

# MEDIOS PROPIOS Y SERVICIOS TÉCNICOS DE LA ADMINISTRACIÓN. CONTROLES Y LÍMITES INTRODUCIDOS

JORNADA Y TALLER PRÁCTICO SOBRE LA NUEVA LEY DE CONTRATOS DEL SECTOR PÚBLICO

22, 23 Y 25 DE MAYO DE 2017

Beatriz Montes Sebastián – Directora de Asesoría Jurídica Fundación Universidad-Empresa de Valencia

# 1ª parte: Antecedentes

1.1. Artículo 15 Ley 30/92

1.2. Doctrina In house providing

1.3. Positivación de la Doctrina In house

# 1.1. CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA

**Artículo 31.2.** El gasto público realizará una asignación equitativa de los recursos públicos, y su programación y ejecución responderán a los criterios de **eficiencia** y economía.

## **Artículo 103**

1. La Administración Pública sirve con objetividad los intereses generales y actúa de acuerdo con los principios de **eficacia**, jerarquía, descentralización, desconcentración y coordinación, con sometimiento pleno a la ley y al Derecho.

## 1.1. ENCOMIENDA DE GESTIÓN DE LA LEY 30/92

### Artículo 15 Encomienda de gestión

1. 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 podrá ser encomendada a otros órganos o Entidades de la misma o de distinta Administración, **por razones de eficacia o cuando no se posean los medios técnicos idóneos para su desempeño.**

2. La encomienda de gestión no supone cesión de titularidad de la competencia [...]

## 1.1 ENCOMIENDA DE GESTIÓN LEY 30/92

5. 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.

## 1.1. ENCOMIENDA DE GESTIÓN DE LA LEY 30/92

### **Aspectos esenciales de la encomienda de gestión:**

- Instrumento de cooperación interadministrativa
- Sirve para realizar actividades de carácter material, técnico o de servicios
- No supone cesión de la titularidad de la competencia
- No cabe sobre personas físicas o jurídicas sujetas a derecho privado
- Deben concurrir razones de eficacia o falta de medios técnicos idóneos

## 1.2. ENCOMIENDA DE GESTIÓN DE NATURALEZA CONTRACTUAL

Expresión de la doctrina “**in house providing**” elaborada por el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas como **excepción al alcance de las directivas sobre contratación pública y del principio de libre concurrencia:**

- ❑ STJCE de 18 de noviembre de 1999, asunto C-107/1998, **Teckal**.
- ❑ STJCE de 11 de enero de 2005, asunto C-26/2003, **Stadt Halle** y RPL Lochau .
- ❑ STJCE de 13 de octubre de 2005, asunto C-458/2003, **Parking Brixen**.
- ❑ STJCE de 10 de noviembre de 2005, asunto C-29/2004, **Comisión contra Austria**.
- ❑ STJCE de 11 de mayo de 2006, asunto C-340/2004, **Carbotermo**.
- ❑ STJCE de 19 de abril de 2007, asunto C-295/05, **Asemfo vs.Tragsa**.
- ❑ STJCE de 13 de noviembre de 2008, asunto C-324/07, **Coditel**.
- ❑ STJCE de 9 de junio de 2009, asunto C-480/06 **Comisión vs Alemania**. Tratamiento de residuos. Cooperación vertical
- ❑ STJCE de 10 de septiembre de 2009, asunto C-573/07, **SEA** y Municipio de Ponte Nossa.
- ❑ STJCE de 19 de julio de 2012, asunto C-182/1, **Econord**

## 1.2. ENCOMIENDA DE GESTIÓN DE NATURALEZA CONTRACTUAL

### STJUE de 18 de noviembre de 1999.- SENTENCIA TECKAL

Conflicto entre TECKAL y el municipio de Viano y la Azienda Gas-Acqua Consorziale (AGAC) sobre la adjudicación del municipio de la gestión del servicio de calefacción de determinados edificios municipales, sin procedimiento de licitación. La AGAG era una mancomunidad constituida por varios municipios para la gestión de los servicios de energía y de medio ambiente. TECKAL es una empresa privada que desempeña actividades en el ámbito de los servicios de calefacción.

*“El ente territorial ejerza sobre la persona de que se trate un control análogo al que ejerce sobre sus propios servicios y esta persona realice la parte esencial de su actividad con el ente o los entes que la controlan.*

Conclusión: **“La directiva es aplicable cuando un ente territorial proyecta celebrar con una entidad formalmente distinta a ella y autónoma desde el punto de vista decisorio un contrato a título oneroso [...].**

# ENCOMIENDA DE GESTIÓN DE NATURALEZA CONTRACTUAL

## **STJCE de 11 de enero de 2005, asunto C-26/2003, STADT HALLE Y RPL LOCHAU**

### **Partes:**

Stadt Halle, RPL Recyclingpark Lochau GmbH vs Arbeitsgemeinschaft Thermische Restabfall- und Energieverwertungsanlage TREA Leuna,

### **Supuesto de hecho:**

Regularidad con arreglo a las normas comunitarias de la adjudicación sin procedimiento de licitación pública de un contrato de servicios en relación con el tratamiento de residuos por la Stadt Halle a RPL Lochau, cuyo capital pertenece mayoritariamente a la Stadt Halle y en una fracción minoritaria a una sociedad privada.

