva creación, deberá ser informada por la Intervención General de la Administración del Estado”

Estas exigencias, como veremos a continuación con más detalle, las establece el citado precepto a efectos de poder tener la consideración de medio propio y forman parte del control de eficacia del mismo, pero no son extensibles a cada encargo en particular que se hagan al medio propio reconocido como tal.

IV. Superación de la doctrina de restrictiva de los medios propios

La Jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (en adelante, TJUE) concibe la doctrina de los contratos in-house como una excepción a los principios de libre competencia y no discriminación que rigen la contratación pública. Por ello, establece que su aplicación práctica ha de tener carácter restrictivo y que las entidades que se declaren medio propio o servicio técnico deben cumplir estrictamente las condiciones para serlo. La no aplicación de la legislación de contratos se justifica sólo en los casos de que el medio propio sea verdaderamente tal porque, cuando esto es así, no existe un contrato (faltan los elementos de voluntad y participación en el precio por parte del que realiza la prestación), sino más bien una decisión organizativa que el Derecho de la Unión Europea ha de respetar como tal si se dan los presupuestos legales que establece el Derecho de la Unión Europea y la legislación nacional.

El Tribunal de Cuentas⁸, en los Informes de fiscalización de las encomiendas de gestión de la Administración del Estado y de las entidades del sector público autonómico, ha sido muy crítico sobre la forma en que se viene aplicando esta «vía de escape» de las normas que rigen la adjudicación de los contratos públicos, llamando la atención sobre la parquedad y las insuficiencias de la regulación que el Texto Refundido de la Ley de Contratos de 2011, la legislación administrativa de organización del Sector Público y la

8. Los más reseñables a los efectos que aquí interesan son, a nuestro juicio: el Informe núm. 1088, de 30 de abril del 2015, de “Fiscalización de las encomiendas de gestión de determinados Ministerios, Organismos y otras Entidades Públicas llevadas a cabo al amparo de la legislación que habilita esta forma instrumental de gestión administrativa”, que se centra en las encomiendas realizadas en favor de ciertos medios propios de determinados Ministerios; el Informe núm. 1.116, de 29 de octubre de 2015, referido a la “Fiscalización de la actividad de Ingeniería y Economía del Transporte, S.A. INECO como medio propio y servicio técnico y como empresa asociada en el marco de la normativa de contratación aplicable a las empresas estatales”; y el Informe núm. 1.197, de 22 de diciembre de 2016, de “fiscalización sobre la utilización de la encomienda de gestión, regulada en la legislación de contratación pública aplicable, por las entidades del sector público autonómico español durante el ejercicio 2013.” Todos ellos se pueden consultar en <http://www.tcu.es>.

legislación económico-financiera y presupuestaria hacían de esta cuestión. E indicaba textualmente en el Informe núm. 1088, de 30 de abril del 2015, de “Fiscalización de las encomiendas de gestión de determinados Ministerios, Organismos y otras Entidades Públicas llevadas a cabo al amparo de la legislación que habilita esta forma instrumental de gestión administrativa”:

<<En este contexto, de no recurrir a las encomiendas a medios propios más que en los casos estrictamente necesarios y una vez contrastada su mayor idoneidad, y de no abordar con rigor el cumplimiento de la exigencia de motivarlas fundada y adecuadamente, los órganos encomendantes corren el riesgo de incurrir en la infrautilización de sus propios medios materiales y personales, en la pérdida del control directo de la actividad que se encomienda y en la descapitalización de sus recursos técnicos propios, con las implicaciones que ello conlleva, como se constatará a lo largo del presente informe>>

Por su parte, la Comisión Nacional de la Competencia advirtió en su Informe sobre “Los medios propios y las encomiendas de gestión: implicaciones de su uso desde la óptica de la promoción de la competencia” de 2013, que la utilización de estas encomiendas, si se extralimita de su justa cabida legal, puede generar serias implicaciones para la competencia efectiva en los mercados.

