



Universidad
Zaragoza

Trabajo Fin de Grado

El encargo a medios propios de la
Administración Pública

Autora

Elisa Orera Lorente

Director

José María Gimeno Feliu

Facultad de Derecho. Universidad de Zaragoza

2016

ÍNDICE

ABREVIATURAS.....	3.
I. INTRODUCCIÓN.....	4.
II. RÉGIMEN JURÍDICO DE LOS ENCARGOS DE GESTIÓN.....	5.
1. Introducción	5.
2. El efecto directo de las directivas de contratación pública	9.
3. Entidad encomendante	11.
4. El ente considerado medio propio	13.
5. Objeto del encargo	13.
6. Elementos condicionantes de la consideración de medio propio	14.
6.1 Control análogo.....	16.
6.2 Parte esencial de la actividad.....	19.
6.3 Capital íntegramente público. Sociedades.....	21.
7. Obligaciones y prohibiciones consecuencia de la consideración de medio propio	25.
8. Distinción entre el régimen aplicable a los trabajos realizados por la propia administración artículo 24 apartados 1 a 5 y apartado 6 del artículo 24, así como artículo 4.1.n), TRLCSP	27.
8.1 Distinción entre el régimen del artículo 4.1.n) y los apartados uno a cinco del artículo 24 LCSP.....	27.
8.2 Posición de la Administración «medio propio» en la Administración originaria de los apartados 1 a 5 del artículo 24 TRLCSP.....	29.
9. Expediente del encargo de gestión	30.
10. Regulación en la nueva Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público	32.
11. La regulación en el Anteproyecto de la Ley de Contratos del Sector Público	33.
III. CONCLUSIÓN.....	34.
IV. BIBLIOGRAFÍA, WEBGRAFÍA Y REFERENCIAS DOCUMENTALES.....	36.

ABREVIATURAS

CNMC..... Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia.

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

LRJPAC..... Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

TFUE..... Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea.

TJUE..... Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

TRLCSP..... Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público.

I. INTRODUCCIÓN

1. CUESTIÓN TRATADA EN EL TRABAJO DE FIN DE GRADO

En el presente Trabajo de Fin de Grado se realiza un estudio del régimen jurídico de la figura del encargo a medios propios de la Administración. Estas relaciones *in house*, como técnica de auto-organización, consisten en la utilización de un ente considerado medio propio, para la realización de una prestación encuadrable en cualquiera de los contratos típicos administrativos o privados con independencia de su cuantía.

Estas operaciones, no están sometidas a la legislación de contratación, tienen un régimen jurídico particular impuesto por la normativa europea, y consecuencia de ello, por nuestra legislación nacional. Estos encargos suponen una excepción a los principios de la contratación pública, pues se obvian los principios de concurrencia, no discriminación, igualdad... y esta excepcionalidad obliga a la observancia estricta del régimen jurídico concreto, pues lo contrario supondría un daño a los objetivos de la Unión Europea, y en definitiva a la legalidad.

2. RAZÓN DE LA ELECCIÓN DEL TEMA Y JUSTIFICACIÓN DE SU INTERÉS

La eficiencia y la calidad deben ser objetivos principales del gasto público, en todo momento, y más aun si cabe, en la situación actual de nuestro país. Pues bien, para poder verificar el cumplimiento de estos objetivos es necesario fijar unas reglas que estén encaminadas a delimitar estos objetivos en cada caso concreto.

La normativa de la contratación pública siempre ha sido un tema de mi interés, puesto que la observancia de esta legislación supone una garantía de eficiencia de la Arcas Públicas y de no arbitrariedad de los poderes públicos a la hora de contratar. En el contexto económico público actual, la posibilidad de excepciones a los principios de contratación pública llamó mi atención, ya que entiendo que esta figura, en cuanto supone un excepción, exige una regulación en la que se verifique el cumplimiento estricto de la legalidad y de los objetivos que se pretenda conseguir.

3. METODOLOGÍA SEGUIDA EN EL DESARROLLO DEL TRABAJO

El desarrollo de la elaboración del trabajo, se compone de una introducción con el objeto de introducir, centrar y definir los aspectos más esenciales del encargo a medios propios.

Una vez analizados los aspectos más básicos, cobra especial interés el estudio de la aplicación directa de la normativa europea, y como parte fundamental del trabajo, el análisis de los elementos que condicionan la naturaleza de un medio propio, puesto que es la consideración de medio propio la que determina la posibilidad de utilización de esta técnica. Posteriormente, se realiza un estudio de distinción con otras figuras semejantes, y de los requisitos básicos integrantes de la tramitación de los expedientes del encargo de gestión

Como parte final, se aborda regulación de estos elementos desde el punto de vista de la Ley del Régimen Jurídico del Sector Público, y del Anteproyecto de la Ley de Contratos del Sector Público.

II. RÉGIMEN JURÍDICO DE LOS ENCARGOS DE GESTIÓN

1. INTRODUCCIÓN

El Régimen jurídico de los encargos de gestión a medios propios se regula en los artículos 4.1 n) y 24 del Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre por el que se aprueba el texto refundido de la ley de Contratos del Sector Público. Así, los encargos de gestión, operaciones *in house*, quedan excluidas de la normativa de contratación.