### **Resolución:**

*“En el supuesto de que una entidad adjudicadora proyecte celebrar un contrato a título oneroso referente a servicios comprendidos dentro del ámbito de aplicación material de la Directiva 92/50, en su versión modificada por la Directiva 97/52, con una sociedad jurídicamente distinta de ella en cuyo capital participa junto con una o varias empresas privadas, deben aplicarse siempre los procedimientos de contratación pública previstos en dicha Directiva”.*

# ENCOMIENDA DE GESTIÓN DE NATURALEZA CONTRACTUAL

## **STJCE de 13 de octubre de 2005, asunto C-458/2003, PARKING BRIXEN.**

### **Partes:**

Sociedad Parking Brixen GmbH y Municipio de Brixen y la sociedad Stadtwerke Brixen AG,

### **Supuesto de hecho:**

Relativo a la adjudicación a la sociedad Stadtwerke Brixen AG de la gestión de dos aparcamientos ubicados en la demarcación de ese municipio.

### **Resolución:**

*La adjudicación de la gestión de un aparcamiento público de pago por una autoridad pública a un prestador de servicios, en contrapartida de la cual el prestador percibe como retribución las cantidades abonadas por terceros para el uso de dicho aparcamiento, **constituye una concesión de servicios públicos a la que no resulta de aplicación la 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.*

*2) Los artículos 43 CE y 49 CE, así como los principios de igualdad de trato, no discriminación y transparencia, deben interpretarse en el sentido de que **se oponen a que una autoridad pública adjudique, sin licitación previa, una concesión de servicios públicos a una sociedad anónima** constituida mediante la transformación de una empresa especial de dicha autoridad pública, sociedad anónima cuyo objeto social se ha ampliado a nuevos e importantes ámbitos, **cuyo capital debe abrirse obligatoriamente a corto plazo a otros inversores**, cuyo ámbito territorial de actividad se ha expandido a todo el país y al extranjero y cuyo consejo de administración dispone de amplias facultades de gestión que puede ejercer de forma autónoma.*

# ENCOMIENDA DE GESTIÓN DE NATURALEZA CONTRACTUAL

**STJCE de 19 de abril de 2007, asunto C-295/05, ASEMFO VS.TRAGSA.**

## **Partes:**

Asociación Nacional de Empresas Forestales (Asemfo vs Transformación Agraria, S.A.(Tragsa), Administración del Estado.

## **Supuesto de hecho:**

Si, con arreglo al artículo 86 CE, apartado 1, un Estado miembro puede atribuir a una empresa pública un régimen jurídico que le permite llevar a cabo operaciones sin estar sujeta a las directivas de contratación pública.

## **Resolución:**

TRAGSA es un medio propio o servicio técnico tanto del Estado (99% del capital social) como de las CCAA que tienen un 1% del capital social: Cumple requisito de control

Realiza la parte esencial de la actividad tanto para el Estado como para las CCAA.: 90% de su actividad

*“Las Directivas sobre contratación, 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, desde el momento en que, por una parte, las autoridades públicas de que se trata ejercen sobre esta empresa **un control análogo al que ejercen sobre sus propios servicios y, por otra parte, dicha empresa realiza lo esencial de su actividad con estas mismas autoridades”.***

# ENCOMIENDA DE GESTIÓN DE NATURALEZA CONTRACTUAL

**STJCE de 13 de noviembre de 2008, asunto C-324/07, Coditel**

**Partes:** Coditel Brabant SA contra Commune d'Uccle y Région de Bruxelles-Capitale.

## **Supuesto de hecho:**

Litigio entre Coditel y el municipio de Uccle, la Région de Bruxelles-Capitale y la Société Intermunicipal pour la Diffusion de la Télévision (Brutélé) respecto a la adjudicación por parte del municipio de Uccle de la gestión de su red de teledistribución municipal a una sociedad cooperativa intermunicipal.

## **Resolución:**

*“Los principios de igualdad y de no discriminación por razón de la nacionalidad y la obligación de transparencia que deriva de ellos **no son contrarios a que una autoridad pública atribuya, sin convocar una licitación, una concesión de servicios públicos a una sociedad cooperativa intermunicipal cuyos socios son exclusivamente autoridades públicas,** cuando dichas autoridades públicas ejercen sobre esa sociedad un control análogo al que ejercen sobre sus propios servicios y la mencionada sociedad realiza la parte esencial de su actividad con esas autoridades públicas. las decisiones sobre las actividades de una sociedad cooperativa intermunicipal controlada exclusivamente por las autoridades públicas son adoptadas por órganos estatutarios de dicha sociedad compuestos por representantes de las autoridades públicas asociadas, puede considerarse que el control ejercido por las mencionadas autoridades públicas sobre esas decisiones permite a éstas ejercer sobre aquélla un control análogo al que ejercen sobre sus propios servicios. En el supuesto de que una autoridad pública se adhiera a una sociedad cooperativa intermunicipal cuyos socios son exclusivamente autoridades públicas con el objeto de cederle la gestión de un servicio público, el control que tales autoridades asociadas ejercen sobre dicha sociedad, para considerarse análogo al que ejercen sobre sus propios servicios, puede ser ejercido conjuntamente por las mencionadas autoridades, decidiendo, en su caso, por mayoría.”*

# ENCOMIENDA DE GESTIÓN DE NATURALEZA CONTRACTUAL

## STJCE de 10 de septiembre de 2009, asunto 573/07, SEA y Municipio de Ponte Nossa

**Partes:** SEA Sr, el Municio de Ponte Nossa y la empresa SETCO

### Supuesto de hecho:

Litigio entre Sea y el municipio de Ponte Nossa sobre la adjudicación por este último de un contrato relativo al servicio de recogida, transporte y eliminación de residuos urbanos a Servizi Tecnologici Comuni – Se.T.Co. SpA, sociedad en la que el Municipio tiene una participación minoritaria en el capital social.