Incluso la propia Abogacía del Estado en la Circular de la Abogacía General del Estado 6/2009, de 14 de julio de 2009, en relación con el carácter de excepción que tiene la doctrina del “in house providing” señalaba lo siguiente:

<<Con fundamento en la jurisprudencia del TJCE (sentencias Teckal de 18 de noviembre de 1999; Stadt Halle y RPL Louchau de 10 de enero de 2005; Comisión contra el Reino de España de 13 de enero de 2005; Parking Brixen de 13 de octubre de 2005; Carbotermo Consorzio Alisei de 11 de mayo de 2006; Asociación Nacional de Empresas Forestales y Transformación Agraria, S.A. de 19 de abril de 2007; y Coditel Brabant de 13 de noviembre de 2008, entre otras), la encomienda de gestión constituye una excepción a las reglas que el Derecho Comunitario establece en materia de contratación pública.

En efecto, las Directivas de las que se ha hecho mención garantizan, en el ámbito de la contratación pública, los principios de no discriminación por razón de la nacionalidad, de igualdad de trato, así como la obligación de transparencia que se deriva de ellos, y ello con objeto de hacer efectiva la regla de libre concurrencia o competencia. Es por ello por lo que los contratos públicos han de adjudicarse a través de procedimientos específicamente diseñados para “abrir el mercado de la contratación pública a la libre competencia”, procedimientos basados en principios de publicidad y concurrencia.

Pues bien, la doctrina del “in house providing” (que se traduce en el Derecho español, como se ha dicho, en la figura de la encomienda de gestión que establecen los artículos 4.1.n) y 24.6 de la LCSP) se caracteriza precisamente por constituir una excepción a la obligación y necesidad de adjudicar los contratos públicos (esto es, los que otorgan los poderes adjudicadores) a través de esos procedimientos encaminados cabalmente a hacer efectivos dichos principios, y ello en razón de que, dados los requisitos, a los que más adelante se hará referencia, de dicha doctrina, la aplicación de ésta no incide ni interfiere en la libre competencia. Debiendo mantenerse, ciertamente, un criterio restrictivo o, al menos, estricto en la determinación del ámbito de actuación u objeto de un medio propio>>.

Ahora bien, tal y como recomendaba el TCU en su informe de 2015, era necesario regular, mediante una norma sustantiva con rango de ley que defina pormenorizadamente los requisitos y aspectos determinantes del recurso a esta figura, su régimen económico con fijación de criterios homogéneos para el establecimiento de las tarifas, así como los procedimientos aplicables para su tramitación y para su adecuado seguimiento y control.

Y esto es precisamente lo que han hecho las Directivas comunitarias y la LCSP al trasponerlas y regular de manera extensa e incluso de forma más exigente los requisitos para tener la consideración de medio propio en los citados artículos 32 LCSP y 86 LRJSP. En estos preceptos se recogieron todas las propuestas del Tribunal de Cuentas incluidas en la “Moción nº 1198 del Tribunal de Cuentas a las Cortes Generales sobre la necesidad de desarrollar un adecuado marco legal para el empleo de las encomiendas de gestión por las Administraciones Públicas, de 22 de diciembre de 2016”, con excepción de la propuesta nº 3.14, relativa a que el medio propio solo pueda subcontratar en aquellos supuestos en los que así se le haya autorizado en el documento de formalización del encargo, que no ha sido acogida por el legislador limitándose, en el artículo 32.7 de la LCSP, a permitir la subcontratación de prestaciones parciales hasta un 50 por ciento del importe del encargo.

En consecuencia, el punto de mira del control ha de centrarse en el momento de reconocimiento de la condición de medio propio, una vez reconocido este y declarado como tal, cumplidas las exigencias del artículo 32 de la LCSP y del artículo 86 LRJSP, los encargos que se realicen al mismo no deben tener más control que el que el encargo se adecue al objeto social del medio propio y que se abone conforme a las tarifas aprobadas al efecto y la limitación porcentual de las prestaciones que el medio propio puede contratar con terceros para la ejecución del encargo.

Lo que no tiene ya encaje legal es seguir reparando los encargos que se realicen a un medio propio reconocido como tal, en base a una doctrina restrictiva de las llamadas

“encomiendas de gestión”, ya superada al haberse regulado con rango de ley la figura del medio propio y las exigencias para tener tal condición y mucho menos extender los controles de eficiencia y eficacia exigibles para tener la condición de medio propio, a cada encargo en particular a quienes ya tienen reconocida la condición de tal.