Éstas hacen alusión a prestaciones, suministros o ejecuciones realizadas por entidades instrumentales de una autoridad pública (ya sean de Derecho público o privado) en relación de dependencia, aunque tengan personalidad jurídica propia. La utilización de este técnica pone en evidencia la existencia de una contraposición de intereses, por un lado, aprovechar la utilización de medios para eludir los requisitos exigidos en el TRLCSP a la hora de contratar, evitando una licitación pública con garantías de concurrencia pública y no-discriminación respecto del contratista privado; y, por otro lado, la potestad de la administración de auto-organizarse y llevar a cabo su

actividad con sus propios medios sin necesidad de acudir al sector privado, y con ello conseguir una gestión más eficaz.¹

Manuel Rebollo Puig afirma que la administración no está obligada a contratar las prestaciones o actividades que pueda satisfacer con sus medios propios, materiales y personales. Pues es su deber ejecutar sus funciones y competencias con sus propios medios antes de contratar con un empresario privado «sólo si la Administración no tiene medios suficientes y opta por no dotarse de ellos acudirá a la contratación del servicio público»².

Pues bien, el TRLCSP incorpora este contrato con una regulación más concreta que las precedentes, fruto de los requisitos impuestos por las directivas y la jurisprudencia europea para excluir de la Ley de Contratos los encargos de gestión a entes instrumentales con personalidad jurídica propia. Esta regulación está recogida en los artículos 4.1.n) y 24.6 de la Ley.

Este artículo 4.1.n) engloba cualquier negocio por el que una Administración (o poder adjudicador) encarga a un ente instrumental la realización de una prestación de naturaleza contractual. El negocio jurídico ha de considerarse como un negocio unilateral puesto que en su perfección o existencia no se requiere del concurso de la voluntad de la persona afectada por la declaración de voluntad manifestada por la Administración que efectúa el encargo o prestación³, es decir, existe una falta de autonomía decisional de uno de los entes respecto del otro, razón que impide la existencia de un contrato entre dichos entes⁴. En estos casos, aun cuando el encargo se realiza por una persona jurídicamente distinta de la que ordena la ejecución, la legislación contractual considera que, materialmente, no se está ante un verdadero contrato sino ante una opción organizativa.⁵

¹ SOSA WAGNER, F., «El empleo de recursos propios por las Administraciones locales», en libro Hom. al prof. S. Martín-Retortillo, Estudios de Derecho Público Económico, Civitas, 2003, p.1317.

PERNAS GARCIA, J.J., *Las operaciones in house y el derecho comunitario de contratos públicos*, Iustel, Madrid, 2008, p. 46

²REBOLLO PUIG, M., «Los entes institucionales de la Junta de Andalucía y su utilización como medio propio», *Administración Pública*, nº 161, 2003, p.379

³BUSQUETS LOPEZ, M.A., «Algunas conclusiones sobre la naturaleza y régimen jurídico de las encomiendas o encargos de gestión a medios propios a que se refieren los artículos 4.1 n) y 24 de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público», *Auditoría Pública*, nº 51, 2010, p. 76

⁴ BERNAL BLAY, M.A., «La problemática relativa a los negocios excluidos de la aplicación de la Ley: los encargos in house, con especial referencia al ámbito local», en libro colectivo *La Ley de Contratos del Sector Público y su aplicación por las entidades locales*, CEMCI, Granada, 2008, p. 168.

⁵PERNAS GARCIA, J.J., «Las operaciones in house...», cit., p. 59-64.

La técnica recibe el nombre de actuaciones «*ad intra*», también llamadas operaciones internas, autocontratación, encomienda a medios propios y servicios técnicos, contratos domésticos, «*in house providing*», contratos «*in house*», relaciones «*in house*» o «*contrats maison*».

Además, según Amoedo Souto, estos contratos son encargos de trabajo que las administraciones, consideradas por las directivas sobre contratación como «poderes adjudicadores», imputan a sus servicios internos, organizaciones especializadas y segregadas en régimen de descentralización funcional para llevar a cabo determinadas funciones de interés general. Estas entidades de forma jurídico-privada no se consideran personas jurídicas independientes, pues carecen de una verdadera autonomía de la voluntad. Son, en efecto, puros instrumentos dominados por el poder adjudicador del que dependen y traen causa.⁶

Por ello, el Tribunal de Justicia estima que no es un auténtico contrato entre partes, sino una convención interna entre servicios. De ahí que excluya, en definitiva, someter las relaciones internas del encargo al régimen de la contratación pública.⁷

Estos encargos han estado en nuestro derecho administrativo español desde el siglo XIX. La Ley de Contratos Públicos de 1995 ya mantenía el criterio de excluir del ámbito de aplicación de esta ley los convenios colaboración celebrados por las administraciones públicas entre sí o con otros entes públicos. Pero había una gran diferencia con la normativa actual, ya que los convenios celebrados con particulares no podían incluir las prestaciones que caracterizan los típicos contratos administrativos. Sin embargo, no se regulaban los convenios entre las administraciones entre sí y sus organismos.

Además de la legislación nacional, la regulación de la contratación pública es objeto de regulación comunitaria (Directivas 2004/17 y 2004/18 de 31 de marzo, actualmente derogadas por las Directivas 2014/24/UE, «Directiva de contratos»,

⁶ AMOEDO SOUTO, C.A., «El nuevo régimen jurídico de la encomienda de ejecución y su repercusión sobre la configuración de los entes instrumentales de las administraciones públicas», *Administración Pública*, nº170, 2006, p.263.

⁷ TJUE en la sentencia de 11 de enero de 2005, asunto C-26/03, Stadt Halle, «una autoridad pública, siendo una entidad adjudicadora, tiene la posibilidad de realizar las tareas de interés público que le corresponden con sus propios medios administrativos, técnicos y de cualquier otro tipo, sin verse obligada a recurrir a entidades externas y ajenas a sus servicios. En tal caso no existirá un contrato a título oneroso celebrado con una entidad jurídicamente distinta de la entidad adjudicadora. Así pues, no habrá lugar a aplicar las normas comunitarias en materia de contratos públicos».