### Resolución:

*“Los principios de igualdad y de no discriminación por razón de la nacionalidad y la obligación de transparencia que se deriva de ellos no se oponen a la adjudicación directa de un contrato público de servicios a una sociedad por acciones de capital totalmente público, desde el momento en que la entidad pública, que es la entidad adjudicadora, ejerza sobre dicha sociedad un control análogo al que ejerce sobre sus propios servicios y que esta sociedad realice la parte esencial de su actividad con la entidad o las entidades que la controlan.*

*Cabe considerar que el control ejercido por las entidades accionistas sobre la referida sociedad es análogo al que ejercen sobre sus propios servicios en circunstancias como las del litigio principal, cuando:*

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

# ENCOMIENDA DE GESTIÓN DE NATURALEZA CONTRACTUAL

## ❑ Control análogo / conjunto

- Cuando se ejerza influencia decisiva sobre objetivos estratégicos y decisiones significativas
- Las encomiendas deben ser de ejecución obligatoria
- Conforme a instrucciones unilaterales del encomendante
- Se retribuye en base a tarifas aprobadas por el ente encomendante

## ❑ Realice la parte esencial de la actividad

❑ **Titularidad de la totalidad del capital social** cuando la entidad encomendada sea una sociedad mercantil / con mayoría de los votos en los órganos estatutarios.

# ENCOMIENDA DE GESTIÓN DE NATURALEZA CONTRACTUAL

## Positivación de la doctrina *in house providing* o “contratos domésticos” en España:

- **Ley 5/2005** de reformas urgentes para el impulso de la productividad y para la mejora de la contratación pública .- TRLCAP 2/2000. Artículo 3.1. para excluir *“las encomiendas de gestión que se realicen a las entidades y a las sociedades cuyo capital pertenezca totalmente a la propia Administración Pública.”*
- **Ley 42/2006, de 28 de diciembre de Presupuestos Generales del Estado para el ejercicio 2007** que modificó el artículo 3.1. incorporando los requisitos establecidos por la Sentencia Teckal y demás jurisprudencia existente sobre la doctrina *in house*: *“las encomiendas de gestión que se confieren 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.”*

## ENCOMIENDA DE GESTIÓN DE NATURALEZA CONTRACTUAL

- **Ley 30/2007 de Contratos del Sector Público.** Artículo 4.1. n) y 24. Se menciona por primera vez los encargos que un poder adjudicador puede realizar a un ente, organismo o entidad del sector público que ostente la condición de medio propio o servicio técnico de aquél, incorporando la doctrina del TJCE. *“Están excluidos del ámbito de la presente ley: n) **Los negocios jurídicos en cuya virtud se encargue a una entidad que, conforme a lo señalado en el artículo 26.4, tenga atribuida la condición de medio propio y servicio técnico del mismo, la realización de una determinada prestación.** No obstante, los contratos que deban celebrarse por las entidades que tengan la consideración de medio propio y servicio técnico para la realización de las prestaciones objeto del encargo quedarán sometidos a esta ley [...]”*

El artículo 24.6 *“A los efectos previstos en este artículo y en el artículo 4.1.n. los entes, organismos y entidades del sector público podrán ser considerados medios propios y servicios técnicos de aquellos poderes adjudicadores para **los que realicen la parte esencial de su actividad, cuando éstos ostenten sobre los mismos un control análogo al que pueden ejercer sobre sus propios servicios.** Si se trata de sociedades, además **la totalidad de su capital tendrá que ser de titularidad pública.**”*

# ENCOMIENDA DE GESTIÓN DE NATURALEZA CONTRACTUAL

*“En todo caso se entenderá que los poderes adjudicadores ostentan sobre un ente, organismo o entidad un control análogo al que tienen sobre sus propios servicios **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 las que dependan**”*

*“La condición de medio propio y servicio técnico de las entidades que cumplan los criterios mencionados en este apartado **deberá reconocerse expresamente por la norma que las cree o por sus estatutos**, que deberá determinar las entidades respecto de las cuales tienen esta condición y precisar el régimen de las encomiendas que se les puedan conferir o las condiciones en las que podrán adjudicárseles contratos y determinará para ellas la imposibilidad de participar en licitaciones públicas convocadas por los poderes adjudicadores de los que sean medios propios, sin perjuicio cuando no concurra ningún licitador, pueda encargárseles la ejecución de la prestación objeto de las mismas.”*

- **Real Decreto Legislativo 3/2011 de 14 de noviembre por el que se aprueba el TRLCSP.-** Artículo 4.1.n. y 24.6. Se mantiene la misma regulación contemplada en la LCSP de 2007.