En este sentido, es relevante el reciente Informe de la Abogacía General del Estado 52/21 (R-361/2021) de 7 de mayo de 2021, en relación a una consulta sobre determinadas cuestiones planteadas en razón de sendos encargos conferidos por la Confederación Hidrográfica del Tajo a la sociedad mercantil estatal Tragsatec, S.A, en el que se concluye que: *“no puede negarse que el encargo a medios propios constituye una excepción al sistema de adjudicación de los contratos públicos a través de los procedimientos encaminados a hacer efectivos los principios de publicidad, concurrencia e igualdad de trato con objeto de hacer efectiva la libre competencia.*

Ahora bien, la excepcionalidad de esta figura queda matizada por una doble circunstancia, referida, de una parte, al régimen que de ella ha dispuesto el Derecho de la Unión Europea y, de otra parte, al régimen establecido, con base en el anterior, por la legislación española.”

Una cosa es que los encargos a medios propios sea una excepción a la aplicación de las normas de contratación pública y otra cosa es que sea algo excepcional. Las exigencias que el Tribunal de Cuentas fijaba en los informes

citados, ya están recogidas en la Ley y, en consecuencia, el control del cumplimiento de los mismos ha de ser constatado en el momento de reconocimiento del medio propio y la memoria justificativa de tales requisitos debe ser informada por la Intervención General de Estado.

En este sentido, ya el artículo 32.2.d).2º de la LCSP exige la verificación, por parte del poder adjudicador del que dependa el medio propio, de que éste dispone de los medios personales y materiales apropiados para la realización de los encargos y este juicio de suficiencia o idoneidad del medio propio queda intensificado por el artículo 86 de la LRJSP desde el momento en que este último precepto agrega una exigencia de mayor trascendencia y que queda referida, no ya a la concreta entidad que se configure como medio propio y para un determinado encargo, sino a esa entidad como destinataria de una pluralidad sucesiva e indefinida de encargos, esto es, al propio sistema del encargo (considerado globalmente) como alternativa preferente al sistema de contratación, por entenderse, con referencia a una determinada entidad que se pretenda configurar como medio propio, que este sistema es más ventajoso que el sistema de contratación.

Es más, en el citado Informe de la Abogacía General del Estado de 7 de mayo de 2021 se concluye que, en consecuencia *“no hay, pues, un juicio de suficiencia del medio propio para un concreto encargo, sino un juicio de preferencia –por las razones que explicita el artículo 86.2.a) y b) de la LRJSP– del sistema de encargos a un determinado medio propio sobre el sistema de contratación y para todos los que se le hagan.”*



De esta forma, el artículo 86.2 de la LRJSP, no se limita a exigir, como hace el artículo 32.2.d).^{2º} de la LCSP, que el poder adjudicador constatare la suficiencia de medios personales y materiales del medio propio, sino que, dando un paso más, exige la acreditación de que la opción por el sistema de encargos sea preferente o prevalente sobre el sistema de contratación bien porque el primero es más eficiente que el segundo aplicando para ello criterios de rentabilidad económica, bien porque concurren razones de seguridad pública o urgencia en la necesidad de disponer de los bienes o servicios suministrados o prestados por el medio propio.

Pues bien, debiendo acreditarse para la declaración de medio propio y servicio técnico no sólo que éste dispone de los recursos precisos para la realización de los encargos que se le confieran, sino que, además, su configuración como medio propio –y subsiguiente actuación como tal, esto es, realizando los encargos que se le confieran– es una opción más eficiente que la contratación pública y que resulta sostenible y eficaz aplicando criterios de rentabilidad económica, acreditación que, expuesta en la correspondiente memoria justificativa, ha de ser informada por la Intervención General de la Administración del Estado, no tendría ningún sentido, una vez que se ha atribuido la condición de medio propio a una determinada entidad por haber quedado debidamente acreditado que es la opción más eficiente, que tuviera luego que acreditarse, encargo por encargo, que la utilización de esta figura está justificada por ser preferible a la contratación, pues de entenderse así resultaría completamente superfluo lo dispuesto en el artículo 86 de la LRJSP, deviniendo así esta norma un precepto inútil.

V. Alcance de la justificación de cada encargo

La LCSP, configura la posibilidad de acudir al encargo como una manifestación de la potestad de auto organización de las entidades públicas, sin que pueda predicarse en contra, ni su carácter excepcional, ni que acudir a esta figura ponga en entredicho los principios previstos en la legislación sobre contratos.