Directiva 2014/23/UE, «Directiva de concesiones», Directiva 2014/25/UE, «Directiva de sectores especiales»), con el objeto de excluir el riesgo de falseamiento de la competencia así como de proteger a los a los licitadores o candidatos establecidos en un Estado miembro (operadores económicos), que deseen ofrecer bienes o servicios, en cualquier adjudicación de contratos efectuada por las entidades adjudicadoras de los Estados Miembros. Todo ello en el marco del los objetivos de la Unión Europea de establecimiento de un mercado interior sin barreras, con la consiguiente libre circulación de mercancías y servicios.

Este encargo *in house* es una excepción a la aplicación de esta normativa comunitaria sobre contratos públicos, y nace con la sentencia TJUE denominada Tekal. Sentencia de 18 de noviembre de 1999 (asunto C-107/98), que resuelve un recurso interpuesto por la sociedad Tekal contra la adjudicación directa, sin licitación previa, de la gestión del servicio de suministro de combustible a algunos edificios municipales, hecha por el Ayuntamiento de Viano (Italia), a favor de AGAC, una mancomunidad constituida entre varios municipios, entre los que se encontraba Viano, para la gestión de los servicios de energía y de medio ambiente. El motivo de discusión reside en la consideración de la existencia de un contrato, y la consiguiente obligación de aplicar los procedimientos de adjudicación previstos en las Directivas, cuando el adjudicatario resulta ser un ente instrumental del poder adjudicador. El Tribunal afirma en este sentencia que la presunción de existencia de contrato solo quedaba desvirtuada cuando «... a la vez, 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».⁸ La jurisprudencia ha ido afinando los requisitos, siendo de especial relevancia las sentencias Carbotermo, Asemfo/Tragsa o Coditel Brabant.⁹

Además esta figura tiene carácter oneroso, pues existe una contraprestación económica.

⁸ Apartado 50 de la Sentencia.

⁹ Sentencia TJUE de 11 de mayo de 2006 (As C-340/04), Sentencia del TJUE, de 19 de abril de 2007 (As C-295/05), y Sentencia de 13 de noviembre de 2008 (As C-324/07) respectivamente.

2. EL EFECTO DIRECTO DE LAS DIRECTIVAS DE CONTRATACIÓN

Las Directivas 2004/18/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 31 de marzo de 2004, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, de suministro y de servicios, y la Directiva 2004/17/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 31 de marzo de 2004, sobre la coordinación de los procedimientos de adjudicación de contratos en los sectores del agua, de la energía, de los transportes y de los servicios que regulaban el régimen de la contratación pública, han sido derogadas por las Directivas:

1. Directiva 2014/24/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, sobre contratación pública y por la que se deroga la Directiva 2004/18/CE.(«Directiva de contratos»)
2. Directiva 2014/23/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, relativa a la adjudicación de contratos de concesión.(«Directiva de concesiones»)
3. Directiva 2014/23/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, relativa a la adjudicación de contratos de concesión.(«Directiva de sectores especiales»)

El objetivo de estas Directivas es una modernización en profundidad del sistema público de contratación en la Unión Europea para ser más eficientes y diseñar políticas que permitan un mayor crecimiento en un contexto de globalización. La eficacia de esta derogación se ha producido a partir del 18 de abril de 2016, fecha en la que concluye su plazo de transposición para la mayor parte de su contenido.¹⁰

Pues bien, en España la falta de transposición de estas Directivas mediante una ley a tal efecto a día de hoy (y dada la situación política actual, no cabe prever la transposición de éstas en un corto periodo de tiempo), implica que varios preceptos de las Directivas de contratación pública, tienen efecto directo y por tanto, desplazarán la legislación nacional.

¹⁰ Véase los artículos 51 de la Directiva de concesiones, artículo 90 de la Directiva de contratos y artículo 106 de la Directiva de sectores especiales.

El artículo 288 del TFUE establece que la Directiva es una disposición de derecho derivado de la Unión Europea, que obliga al Estado Miembro en cuanto al resultado que deba conseguirse, dejando a éste la elección de la forma y los medios necesarios para conseguir dicho resultado. Por lo que las Directivas necesitan para su eficacia la incorporación en los distintos ordenamientos jurídicos nacionales. Para la incorporación en se establecerá un plazo, transcurrido el cual sin la necesaria transposición o con una transposición incorrecta, las consecuencias jurídicas posibles son: la condena al Estado incumplidor por parte del TJUE, previa petición del la Comisión; la concesión por parte del TJUE de una indemnización a los particulares; y, previo cumplimiento de ciertos requisitos, el efecto directo de las Directivas, lo que supone que los particulares pueden invocarla directamente ante los jueces nacionales. Esta última consecuencia es la que interesa el en presente trabajo.

La Directiva para que tenga efecto directo tiene que cumplir unos requisitos. Tendrán efecto directo los preceptos de la directiva que sean suficientemente claros, precisos e incondicionados como para permitir que un particular pueda invocarlos frente a los poderes públicos. Estos preceptos son directamente aplicables con preferencia a cualquier norma interna que la contradiga, efecto que vincula a todas las autoridades administrativas y órganos del Estado. El contenido del precepto de la directiva ha de ser claro, preciso e incondicionado, estableciendo obligaciones detalladas para los poderes adjudicadores.¹¹

Asimismo, conviene aclarar que el efecto directo lo pueden invocar válidamente los particulares para hacer valer sus intereses frente al Estado (efecto vertical ascendente). Sin embargo este efecto no puede ser invocado entre particulares, y sobre todo, no puede invocarse por el Estado (poderes adjudicadores en este caso) en perjuicio de los particulares.