# Diferencias entre encomienda de gestión / Negocios jurídicos a medios propios

## **Encomienda de gestión (artículo 15 Ley 30/92):**

- Supuestos de cooperación interadministrativa
- Ligadas al ejercicio de competencias administrativas
- Ámbito subjetivo.- No cabe frente a personas jurídico privadas
- Ámbito objetivo – No cabe cuando el objeto sea una prestación características de un contrato
- Se puede formalizar a través de un convenio
- Necesidad de publicación en el Boletín correspondiente

## **Negocios jurídicos a medios propios (artículo 4.n y 24.6 del TRLCSP):**

- Relación de naturaleza instrumental, interna, dependiente y subordinada
- No tiene carácter contractual
- Ámbito subjetivo.- Cabe frente a personas jurídico privadas siempre que cumplan los requisitos establecidos
- Ámbito objetivo –El objeto es una prestación características de un contrato
- No se puede formalizar a través de un convenio. Se trata de un mandato
- No se contempla hasta Ley de Transparencia

# 2ª parte: Problemas Planteados

Tribunal de Cuentas y OCEX

Comisión Nacional de

Competencia

# INFORMES TRIBUNAL DE CUENTAS / CNMC

- ❑ Informe aprobado por el Pleno del Tribunal de Cuentas el 30 de abril de 2015
- ❑ Informe del Tribunal de Cuentas nº 1197 sobre la fiscalización de las encomiendas de gestión regulada en la legislación de contratación pública, por las entidades del sector público autonómico español durante el ejercicio 2013. Publicado en el BOE 12/04/2017.

<http://www.tcu.es/tribunal-de-cuentas/es/search/alfresco/index.html?entrance=FIS>

- ❑ Informe de la Comisión Nacional de Competencia, nº 130701 de 2013 sobre *“Los medios propios y las encomiendas de gestión: implicaciones de su uso desde la óptica de la promoción de la competencia”*

# INFORMES TRIBUNAL DE CUENTAS / CNC

La exclusión de la normativa de contratación de las encomiendas a medios propios, ha motivado un uso abusivo de esta figura, detectándose por parte de los órganos de control externo los siguientes problemas:

- Falta de justificación en el expediente del recurso a la encomienda a un medio propio. Es necesario analizar si esta opción es más eficaz que la contratación pública.
- Falta de cumplimiento de los requisitos exigidos a los medios propios.
- Falta de seguimiento y control por parte de la entidad encomendante a su del medio propio una vez concedida la encomienda.

Todo ello, puede constituir un uso fraudulento de esta figura que va en detrimento de la libre concurrencia en el mercado.

# INFORMES TRIBUNAL DE CUENTAS / CNC

## **Recomendaciones del Tribunal de Cuentas:**

- Regulación más completa y sistemática.
- Regulación de los requisitos que permiten recurrir a dicha figura.
- Mejorar la planificación de la organización administrativa.
- Debería evitarse recurrir a dicha figura para suplir deficiencias estructurales de personal.
- Los órganos encomendante deberían realizar estudios detallados y justificativos que motiven la elección del medio propio.
- Evitar traslación de ejercicio de competencias en las encomiendas.
- Confirmar que en el objeto social del medio propio se incluye la actividad encomendada.
- Concretar y limitar la subcontratación.
- Se deberían establecer mecanismos de seguimiento y control de la ejecución de las prestaciones y se debería exigir en la liquidación la justificación documental y detallada de los costes de la encomienda.

# INFORMES TRIBUNAL DE CUENTAS / CNC

## **Recomendaciones de modificaciones normativas sobre los medios propios de la CNC.**

- 1. Respecto al control análogo.** Se recomienda introducir en el TRLCSP una definición explícita de control análogo, de forma que el control del medio propio por la Administración matriz se manifieste efectivamente en la capacidad del poder adjudicador para ejercer una “influencia decisiva sobre objetivos estratégicos y decisiones significativas de la entidad jurídica controlada”
- 2. Respecto a la parte esencial de la actividad.** Se recomienda determinar en el TRLCSP, con criterios favorables a la competencia, el porcentaje de actividad mínimo que el medio propio debe realizar anualmente para su correspondiente poder adjudicador.
- 3. Competencias del medio propio sobre las cuales recibir encomiendas.** La CNC considera fundamental que las normas estatutarias de los medios propios, existentes o futuros, recojan obligatoriamente una delimitación precisa, detallada y cerrada de las competencias a ejercer por el ente instrumental.

# INFORMES TRIBUNAL DE CUENTAS / CNC

## **Recomendaciones de modificaciones normativas en el concepto de encomienda de gestión.**

Se recomienda introducir los siguientes cambios normativos en el TRLCSP que minimicen el impacto restrictivo sobre la competencia del concepto de encomienda de gestión:

- 1. Establecimiento de un concepto de encomienda de gestión en el TRLCSP**, suficientemente descriptivo del objeto regulado de realización de obras y/o de aprovisionamiento de bienes o servicios.
- 2. Establecimiento de un concepto de convenio de colaboración**, tanto entre entidades de derecho público como de derecho privado o entre ambos tipos de entidades, que recoja suficientemente la finalidad colaborativa y no onerosa y de aprovisionamiento que debe regirlos. En defecto de tal fin común y del reparto equitativo de riesgos y cargas económicas, la relación solo podrá ser un contrato o bien, en caso de concurrir los presupuestos para ello, una encomienda de gestión a un medio propio. Adicionalmente, en situaciones de control conjunto entre varios poderes adjudicadores, este control no puede ser ficticio o meramente nominal, por ejemplo, consistente en una participación en el capital.