Con relación a la potestad de auto organización de las entidades del sector público, la misma se predica de forma clara e indubitada, tanto en el artículo 31, como en el artículo 32 de la LCSP. En el primero de ello, se establece que las entidades del sector público podrán cooperar entre sí mediante sistemas de cooperación vertical consistentes en el uso de medios propios personificados en el sentido y con los límites establecidos en el artículo 32 para los poderes adjudicadores, precepto éste último que reconoce el derecho de los poderes adjudicadores a **organizarse** ejecutando de manera directa prestaciones propias de los contratos de obras, suministros, servicios, concesión de obras y concesión de servicios, a cambio de una compensación

tarifaria, valiéndose de otra persona jurídica distinta de ellos, ya sea de derecho público o de derecho privado. Es decir, como se indica en la propia Exposición de Motivos y en los artículos 31 y 32 de la LCSP, los encargos son supuestos de ejecución directa, por lo que, una elemental observación de los principios de eficacia y sostenibilidad del sector público, llevan a la obligación de los poderes adjudicadores de utilizar los medios de que disponen.

Precisamente, con relación a la posibilidad de elección de los poderes adjudicadores para realizar encargos o para acudir a una licitación, debe tenerse en cuenta la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de la Unión Europea (STJUE) de 3 de octubre de 2019, dictada en el asunto C-285/18, cuyo objeto era una petición de decisión prejudicial, planteada por el Tribunal Supremo de lo Civil y Penal de Lituania, para la interpretación (entre otros) del artículo 12 apartado 1 de la 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.

La cuestión relevante en sí versa sobre el margen de libertad de los Estados miembros para elegir acudir a un contrato público u optar por celebrar una operación interna (*in house providing*). En concreto se plantea (reformulando la cuestión elevada por el Tribunal lituano), si a la vista de la famosa STJUE de 18 de noviembre de 1999, Teckal (C-107/98, EU:C:1999:562), y las SSTJUE de 18 de enero de 2007, Auroux y otros (C-220/05, EU:C:2007:31), y de 6 de abril de 2006, ANAV (C-410/04, EU:C:2006:237), debe interpretarse el artículo 12, apartado 1, de la Directiva 2014/24 en el sentido de que *éste se opone a que una norma nacional supedita la celebración de operaciones internas a determinados requisitos y en particular, al de que la adjudicación de un contrato público no permita garantizar la calidad, disponibilidad o la continuidad de los servicios que han de prestarse*. La disyuntiva radica, pues, en dilucidar si el Derecho de la Unión prohíbe que los Estados miembros eleven las exigencias para que sus poderes adjudicadores puedan acudir a las operaciones internas de “*in house providing*”, estableciendo una tendencia hacia la contratación pública o externalización necesaria de los servicios.

En este punto, el TJUE hace hincapié en aspectos fundamentales de la relación entre el Derecho de la Unión y la capacidad de los Estados miembros en materia de contratación del Sector Público, al destacar que la Directiva 2014/24 tiene por objeto coordinar los procedimientos de contratación nacionales por encima de determinado valor y el artículo 12, apartado 1, de la Directiva 2014/24 debe interpretarse a la luz de esta consideración. También se cita el considerando 5 de esta norma en cuanto que «*ninguna disposición de la presente Directiva obliga a los Estados miembros a subcontratar o a externalizar la prestación de servicios que deseen prestar ellos mismos o a organizarlos de otra manera que no sea mediante contratos públicos en el sentido de la presente Directiva*».



Por consiguiente, *“no puede interpretarse que el Derecho de la Unión prive a los Estados miembros de la libertad de privilegiar una forma de prestación de servicios, ejecución de obras o suministro de materiales en detrimento de otras. Esta libertad implica una elección que se realiza en una fase anterior a la de la adjudicación de un contrato y que no puede, por ello, estar incluida en el ámbito de aplicación de la Directiva 2014/24. Ni la Directiva 2014/24 obliga a los Estados miembros a recurrir a un procedimiento de contratación pública, ni les puede obligar a realizar una operación interna cuando se cumplan las condiciones del artículo 12.1 de la propia Directiva.”*

En el mismo sentido concluye el citado Tribunal Superior en el Auto de fecha 6 de febrero de 2020, dictado en el seno los asuntos acumulados C- 89/19; C-90/19; C-91/19, a raíz de la cuestión prejudicial planteada por un Estado miembro. EITJUE concluye que el artículo 12.1 de la Directiva 2014/24 - el cual se limita, a precisar las condiciones que un poder adjudicador debe respetar cuando desea celebrar una operación interna- solo tiene el efecto de facultar a los Estados miembros a excluir una operación de este tipo del ámbito de aplicación de la Directiva 2014/24. Por consiguiente, esta disposición no puede privar a los Estados miembros de la libertad de privilegiar una forma de prestación de servicios, ejecución de obras o suministro de materiales en detrimento de otras.