En lo que se refiere a la afectación que tiene efecto directo sobre el TRLCSP, el TRLCSP recoge ya en gran medida parte del contenido de estas directivas y en algunos casos incluso incluye opciones legislativas más exigentes que las pedidas por la propia Directiva. Esto es así porque los aspectos novedosos de las nuevas Directivas son, en

¹¹ Informe 17/2015, de 3 de diciembre, de la Junta Consultiva de Contratación de la Comunidad Autónoma de Aragón, Efectos de las Directivas de contratación pública en la regulación de la Ley 3/2011, de 24 de febrero, de medidas en materia de Contratos del Sector Público de Aragón, tras la conclusión del plazo de transposición. Posibilidades de desarrollo, p. 8

muchos casos, consecuencia de la positivización de la jurisprudencia del TJUE¹², dictada sobre la base de la Directiva 2004/18, la cual ya sirve actualmente para matizar e interpretar el TRLCSP. Además estas Directivas, al estar en vigor y tener por ello aplicabilidad directa, ya han tenido valor interpretativo.¹³

Por lo que cabe concluir que el efecto directo de estas directivas supone en la práctica la necesidad de una interpretación del TRLCSP, que debe ser aplicado teniendo en cuenta la eficacia de las Directivas. Además, el principio de primacía del derecho de la Unión Europea obliga a que la norma nacional no se aplique si contraviene éste, por lo que quedarán desplazadas aquellas normas que entren en contradicción con aquellos preceptos de las directivas que sean objeto de aplicación directa.¹⁴

Respecto del posible efecto directo de las directivas en la figura jurídica objeto de este trabajo, se analizará a lo largo de la exposición en cada elemento.

3. ENTIDAD ENCOMENDANTE

El art. 4.1 n) TRLCSP no contiene precisión alguna sobre el sujeto encomendante. En el artículo 24 de esta Ley, aunque la rúbrica y parte del texto hacen referencia a la «Administración», las previsiones específicas del apartado 6 sobre el régimen de los contratos *in house* van referidas a todo poder adjudicador, tenga o no carácter de Administración. El precepto habla de medios propios de los «*poderes adjudicadores*», que «*los poderes adjudicadores*» ostenten un control análogo. Por tanto, para determinar su consideración de poder adjudicador habrá que estar a lo que determine el artículo 3.3 TRLCSP, en concreto:

1. Que se haya creado específicamente para satisfacer necesidades de interés general que no tengan carácter industrial o mercantil. Es decir, no será aquel

¹²GIMENO FELIU J.M., «La “codificación” de la contratación pública mediante el derecho pretoriano derivado de la jurisprudencia del TJUE», *Revista Española de Derecho Administrativo*, nº 172, 2015, p. 122.

¹³ GIMENO FELIU, J.M., (2016). La transposición de las directivas de contratación pública en España y el efecto directo por vencimiento del plazo de incorporación. Consecuencias práctica., (14/06/2016). www.obcp.es.

¹⁴ Documento de estudio presentado y aprobado en reunión de Madrid, el 1 de marzo de 2016 de los Tribunales Administrativos de Contratación Pública, «*Los efectos jurídicos de las directivas de contratación pública ante el vencimiento del plazo de transposición sin nueva ley de contratos del sector público*», (14/06/2016), www.obcp.es.

que opere en condiciones normales, con ánimo de lucro y que soporte pérdidas asociadas al ejercicio de su actividad. Con indiferencia de que sea pública o privada.

2. Que esté dotado de personalidad jurídica propia.
3. Que esté financiado mayoritariamente por el Estado, las autoridades regionales o locales, u otros organismos de Derecho público, o cuya gestión esté sujeta a la supervisión de dichos organismos; o que tenga un órgano de administración, de dirección o de supervisión, en el que más de la mitad de los miembros sean nombrados por el Estado, las autoridades regionales o locales, u otros organismos de Derecho Público.¹⁵

Los artículos 2 y 6 de las nuevas Directivas de contratación y concesión, respectivamente, ofrecen también una definición de poder adjudicador, definiciones que tienen efecto directo.¹⁶

Además, los requisitos que son necesarios para la consideración de organismo de derecho público vienen concretados por la nueva Directiva de contratación, en su considerando 10, también de efecto directo¹⁷:

«... ha de precisarse que un organismo que opera en condiciones normales de mercado, tiene ánimo de lucro y soporta las pérdidas derivadas del ejercicio de su actividad no debe ser considerado un “organismo de Derecho público”, ya que puede considerarse que las necesidades de interés general para satisfacer las cuales ha sido creado, o que se le ha encargado satisfacer, tienen carácter industrial o mercantil. De modo similar, la condición relativa al origen de la financiación del organismo considerado también ha sido examinada en la jurisprudencia, que ha precisado, entre otros aspectos, que la financiación “en su mayor parte” significa “en más de la mitad” y que dicha financiación puede incluir pagos procedentes de usuarios que son impuestos, calculados y recaudados conforme a las normas de Derecho público».

¹⁵ GIMENO FELIÚ, J.M., *El nuevo paquete legislativo comunitario sobre contratación pública. De la burocracia a la estrategia*, Aranzadi, Pamplona, 2014, pp. 62-63.

¹⁶ GIMENO FELIÚ, J.M., «La transposición de las directivas de contratación pública...» cit.,

¹⁷ GIMENO FELIÚ, J.M., «La “codificación” de la contratación pública...» cit., pp. 85-86

4. EL ENTE CONSIDERADO MEDIO PROPIO

El medio propio para ser calificado como tal, tiene que disponer con unos medios para realizar la actividad¹⁸. Aunque la jurisprudencia europea no se ha pronunciado en este sentido, esto cabe deducirse del derecho nacional, pues lo contrario supondría un fraude a la legislación de contratos públicos.