# INFORMES TRIBUNAL DE CUENTAS / CNMC

## **Recomendaciones de modificaciones normativas sobre la decisión de los poderes adjudicadores de realizar una encomienda de gestión**

1. **Incrementar la exigencia normativa de que el órgano de contratación justifique cada encomienda** frente a la celebración de un contrato, considerando su impacto sobre la competencia efectiva en el mercado.
2. **Indicar normativamente que la contraprestación por la encomienda debe orientarse estrictamente a sufragar los costes originados como consecuencia de la prestación.**
3. Indicar normativamente que **el medio propio no debe obtener ningún beneficio que no sea el reembolso de los costes reales** de los contratos públicos celebrados con los poderes adjudicadores.

# 3ª parte: Régimen Actual y futuro

Directiva 2014/24 UE

Ley 40/2015 de RJSP

Proyecto Ley de Contratos del  
Sector Público

# DIRECTIVA 2014/24/UE del Parlamento Europeo y del Consejo

Aprobada el 26 de febrero de 2014

Fecha de entrada en vigor: 18 de abril de 2016

**Considerando 31º.-** 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.**

Esta precisión debe guiarse por los principios establecidos en la correspondiente jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea. El hecho de que las dos partes de un acuerdo sean poderes públicos no excluye por sí mismo la aplicación de las normas de contratación. No obstante, **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.**

Es preciso asegurar que la cooperación entre entidades públicas exentas no acabe falseando la competencia con respecto a los operadores económicos privados, hasta el punto de situar a un proveedor de servicios privado en una posición de ventaja respecto de sus competidores.

# DIRECTIVA 2014/24/UE del Parlamento Europeo y del Consejo

**Considerando 32º.-** “Los contratos públicos adjudicados a personas jurídicas controladas no deben estar sometidos a la aplicación de los procedimientos previstos en la presente Directiva **si el poder adjudicador ejerce sobre la persona jurídica de que se trate un control análogo al que ejerce sobre sus propios servicios, siempre que la persona jurídica controlada dedique más del 80 % de sus actividades al ejercicio de funciones que le hayan sido asignadas por el poder adjudicador que la controla o por otras personas jurídicas controladas por dicho poder adjudicador, independientemente de quién sea el beneficiario de la ejecución del contrato.**

La excepción debe extenderse a situaciones en las que exista participación directa de un operador económico privado en el capital de la persona jurídica controlada, puesto que, en esas circunstancias, la adjudicación de un contrato público sin un procedimiento de licitación ofrecería al operador económico privado con participación en el capital de la persona jurídica controlada una excesiva ventaja respecto a sus competidores. Con todo, **habida cuenta de las particulares características de los órganos públicos con afiliación obligatoria, tales como las organizaciones encargadas de la gestión o la prestación de algunos servicios públicos, esto no se debe aplicar en casos en que la participación de operadores económicos privados específicos en el capital de la persona jurídica controlada es obligatoria por una disposición de la legislación nacional acorde con los Tratados, siempre que dicha participación no permita controlar ni bloquear a la persona jurídica controlada y no otorgue tampoco una influencia decisiva en las decisiones de esta. Además, es preciso aclarar que el elemento decisivo es únicamente la participación privada directa en la persona jurídica controlada.** Por ello, cuando exista una participación de capital privado en el o los poderes adjudicadores controladores, ello no debe impedir la adjudicación de contratos públicos a la persona jurídica controlada sin aplicar los procedimientos previstos en la presente Directiva, puesto que estas participaciones no perjudican la competencia entre operadores económicos privados.

# DIRECTIVA 2014/24/UE del Parlamento Europeo y del Consejo

## Artículo 12.- Contratos públicos entre entidades del sector público

1. Requisitos para excluir la aplicación de la directiva: Poder adjudicador adjudica a Medio Propio. EFECTO DIRECTO salvo exc.

- Control análogo al que ejerce sobre sus propios servicios; cuando ejerza una influencia decisiva sobre objetivos estratégicos y decisiones significativas de la persona jurídica controlada.**
  
- Más del 80 % de las actividades**
  
- 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.**

# DIRECTIVA 2014/24/UE del Parlamento Europeo y del Consejo

2. Cuando es el medio propio el que adjudica a la entidad que la controla. Se aplican los mismos requisitos y por tanto dicha adjudicación está fuera de la normativa de contratación.

3. Varios poderes adjudicadores sobre un mismo ente instrumental.- CASO TRAGSA:

- **Control análogo:**

- Que **los órganos decisorios de la persona jurídica controlada** estén compuestos por representantes de todos los poderes adjudicadores participantes.
- Que esos poderes adjudicadores **puedan ejercer conjuntamente una influencia decisiva** sobre los objetivos estratégicos y las decisiones significativas de la persona jurídica controlada, y
- Que la persona jurídica controlada **no persiga intereses contrarios** a los intereses de los poderes adjudicadores que la controlan.