A efectos demostrativos de lo anteriormente manifestado, debe traerse también a colación la Resolución de 25 de julio de 2018 de la Intervención General de la Administración del Estado, por la que se publica el Acuerdo del Consejo de Ministros de 20 de julio de 2018, por el que se da aplicación

a la previsión de los artículos 152 y 147 de la Ley General Presupuestaria, respecto al ejercicio de la función interventora en régimen de requisitos básicos en el ámbito de los contratos del sector público y encargos a medios propios, que en el punto 8.2, al referirse a los encargos, solo alude a la verificación por la Intervención del cumplimiento de los requisitos establecidos en el artículo 32, sin que, en ningún apartado se refiera a la necesidad de verificar o explicar porque se utiliza un medio propio en vez de acudir a un procedimiento de licitación. A mayor abundamiento, el examen de lo dispuesto en el artículo 32 de la LCSP lleva a la misma conclusión, en cuanto que al regular los requisitos del encargo en los apartados 6 y 7, y concretamente, al regular el documento de formalización no establece la obligación de que el recurso al encargo esté especialmente justificado, o que su utilización por los poderes adjudicadores tenga que tener un carácter excepcional.

El punto 2 del artículo 86 de la LRJSP exige acreditar para el reconocimiento de un medio propio que, *“además de disponer de medios suficientes e idóneos para realizar prestaciones en el sector de su actividad que se corresponda con su objeto social, de acuerdo con su norma o acuerdo de creación, se dé alguna de las circunstancias siguientes:*

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

Asimismo, dicho artículo señala que formará parte del control de eficacia de los medios propios y servicios técnicos la comprobación de la concurrencia de los mencionados requisitos, lo que pone de manifiesto que, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 85 de la LRJSP, es a la Intervención General del Estado, cuando realice el control de eficacia y la supervisión de un medio propio, a la que le corresponde valorar si es una opción más eficiente, sostenible y eficaz que la contratación pública, o si resulta necesaria su existencia 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 técnico, de forma que la concurrencia de los dos requisitos transcritos se verifique, o bien cuando se crea el medio propio, o en el momento de realizar el control de eficacia, y no por cada una de las entidades encargantes para cada encargo que realicen.

Esta conclusión también se obtiene del apartado 3 del artículo 86 de la LRJSP, en el que se indica que a la propuesta de declaración de medio propio deberá acompañarse una memoria justificativa que acredite lo dispuesto en el artículo 86.2 (opción eficiente y razones de seguridad pública o de urgencia), que será informada por la Intervención General de la Administración del Estado.

Dicha interpretación ya ha sido avalada por el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales (TACRC)⁹ que se ha pronunciado al respecto en diversas Resoluciones, concluyendo que el citado artículo 86 se refiere a las condiciones que, con carácter general, debe cumplir una entidad para obtener la condición de medio propio, pero sin que ello implique que el medio propio deba acreditar el cumplimiento y vigencia de los requisitos establecidos en el citado artículo 86 a cada uno de los entes que realizan el encargo, ni se deba justificar en cada encargo, en cuanto que ello corresponde a la IGAE al realizar el control de eficacia, si bien es cierto que los mismos deberán asegurarse que, al menos, formalmente la entidad sigue teniendo la condición de medio propio.

Todo ello significa que no se puede exigir el cumplimiento de los requisitos establecidos en el punto 2 del artículo 86 de la LRJSP en cada uno de los encargos, sino que dichos requisitos han de cumplirse por el medio propio personificado de manera general para obtener dicha condición, sin perjuicio de que se le someta a un control periódico para verificar que sigue cumpliendo con los citados requisitos y reiterando lo expuesto anteriormente no tendría ningún sentido, una vez que se ha atribuido la condición de medio propio a una determinada entidad, que tuviera luego que acreditarse, encargo por encargo, que la utilización de esta figura está justificada por ser preferible a la contratación, pues de entenderse así resultaría completamente superfluo lo dispuesto en el artículo 86 de la LRJSP.