Un medio propio lo es precisamente porque goza de los instrumentos necesarios para llevar a cabo los encargos que se le encomienden, esa es una de las principales causas de este contrato. El ente tiene que tener medios para llevar a cabo las órdenes de la Administración matriz.

El cambio del régimen contractual administrativo por el privado, y con ello la elusión de las garantías que ofrece el régimen administrativo para el interés público, deberá responder a una causa que no puede ser la libre elección del órgano de contratación entre uno y otro régimen.

Si el ente es una empresa que cuenta con medios propios para llevar a cabo la prestación, al menos en parte, el recurso al encargo puede encontrar una justificación similar a la que ampara la ejecución de obras y fabricación de bienes muebles por la Administración, a que se refiere el artículo 24 TRLCSP. Es decir, podría justificarse por razones de economía y eficacia. En cambio esta justificación no se da en el caso de que el llamado «medio propio» carezca de «medios» para ejecutar por sí la prestación. Si el objeto del encargo es, como quiere la Ley, «*la realización de una determinada prestación*», no puede considerarse que la realice quien se limita a trasladar a un tercero su ejecución. Esta circunstancia, por tanto, es algo que debe valorarse desde la perspectiva no del derecho comunitario sino del derecho interno.¹⁹

5. OBJETO DEL ENCARGO

A tenor del artículo 4.1 n) TRLCSP, el encargo puede tener por objeto «*una determinada prestación*». Por tanto, podrá ser objeto del mismo cualquiera de los

¹⁸ Véase el artículo 86 de la nueva Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público, en vigor a partir del 2 de octubre de 2016, y objeto de análisis de este trabajo en el apartado 10.

¹⁹ Informe 1003/2013 del Tribunal de Cuentas. 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, p.22.

contratos típicos (obras, suministros, concesión de obras públicas, gestión de servicios públicos, suministros, servicios y colaboración entre el sector público y el sector privado) o el de un contrato administrativo especial o el de un contrato privado, con independencia de su cuantía.

En este sentido, el Tribunal de Cuentas, y la CNMC han advertido la calificación errónea de estos contratos, por los encargo de gestión del artículo 15 LRJPAC²⁰, invocándose este artículo y no en los artículos 4.1.n) y 24.6 TRLCSP, aunque se siguen las pautas marcadas por los artículos 4.1. n) y 24.6 del TRLCSP. Así como una cierta indefinición en los encargos encomendados, haciéndose en ocasiones referencia a actividades de carácter general, y no tanto a prestaciones concretas.²¹

6. ELEMENTOS CONDICIONANTES DE LA CONSIDERACIÓN DE MEDIO PROPIO.

Partiendo de la Directiva 2014/24, «Directiva de contratación», que recoge la doctrina del Tribunal de Justicia, apartado 1 del artículo 12 (relaciones entre poderes públicos) los requisitos Tekal. Esta técnica subordina la no aplicación de de la normativa contractual, a la existencia de una relación jurídico administrativa, plasmándose en el cumplimiento de los siguientes requisitos:

«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, y

²⁰ Véase el equivalente en la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público, artículo 11. (en vigor a partir del 2 de octubre del 2016)

²¹ Informe 1003/2013 del Tribunal de Cuentas, cit., p.35
Informe de la CNMC, de los medios propios y las encomiendas de gestión: Implicaciones de uso desde la óptica de la Promoción de la Competencia 2013.

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».

Además la Directiva 2014/23 (Directiva de concesiones) se pronuncia en los mismos términos, para excluir en su artículo 17, relativo a las concesiones entre entidades del sector público, de la aplicación del procedimiento de licitación a estas concesiones:

«Las concesiones adjudicadas por un poder adjudicador o una entidad adjudicadora contemplados en el artículo 7, apartado 1, letra a), a otra persona jurídica de Derecho privado o de Derecho público no entrarán en el ámbito de aplicación de la presente Directiva cuando concurren todas las condiciones siguientes...».

Estas exigencias se plasman en el TRLCSP, artículo 4.1.n), en relación con el artículo 24.6 TRLCSP. El artículo 24.6 recoge de la siguiente forma los elementos cumulativos que determinarán su consideración de medio propio, respecto del poder adjudicador con el que vaya a contratar:

- Que el poder adjudicador ostente sobre el ente un control análogo al que puede ejercer sobre sus propios servicios.
- Que realicen la parte esencial de su actividad para el poder adjudicador.
- Y además, para el caso de que el ente sea una sociedad, que la totalidad de su capital sea de titularidad pública.

Estos requisitos para considerar inaplicable la normativa de la contratación, establecidos es su origen por la sentencia *Teckal*, han de ser interpretados de forma estricta, con el objeto de que no se falsee la competencia, y con ello el efecto útil de las Directivas.²²

²² BERNAL BLAY, M.A., «Un paso en falso en la interpretación del criterio del control análogo al de los propios servicios en las relaciones in house», *Revista Española de Derecho Administrativo*, nº137, 2008, p. 122.

Por tanto, la consideración de medio propio será determinante para la exclusión del contrato *in house* de la normativa de contratación pública. A continuación, se analizarán estos elementos, así como el efecto directo de las Directivas en cada uno de ellos.

6.1 Control análogo

Respecto al control que debe ostentar la Administración sobre el ente respecto del cual se le considere medio propio, la Directiva de contratos establece en su artículo 12, apartado 1, letra a) que debe ser «análogo al que ejerce sobre sus propios servicios», este precepto tiene efecto directo respecto de este requisito, sin embargo, ya está recogido en nuestro TRLCSP.