- **80% de la actividad**

- **No participación privada. Salvo excepción.**

## DIRECTIVA 2014/24/UE del Parlamento Europeo y del Consejo

### 4. Supuestos de cooperación horizontal. Varios poderes adjudicadores (sin que exista una entidad instrumental)

- (i) Que el contrato **establezca o desarrolle una cooperación entre los poderes adjudicadores** participantes con la finalidad de garantizar que los servicios públicos que les incumben se prestan de modo que se logren los objetivos que tienen en común;
- (ii) Que el desarrollo de dicha cooperación se guíe únicamente por consideraciones relacionadas **con el interés público, y**
- (iii) Que los poderes adjudicadores participantes **realicen en el mercado abierto menos del 20 %** de las actividades objeto de la cooperación.

# DIRECTIVA 2014/24/UE del Parlamento Europeo y del Consejo

5. Para determinar el porcentaje de actividades se tomará en consideración:

- El promedio del volumen de negocios total**, o
- Los gastos soportados por la persona jurídica** o el poder adjudicador considerado en relación con servicios, suministros y obras en los tres ejercicios anteriores a la adjudicación del contrato.
- u otro indicador alternativo de actividad apropiado

Cuando, debido a la fecha de creación o de inicio de actividad de la persona jurídica o del poder adjudicador considerado, o debido a la reorganización de las actividades de estos, el volumen de negocios, u otro indicador alternativo de actividad apropiado, como los gastos, no estuvieran disponibles respecto de los tres ejercicios anteriores o hubieran perdido su vigencia, **será suficiente con demostrar que el cálculo del nivel de actividad se corresponde con la realidad, en especial mediante proyecciones de negocio.**

# Ley 40/2015 de Régimen Jurídico del Sector Público

## Artículo 15. Encomienda de gestión (ley 30/92)

1. 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 podrá ser encomendada a otros órganos o Entidades de la misma o de distinta Administración, por razones de eficacia o cuando no se posean los medios técnicos idóneos para su desempeño.

## Artículo 11. Encomiendas de gestión.

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.**

# Ley 40/2015 de Régimen Jurídico del Sector Público

2. En todo caso, la Entidad u órgano encomendado tendrá la condición de encargado del tratamiento de los datos de carácter personal.

3. La formalización de las encomiendas de gestión se ajustará a las siguientes reglas:

- a) Cuando la encomienda de gestión se realice entre órganos administrativos o Entidades de Derecho Público pertenecientes a la misma Administración deberá formalizarse en los términos que establezca su normativa propia y, en su defecto, por acuerdo expreso de los órganos o Entidades de Derecho Público intervinientes.
- b) Cuando la encomienda de gestión se realice entre órganos y Entidades de Derecho Público de distintas Administraciones se formalizará mediante firma del correspondiente convenio entre ellas, **que deberá ser publicado en el «Boletín Oficial del Estado», en el Boletín oficial de la Comunidad Autónoma o en el de la Provincia, según la Administración a que pertenezca el órgano encomendante, salvo en el supuesto de la gestión ordinaria de los servicios de las Comunidades Autónomas por las Diputaciones Provinciales o en su caso Cabildos o Consejos insulares, que se regirá por la legislación de Régimen Local pudiera tener acceso en ejecución de la encomienda de gestión, siéndole de aplicación lo dispuesto en la normativa de protección de datos de carácter**

# Ley 40/2015 de Régimen Jurídico del Sector Público

## Artículo 86.- Medio propio y servicio técnico

1. Remisión al TRLCSP.- Cumplimiento de los requisitos exigidos
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.

# Ley 40/2015 de Régimen Jurídico del Sector Público

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. A la propuesta de declaración de medio propio y servicio técnico deberá acompañarse **una memoria justificativa** que acredite lo dispuesto en el apartado anterior y deberá ser **informada por la Intervención General de la Administración del Estado** que vaya a declarar el medio propio y servicio técnico.

# REGULACIÓN ACTUAL DE LOS ENCARGOS A MEDIOS PROPIOS

Normas a tener en cuenta:

- 1) TRLCSP.- artículo 4.n y 24.6
- 2) Directiva de Contratación.- artículo 12.- Efecto directo, salvo el apartado 3 relativo a la excepción de la participación privada en el capital.
- 3) Ley 40/2015 de Régimen Jurídico del Sector Público. (solo aplicable a la AGE). Artículo 86