La justificación, encargo por encargo, de que la utilización de este instrumento es preferible, por ventajosa, sobre el contrato resultaría coherente si no existiese la exigencia

de que se constate, al tiempo de la declaración de medio propio de una determinada entidad y como exigencia básica para ello, que su configuración como tal y de forma global –para una pluralidad sucesiva e indefinida de encargos comprendidos en su objeto– es más eficaz que la utilización de la contratación; existiendo tal exigencia, y esto es precisamente lo que establece el artículo 86 de la LRJSP, carece de sentido la justificación de la conveniencia de cada encargo sobre el contrato.

VI. Especial referencia a las empresas del Grupo TRAGSA

El Grupo TRAGSA es un grupo de sociedades mercantiles integrado por la “Empresa de Transformación Agraria, S.A., S.M.E., M.P.” (TRAGSA) como matriz, y su filial, la sociedad de carácter unipersonal “Tecnologías Y Servicios Agrarios, S.A., S.M.E., M.P.” (TRAGSATEC).

La «Empresa de Transformación Agraria, Sociedad Anónima» (TRAGSA), fue creada por un Decreto del Consejo de Ministros de 21 de enero de 1977, configurándose desde el principio como un medio instrumental al servicio de la Administración.

En la actualidad, el régimen jurídico de TRAGSA y sus filiales está regulado por la Disposición Adicional 24ª de la Ley 9/2017, de 9 de noviembre, de Contratos del Sector Público (en adelante, LCSP), y por el Real Decreto 69/2019, de 15 de febrero, por el que se desarrolla el régimen jurídico de la misma.

9. La Resolución del TACR nº 120/2019:

“Cabe añadir que la justificación de la mayor eficiencia del encargo frente a la contratación pública, o de la concurrencia de razones de seguridad o urgencia a las que se alude, de forma alternativa, en el artículo 86.2 de la LCSP aparece referida al momento previo a de la creación del medio propio, sin que resulte exigible que una u otra circunstancia se acredite en cada encargo singular que se confiera al medio propio, siendo así que los requisitos de los encargos concretos que se efectúan a los medios propios se regula en el artículo 32.6 de la LCSP, que nada dice al respecto. Por tanto, hay que atribuir una mera eficacia explicativa a las manifestaciones que, al efecto, se efectúan en la resolución de formalización del encargo.”

De la misma manera, el mismo TACRC, en su Resolución nº 1106/2019, recaída en el Recurso nº 814/2019 C.A. Cantabria 34/2019, establece:

“Ahora bien, al contrario de lo que afirma la recurrente, el artículo 86 LRJSP no se refiere a los requisitos de cada encargo singular a un medio propio, sino que contempla los requisitos necesarios para la creación de un medio propio. La declaración de medio propio y servicio técnico es previa a la formalización de un encargo individualizado, siendo requisito sine qua non para ésta última. En este sentido el artículo 32.6 a) LCSP incluso dispone que “Los encargos que realicen las entidades del sector público a un ente que, de acuerdo con los apartados segundo, tercero o cuarto de este artículo, pueda ser calificado como medio propio personificado del primero o primeros, no tendrán la consideración jurídica de contrato, debiendo únicamente cumplir las siguientes normas: a) El medio propio personificado deberá haber publicado en la Plataforma de Contratación correspondiente su condición de tal; respecto de qué poderes adjudicadores la ostenta; y los sectores de actividad en los que, estando comprendidos en su objeto social, sería apto para ejecutar las prestaciones que vayan a ser objeto de encargo.”

“La regulación de los requisitos de los encargos concretos e individuales que se efectúan a los medios propios se desarrolla en la LCSP (artículo 32 en nuestro supuesto), que no contempla la justificación de la idoneidad y eficiencia de cada encargo individualizado, sin que sus preceptos hayan sido invocados en el desarrollo de este motivo de impugnación. Fruto de ello, dicha justificación no se encuentra entre la información a suministrar preceptivamente a través de la Plataforma de Contratación del Sector Público conforme al artículo 63.6 LCSP antes analizado.

En consonancia con lo expuesto, el informe sobre la eficacia y eficiencia de la “encomienda de gestión encargada a TRAGSA” de 16 de noviembre de 2018 que obra en el expediente remitido como documento número 15 ha de reputarse con una mera eficacia explicativa, dado que la figura que nos ocupa tiene naturaleza de encargo en los términos previamente aludidos (...).”