El párrafo primero del artículo 24.6 TRLCSP dispone igualmente que el control debe ser análogo al que pueda ejercer sobre sus propios servicios. Se exige que el encargo se formalice entre una entidad adjudicadora y una entidad formalmente distinta de ella, pero sobre la que ejerce un control análogo al que ejerce sobre sus propios servicios. De tal modo que el proveedor no tiene frente al poder adjudicador auténtica autonomía desde el punto de vista decisorio, por lo que no existiría una voluntad contractual.

El requisito del control análogo requiere la verificación de una serie de circunstancias determinantes o de indicios indicativos, que permitan valorar y determinar la autonomía o el nivel de libre actuación del ente respecto de la autoridad pública²³. En este sentido, este criterio implica una dependencia estructural y un control efectivo de manera que las tareas que se encomiendan al ente instrumental no se gestionarían de modo distinto si los hubiera acometido el propio ente dominante, «la falta de una voluntad autónoma de los medios propios respecto de los entes que los controlan sirve de fundamento para la inaplicación de la normativa sobre adjudicación de contratos públicos a los encargos que se realicen a dichas entidades»²⁴.

La titularidad o propiedad mayoritaria del ente instrumental no es suficiente para justificar la existencia de dicho control, lo que supone que no es correcta la regla de que las empresas públicas son medios propios de la Administración matriz pues, la

²³ PERNAS GARCIA, J.J., «Las operaciones in house...», cit., p. 76.

²⁴ BERNAL BLAY, M.A., «El control análogo sobre los medios propios y su ejercicios colectivo por varias entidades», *Contratación administrativa práctica*, nº 124, 2013, p.89.

influencia dominante debe traducirse en la práctica en absoluta dominación a la hora de la determinación de voluntades, por lo que no existiría un auténtico contrato (sería, en suma, un autocontrato)²⁵. Debe tratarse de una posibilidad de influencia determinante, tanto sobre los objetivos estratégicos como sobre las decisiones importantes.²⁶

No existe este control análogo cuando se deduce que el ente medio propio tiene una clara vocación de mercado, y que la autoridad pública tiene limitadas sus facultades de control. Esta vocación de mercado ha sido verificada por el TJUE atendiendo a criterios como la expansión del ámbito territorial de las actividades, transformación de la empresa en una sociedad anónima o la ampliación del objeto social a nuevos ámbitos de actuación.²⁷ Sin embargo, estos criterios tienen que ser analizados teniendo en cuenta la situación concreta, pues de ellos no cabe la consideración automática de que no existe control análogo.

Pero además, el párrafo segundo del artículo establece un inciso, «*en todo caso*» se entenderá que existe este control cuando el poder adjudicador pueda conferirle encargos de gestión que sean de ejecución obligatoria «*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.*»

De este inciso, cabe una interpretación restrictiva, según la cual, el único modo de considerar un ente como medio propio es que se cumplan los dos requisitos que dispone este segundo párrafo, es decir, instrucciones fijadas unilateralmente por quien ordena el encargo y existencia de tarifas aprobadas previamente por la Administración de la que depende quien recibe el encargo. Sin embargo, de una interpretación acertada se desprende que al inicio del párrafo, cuando dice «*en todo caso*», está estableciendo una presunción *iuris et de iure*, sin perjuicio, por tanto, de que existan otras formas de acreditar el control análogo²⁸.

²⁵GIMENO FELIU, J.M., «La problemática derivada del encargo de prestaciones a entes instrumentales propios: alcance de la jurisprudencia comunitaria», *Informe Comunidades Autónomas 2005, 2006*, p. 845.

²⁶PERNAS GARCIA, J.J., «Las operaciones in house...», cit., p. 73.

²⁷PERNAS GARCIA, J.J., «Las operaciones in house...», cit., p. 92.

²⁸PASCUAL GARCÍA, J., «Convenios de colaboración y encargos a entes instrumentales a la luz de la Ley de Contratos del Sector Público», *Revista Española de Control Externo*, nº 28, 2008, p.57.

Siguiendo la reflexión de BERNAL BLAY, respecto de la obligatoriedad del encargo, ésta no es la *causa*, sino la *consecuencia* de la existencia de un control análogo al que ostenta sobre los propio servicios.²⁹

Por lo que cabe la consideración de medio propio cuando una Administración posea el total de las acciones de una sociedad mercantil, puesto que podrá ejercer el control efectivo total sobre ésta, es decir, análogo al de sus propios medios, con independencia de la aprobación de tarifas o instrucciones unilaterales. Además, en la práctica, es habitual y lógico que los máximos órganos colegiados y unipersonales de administración y dirección de la sociedad estén integrados por autoridades o funcionarios de la Administración titular de las acciones, por lo que esto garantiza la sumisión de la sociedad a los objetivos y directrices de la Administración de la que depende.³⁰

Este control puede ser ejercido por varias entidades sobre un mismo ente propio, como ha declarado el TJUE en su sentencia de 13 de noviembre de 2008, *Coditel* (apartados 50, 52 y 54), afirmando que lo esencial es que el control ejercido sobre la entidad sea efectivo, no siendo indispensable que el control sea individual (apartado 46). En todo caso, la consecuencia del control análogo es la obligatoriedad de aceptarlo y ejecutarlo por el ente que lo recibe, y no lo contrario, como pone de relieve BERNAL BLAY. El control análogo es de carácter funcional y no formal, no basta con la mera declaración legal³¹. Por lo que cabe concluir que lo determinante para entender que existe un control análogo, es que este control sea efectivo.