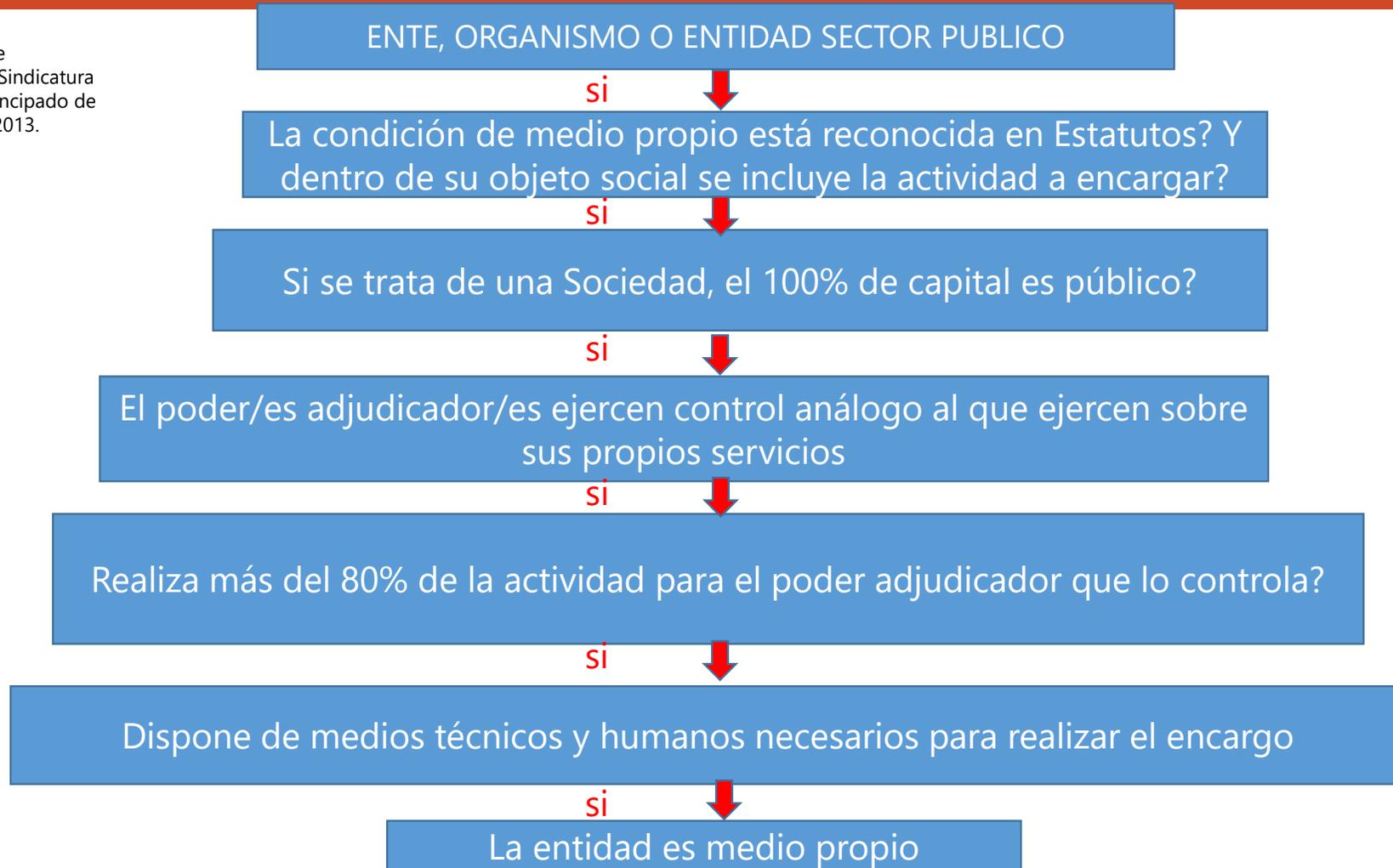
# REGULACIÓN ACTUAL DE LOS ENCARGOS A MEDIOS PROPIOS

## **Preparación del expediente de encargo a medio propio**

- Motivar la necesidad del encargo (razones de eficiencia / seguridad pública / urgencia)
- Estudio sobre las distintas opciones para realizar la prestación a través de medio propio y a través de contratación pública.
- Estudio sobre el valor de la prestación para la determinación de las tarifas a pagar al medio propio y la correspondiente reserva de crédito que debe realizar la entidad que realiza el encargo.
- Motivación sobre la idoneidad del medio propio a utilizar.- Debe comprobarse el cumplimiento de los requisitos exigidos para ser medio propio. Ver esquema.
- Determinación de forma clara del objeto del encargo. No debe suponer ejercicio de competencias públicas.

# REGULACIÓN ACTUAL DE LOS ENCARGOS A MEDIOS PROPIOS

Fuente: Informe de fiscalización de la Sindicatura de Cuentas del Principado de Asturias ejercicio 2013.



# Proyecto de Ley de Contratos del Sector Público

## Exposición de motivos:

En el Libro I, relativo a la configuración general de la contratación del sector público y elementos estructurales de los contratos, aparece en primer lugar **una nueva regulación del llamado «medio propio» de la Administración, encomiendas de gestión, que pasa ahora a llamarse «encargos a medios propios».**

En la Ley, siguiendo las directrices de la nueva Directiva de contratación, **han aumentado las exigencias que deben cumplir estas entidades, con lo que se evitan adjudicaciones directas que pueden menoscabar el principio de libre competencia.** Se encuentran aquí requisitos tales como que **la entidad** que tenga el carácter de «medio propio» **disponga de medios personales y materiales adecuados para cumplir el encargo que se le haga, que haya recabado autorización del poder adjudicador del que dependa, que no tenga participación de una empresa privada y que no pueda realizar libremente en el mercado más de un 20% de su actividad.**

# Proyecto de Ley de Contratos del Sector Público

## Artículo 6. Convenios y encomiendas de gestión.

Se excluye de la normativa de Contratación:

1. Los **convenios que celebren entidades del sector público** siempre que su contenido no esté comprendido en el de los contratos regulados en esta Ley o en normas administrativas especiales:
  - Desarrollo de una cooperación para garantizar los servicios públicos que les incumben y se logren objetivos comunes
  - Existencia de interés público
  - Las entidades realicen en el mercado abierto menos del 20 por ciento de las actividades objeto de la colaboración
2. Los **convenios que celebren las entidades del sector público con personas físicas o jurídicas sujetas al derecho privado**, siempre que su contenido no esté comprendido en el de los contratos regulados en esta Ley o en normas administrativas especiales.
3. Las **encomiendas de gestión** reguladas en la legislación vigente en materia de régimen jurídico del sector público.