El apartado 2º de la D.A. 24ª de la LCSP establece que:

“TRAGSA y su filial TRAGSATEC tendrán la consideración de medios propios personificados y servicios técnicos de la Administración General del Estado, de las Comunidades Autónomas, de las Ciudades Autónomas de Ceuta y Melilla, de los Cabildos y Consejos Insulares, de las Diputaciones Forales del País Vasco, de las Diputaciones Provinciales y de las entidades del sector público dependientes de cualesquiera de ellas que tengan la condición de poderes adjudicadores, siempre que se cumplan los requisitos establecidos en el punto 2º de la letra d) del apartado 2 del artículo 32, y en las letras a) y b) del apartado 4 del mismo artículo, y estarán obligadas a realizar, con carácter exclusivo, los trabajos que estos les encomienden en las materias señaladas en los apartados 4 y 5, dando una especial prioridad a aquellos que sean urgentes o que se ordenen como consecuencia de las situaciones de emergencia que se declaren. De acuerdo con esta obligación, los bienes y efectivos de TRAGSA y su filial TRAGSATEC podrán incluirse en los planes y dispositivos de protección civil y de emergencias.

Las relaciones de TRAGSA y su filial TRAGSATEC con los poderes adjudicadores de los que son medios propios instrumentales y servicios técnicos tienen naturaleza instrumental y no contractual, articulándose a través de encargos de los previstos en el artículo 32 de esta Ley, por lo que, a todos los efectos, son de carácter interno, dependiente y subordinado.

La comunicación efectuada por uno de estos poderes adjudicadores encargando una actuación a alguna de las sociedades del grupo supondrá la orden para iniciarla, sin perjuicio de la observancia de lo establecido en el artículo 32.6.b).”

En lo referente al régimen económico de las empresas del Grupo TRAGSA, de acuerdo con en el apartado 7º de la D.A. 24ª de la LCSP, el importe de las obras, trabajos, proyectos, estudios y suministros realizados por la mismas se determinará aplicando las tarifas atendiendo al coste efectivo soportado por el medio propio para las actividades objeto del encargo que se subcontraten con empresarios particulares. Dichas tarifas se calcularán de manera que representen los costes reales de realización y su aplicación a las unidades producidas servirá de justificante de la inversión

o de los servicios realizados directamente por el medio propio. La elaboración y modificación de las tarifas se lleva a cabo por una comisión adscrita al Ministerio de Agricultura, Pesca y Alimentación e integrada por representantes del Estado, de las comunidades autónomas, de las ciudades de Ceuta y Melilla, de los cabildos y consejos insulares, de las diputaciones forales del País Vasco y de las Diputaciones Provinciales.

Por tanto, en el caso de TRAGSA, la condición de medio propio personificado se reconoce en una norma con rango de ley, concretamente en la citada Disposición Adicional 24ª de la LCSP que condiciona los encargos que les confieran al cumplimiento de los requisitos del punto 2º de la letra d) del apartado 2 del artículo 32, y en las letras a) y b) del apartado 4 del mismo artículo, exclusivamente, sin referencia alguna al artículo 86 de la LRJSP.

No obstante, aunque la condición de medio propio de TRAGSA y TRAGSATEC viene reconocida por ley; en cumplimiento del apartado 3 del artículo 86 de la LRJSP, en el que se indica que a la propuesta de declaración de medio propio deberá acompañarse una memoria justificativa que acredite lo dispuesto en el artículo 86.2 (opción eficiente y razones de seguridad pública o de urgencia), que será informada por la Intervención General de la Administración del Estado; con fecha de 13 de noviembre de 2017, la IGAE emitió el informe previsto en el citado artículo 86.3 sobre la declaración de medio propio y servicio técnico de las sociedades del Grupo TRAGSA señalándose que queda acreditado en el análisis respecto del resto de condiciones establecidas en el mismo.

Desde una perspectiva jurisprudencial¹⁰, TRAGSA se configura como un medio instrumental, entre otros, del Estado y de las Comunidades Autónomas y las Directivas comunitarias sobre contratación pública no se oponen a un régimen jurídico como el atribuido a TRAGSA, que le permite realizar operaciones sin estar sujeta al régimen establecido por dichas Directivas, en cuanto empresa pública que actúa como medio propio instrumental y servicio técnico de varias autoridades públicas.