Además, la Sentencia de 29 de noviembre de 2012 (asuntos acumulados C-182/11 y C-183/11, *Econord Spa*), en la que el TJUE concluye que «...cuando varias Administraciones públicas en su condición de entidades adjudicadoras crean en común una entidad encargada de realizar un servicio público [...] se considerará cumplido cuando cada una de las administraciones públicas participe tanto en el capital como en los órganos de dirección de la entidad en cuestión».

²⁹ Véase BERNAL BLAY, M.A., «La problemática relativa a los negocios excluidos de la aplicación de la Ley: los encargos in house, con especial referencia l ámbito local», en libro colectivo *La Ley de Contratos del Sector Público y su aplicación por las entidades locales*, CEMCI, Granada, 2008, pp 183-184.

³⁰BUSQUETS LOPEZ, M.A., «Algunas conclusiones sobre la naturaleza y régimen jurídico...» cit., p. 78

³¹BERNAL BLAY, M.A., «El control análogo sobre los medios propios y su ejercicio colectivo...» cit., p.91.

GIMENO FELIU, J.M., «El nuevo paquete legislativo comunitario... » cit., p. 68.

Pero no se debe de perder de vista que el control, aunque sea conjunto debe ser efectivo, y ese es el punto máximo de elasticidad o flexibilidad de este requisito³²

6.2 Parte esencial de la actividad

El siguiente elemento al que hace referencia el artículo 24.6 del TRLCSP para considerar medio propio a un ente de la Administración es que este ente realice la parte esencial de su actividad para la Administración, respecto de la que recibe el encargo. Este requisito se exige cumulativamente al anterior, puesto que la existencia de un control análogo por sí solo no es suficiente para la exclusión de estos encargos. Esto es así porque si el ente puede competir en el mercado y competir con otras empresas en el marco de la gran mayoría de su actividad, partiría de una ventaja respecto de sus competidores³³.

Respecto de este requisito, la Directiva de contratación recoge en su artículo 12.1.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»*.

Además, *«5. Para determinar el porcentaje de actividades al que se hace referencia en el apartado 1, párrafo primero, letra b), [...] se tomará en consideración el promedio del volumen de negocios total, u otro indicador alternativo de actividad apropiado, como 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»*, artículo 12.4 de la Directiva de contratación.

Por lo tanto, la Directiva concreta este requisito cuando lo determina en un 80 por ciento, esta última exigencia, aunque no aparece recogida en el artículo 26.6 del TRLCSP no se opone a su contenido, y es suficientemente clara, precisa e incondicionada como para apreciar que goza de efecto directo. Asimismo, respecto del modo de computar este porcentaje, el apartado 5 de este artículo no establece la opción de que el legislador opte por uno u otro de los indicadores mencionados, sino que es una

³² BERNAL BLAY, M.A., «El control análogo sobre los medios propios y su ejercicio colectivo...» cit., pp. 88-93.

³³ PERNAS GARCIA, J.J., «Las operaciones in house...», cit., p. 156.

autorización para utilizar el más adecuado de ellos en función de las peculiaridades del caso concreto, por lo que también tiene efecto directo³⁴.

Una vez analizado el efecto directo, y siguiendo con la explicación de este requisito, si se parte de que la exención de la aplicación de la normativa de contratos públicos tiene su fundamento en la falta de autonomía contractual del ente “medio propio”, es decir, que el contrato *in house* es una forma de auto-organización de la administración, la exención de la aplicación perdería su sentido si el ente se dedica a proveer también a otros operadores del mercado³⁵. Si el ente que recibe el encargo es una sociedad con una clara vocación empresarial y que se comporta en el mercado con el ánimo de lucrarse como un operador económico más, no cabe su consideración de medio propio, pues no se entiende que realice la parte esencial de su actividad para el poder adjudicador, y en consecuencia, únicamente merece un trato igual al resto de operadores económicos o empresarios del tráfico económico.

Para valorar este requisito, atendiendo a la doctrina del TJUE, no deben tomarse en consideración las circunstancias jurídicas, sino las circunstancias fácticas, cuantitativas y cualitativas³⁶.

Sin embargo, cabe advertir que el ente no tiene que realizar toda la actividad por sí mismo, pues se permiten las subcontrataciones para la realización de la ejecución material de esta actividad (sin perjuicio de que las normas reguladoras de los medios propios sí pueden establecer en cada caso concreto límites específicos como en el caso de TRAGSA que tiene limitada la colaboración de empresarios particulares al 50 por 100 del importe total del proyecto, suministro o servicio).

Por último, respecto del momento en el que debe tomarse en consideración la realización de la parte esencial de la actividad, se debe hacer tanto antes de adjudicación del encargo al ente, como durante la ejecución de éste, pues lo contrario supondría que se escondiera con esta figura una adjudicación directa³⁷.

³⁴ Observatorio de contratación pública. «Los efectos jurídicos de las directivas de contratación...», p. 23.

³⁵ GIMENO FELIU, J.M., El nuevo paquete legislativo comunitario... cit, p. 73

³⁶ PERNAS GARCIA, J.J., «Las operaciones in house...», cit., p. 166.

³⁷ PERNAS GARCIA, J.J., «Las operaciones in house...», cit., pp. 173-174.

6.3 Capital íntegramente público. Sociedades

La Ley dispone respecto de las sociedades, que para poder obtener la consideración de medio propio necesitan un requisito adicional, y es que la totalidad de su capital social tendrá que ser de titularidad pública.