# Proyecto de Ley de Contratos del Sector Público

## **Artículo 31.- Potestad de auto organización y sistemas de cooperación pública vertical y horizontal**

**Las entidades pertenecientes al Sector Público pueden colaborar entre si:**

- 1) Mediante **sistemas de cooperación Vertical** cumpliendo requisitos del artículo 32 y 33. Directiva', artículo 12.1, 2, 3 y 5
- 2) Mediante **sistemas de cooperación Horizontal** cumpliendo requisitos del artículo 6. Directiva, artículo 12.4

# Proyecto de Ley de Contratos del Sector Público

**Artículo 32.** Encargos de los poderes adjudicadores a medios propios personificados.

1. Los poderes adjudicadores podrán 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 a ellos**, ya sea de derecho público o de derecho privado, **previo encargo a ésta**, con sujeción a lo dispuesto en este artículo, **siempre y cuando la persona jurídica** que utilicen merezca la calificación jurídica de **medio propio personificado** respecto de ellos de conformidad con lo dispuesto en los tres apartados siguientes, **y sin perjuicio de los requisitos establecidos para los medios propios del ámbito estatal en la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de régimen jurídico del sector público.**

**El encargo** que cumpla dichos requisitos **no tendrá la consideración de contrato.**

# Proyecto de Ley de Contratos del Sector Público

## 2. Requisitos de los medios propios: Supuestos de cooperación vertical clásica

### a) **Control análogo:**

- ❑ **Influencia decisiva sobre sus objetivos estratégicos y decisiones significativas.**
  - ❑ **Encargos de ejecución obligatoria de acuerdo con instrucciones fijadas unilateralmente por el ente que realiza el encargo**
  - ❑ **La compensación se establecerá por referencia a tarifas aprobadas por la entidad pública de la que dependa el medio propio personificado, aplicando a las unidades ejecutadas las tarifas correspondientes. 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.**
- b) **Más del 80% de las actividades (individual o conjunto de varios poderes adjudicadores).** Se mantiene lo dispuesto en la Directiva en relación con el cálculo del porcentaje. Si bien se contempla la obligación de incluir el cumplimiento de este requisito en las cuentas anuales y de su verificación por el auditor de cuentas.

# Proyecto de Ley de Contratos del Sector Público

- c) **La totalidad de su capital o patrimonio tendrá que ser de titularidad o aportación pública.**
- d) **Reconocimiento de la condición de medio propio en sus estatutos** o acto de creación, previo cumplimiento de los siguientes requisitos:
  - 1.º Conformidad o autorización expresa del poder adjudicador respecto del que vaya a ser medio propio.
  - 2.º Verificación por la entidad pública de que dependa el ente que vaya a ser medio propio, de que cuenta con medios personales y materiales apropiados para la realización de los encargos de conformidad con su objeto social.

# Proyecto de Ley de Contratos del Sector Público

Los estatutos o acto de creación del ente destinatario del encargo deberá determinar:

- El poder adjudicador respecto del cual tiene esa condición;
- El régimen jurídico y administrativo de los encargos
- Establecer la imposibilidad de que participen en licitaciones públicas convocadas por el poder adjudicador del que sean medio propio personificado, sin perjuicio de que, cuando no concurra ningún licitador, pueda encargárseles la ejecución de la prestación objeto de las mismas.

En todo caso, se presumirá que cumple el requisito de la solvencia cuando haya obtenido la correspondiente clasificación respecto a los Grupos, Subgrupos y Categorías que ostente.

**3. Sistema de cooperación vertical inversa. Artículo 12.2. de la Directiva.**

# Proyecto de Ley de Contratos del Sector Público

4. Sistemas de cooperación vertical conjunta. Varios poderes adjudicadores sobre un ente instrumental: Apartado 12.3 de la Directiva:

- **Control Análogo**

- Que en los órganos decisorios del ente estén representados todos los entes que la controlan
- Que tengan capacidad de ejercer directa y conjuntamente una influencia decisiva sobre los objetivos estratégicos y decisiones significativas
- Que no persiga intereses contrarios

- **Más del 80% de la actividad**

- **No participación privada**

- **Reconocimiento en estatutos**

# Proyecto de Ley de Contratos del Sector Público

## 5 y 6. Obligación de publicación y régimen jurídico aplicable

- ❑ Se contempla **la obligación de publicar el encargo y la condición de medio propio** en la Plataforma de Contratos correspondiente.
- ❑ **Se limita la posibilidad de subcontratación.** Máximo 60% de la cuantía del encargo. Cuando la citada orden de encargo establezca un límite superior, se deberá acreditar por el poder adjudicador las razones que justifican acudir al medio propio en lugar de licitar el contrato directamente. Dicha justificación se acompañará al documento de formalización del encargo y se publicará en la Plataforma de Contratación correspondiente conjuntamente con este.

## Artículo 44.2.e)

- ❑ Se contempla **la posibilidad de recurso especial frente a la formalización de encargos a medios propios** en los casos en que estos no cumplan los requisitos legales.

MUCHAS GRACIAS