EITJUE (STJUE 19 de abril de 2007, asunto TRAGSA) analizando la jurisprudencia comunitaria relativa a la admisibilidad de la adjudicación de encargos directos a los entes instrumentales de la Administración (STJUE de 18 de noviembre de 1999, asunto C-107/98, Teckal), concluyó que TRAGSA puede ser

10. Tribunal Supremo Sentencia num. 686/2020 de 8 junio (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 5ª) planteó cuestión prejudicial al Tribunal de Justicia en el sentido de si resultaba de aplicación a la citada entidad la doctrina contenida en la STJUE de 8 de mayo de 2003 (asunto C-349/97),

medio propio de varios entes territoriales que controlan una empresa y el requisito relativo a lo esencial de la actividad de ésta puede considerarse satisfecho si dicha empresa realiza lo esencial de su actividad, no necesariamente con uno u otro de estos entes territoriales, sino con dichos entes territoriales considerados en conjunto.

Por tanto, teniendo las sociedades del Grupo TRAGSA reconocida la condición de medio propio por ley, el control de legalidad de los encargos que se hagan a las mismas, no puede hacerse en cuanto al cumplimiento de los requisitos del citado artículo 86 LRJSP, que son los exigidos para tener la condición de medio propio, ya que carecería de sentido, tener que volver a justificarlos en cada encargo en particular.

VII. Conclusiones

En primer lugar, la interpretación restrictiva que desde los órganos de control y fiscalización se venía haciendo en relación a los contratos "in house providing", estaba justificada por la falta de una regulación positiva de los medios propios y tener los mismos prácticamente un tratamiento exclusivamente jurisprudencial. Esto ha sido superado por el nuevo régimen jurídico de los medios propios que realizan las Directivas 2014/24/UE y 2014/23/UE, y la LCSP que traspone aquéllas, quedando ya delimitada claramente la distinción entre la encomienda de gestión y los encargos a medios propios.

En segundo lugar, la posibilidad de acudir al encargo se configura en la LCSP como una manifestación de la potestad de auto organización de las entidades públicas, sin que pueda predicarse en contra, ni su carácter excepcional, ni que acudir a esta figura ponga en entredicho los principios previstos en la legislación sobre contratos, aunque la propia LCSP establece que los mismos no tienen naturaleza contractual.

En tercer lugar, al ser los encargos a medios propios una excepción al sistema de contratación pública, regido por los principios de publicidad y concurrencia, los controles respecto a los mismos deben centrarse en el cumplimiento de los requisitos que, tanto el artículo 32 de la LCSP y como el artículo 86 de LRJSP, establecen para el reconocimiento de la condición de medio propio. Controles que deben de llevarse a cabo por los órganos de fiscalización antes de reconocer a un medio propio la condición de tal y en las correspondientes auditorias de las cuentas anuales del mismo.

En cuarto lugar, hay que resaltar que, una vez reconocido un medio propio, no es condición de legalidad de cada encargo ni puede exigirse la justificación de su preferencia sobre la contratación administrativa, ya que el encargo a medios propios constituye un recurso ordinario normal en la adquisición, por parte del poder adjudicador, de obras, suministros y servicios.



Bibliografía

- **Fernandez Rodriguez, T. R.** (2001) "Comentario a la sentencia Scala de 12 de julio de 2001" Actualidad Jurídica Aranzadi nº 505.
- **Gimeno Feliu, J.m.** (2006) "LA nueva contratación pública europea y su incidencia en la legislación española. La necesaria adopción de una nueva Ley de Contratos Públicos y propuestas de su reforma" Thomson Civitas, Madrid.
- **Huergo Lora, A.** (2001) "La libertad de empresa y la colaboración preferente de las Administraciones Públicas con empresas privadas" RAP nº 154.
- **Noguera de la Muela, B.** (2018) "Cooperación vertical: los encargos a medios propios o servicios técnicos", en Tratado de Contratos del sector Público, coordinado por Eduardo Gamero e Isabel Gallego, Tomo I, Tirant lo Blanch, Valencia.
- **Sosa Wagner, F.** (2007) " El empleo de los recursos propios por las Administraciones Locales", en *Libro Homenaje al profesor Martín-Retortillo, Estudios de Derecho Público Económico*, Civitas Cizur Menor.