En este mismo sentido se pronuncia la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local, estableciendo en su artículo 85.2, que cabe la gestión directa de un servicio público de competencia local mediante la creación de una sociedad mercantil local, cuyo capital sea de titularidad pública, añadiendo que deberá quedar acreditado que esta forma resulta más sostenible y eficiente que la gestión directa por la propia entidad local o por un organismo autónomo local.

Este requisito de la titularidad pública del capital social de las sociedades, es consecuencia de que esta técnica *in house* está excluida de la aplicación de la normativa de la contratación pública, en la medida de que es una técnica auto-organizativa de la administración. Por lo que esta exclusión perdería su sentido si el ente instrumental se dedica a proveer también a otros operadores públicos o privados como cualquier otro agente del mercado³⁸. La participación privada en un ente público, aunque sea de manera mínima, impide la consideración de un ente como medio propio, ya que se rompería el criterio exigido en las Sentencias TECKAL y ARGE, lo que implica la aplicación de la legislación de contratación pública³⁹.

El hecho de que el poder adjudicador posea por sí solo o junto con otros poderes públicos la totalidad del capital de una sociedad adjudicataria tiene a indicar, sin ser un indicio decisivo, que dicho poder adjudicador ejerce sobre dicha sociedad un control análogo al que ejerce sobre sus propios servicios. Sin embargo, si este poder no va más allá de la capacidad de acción que le reconoce el Derecho de sociedades a la mayoría de los socios, su capacidad de decidir en este caso es limitada. Por lo que no existirá dicho control análogo⁴⁰.

Siguiendo con esta explicación, el Reglamento (CE) 1370/2007, de 23 de octubre de 2007, sobre los servicios públicos de transporte de viajeros por ferrocarril y carretera,

³⁸ GIMENO FELIU, J.M., El nuevo paquete legislativo comunitario... cit, p. 73

³⁹ GIMENO FELIU, J.M., «La “codificación” de la contratación pública...», cit., p. 89.

⁴⁰ BERNAL BLAY, M.A., «Un paso en falso en la interpretación del criterio del control...», cit., p. 120 y 124. En relación con la Sentencia TJUE de 11 de mayo de 2006 (As c-340/04), *Carbotermo*, apartado 37.

establece en su artículo 5, relativo a la adjudicación directa de los contratos de servicios públicos a entidades sobre las que se ostente un control análogo al que se ejerce sobre los propios servicios, que la propiedad del 100% no constituye un requisito obligatorio para determinar que existe un control análogo al de sus propios servicios, lo esencial es que el control ejercido sea efectivo, «para determinar la existencia de ese control por la autoridad local competente, habrán de tenerse en cuenta factores como el nivel de presencia en los órganos de administración, dirección o supervisión, las especificaciones correspondientes en los estatutos, la propiedad...»⁴¹.

Además, como ya se ha mencionado anteriormente, no se exige que la totalidad de la titularidad sea de una única Administración, pues cabe que la titularidad la compartan varias Administraciones. Es en este caso de plurititularidad en el que adquiere un valor superior la presunción *iuris et de iure* del párrafo segundo de artículo 24.6 TRLCSP, a efectos de verificar si efectivamente estas administraciones tienen sobre el ente un control análogo al de sus propios servicios.⁴²

Respecto de la realización de la parte esencial de la actividad, por el ente sociedad en este caso, la jurisprudencia europea ha aceptado expresamente que, cuando la sociedad es de titularidad de diversos entes, se entiende cumplido este requisito cuando la empresa realiza la parte esencial de su actividad con el conjunto de entes territoriales considerados en su conjunto, y no necesariamente con el ente que, en su caso, ostente la mayoría del capital (sentencia Carbotermo y Consorzio Alisei).⁴³ A este respecto BERNAL BLAY, entiende que para entender cumplido este segundo requisito debe tomarse en consideración la administración con mayor participación en el capital social⁴⁴. Al contrario que SOSA WAGNER, que entiende que debe hacerse una consideración en su conjunto.

Un ejemplo de esta doctrina es la Sentencia del TJUE, de 19 de abril de 2007, asunto C-295/05⁴⁵, relativa al régimen de TRAGSA reconociendo expresamente a TRAGSA y sus filiales como medios propios y servicios técnicos de la Administración

⁴¹ BERNAL BLAY, M.A., «El control análogo sobre los medios propios y su ejercicio colectivo...» cit., p.89.

⁴² BUSQUETS LOPEZ, M.A., «Algunas conclusiones sobre la naturaleza y régimen jurídico...» cit., p. 80

⁴³ También se ha pronunciado en este sentido la Abogacía del Estado en la Instrucción 2/2005, de 21 de julio.

⁴⁴ Sentencia de 11 de mayo de 2006 (As C-340/04).

Véase BERNAL BLAY, M.A., «La problemática relativa a los negocios excluidos...», cit., pp. 176-177.

⁴⁵ InfoCuria - Jurisprudencia del Tribunal de Justicia, (3/05/20016).

General del Estado y de las administraciones de las Comunidades Autónomas (y sus entes dependientes), la cual, con carácter exclusivo, debe ejecutar los encargos de todas estas administraciones de las que constituye, *ex lege*, medio propio. Aunque como ya se ha advertido, TRAGSA tiene un régimen específico en la ley. Si bien, BERNAL BLAY, entiende que esta sentencia que TJUE se aparta de su propia doctrina, al considerar a TRAGSA medio propio respecto de las Comunidades Autónomas que participan en esta entidad, utilizando argumentos no acertados para entender cubiertos los requisitos que determinan su consideración como medio propio, por lo que no cabe la consideración de medio propio de este ente.⁴⁶

En el caso de las fundaciones, cuya titularidad sea mayoritariamente, pero no totalmente de una Administración, este requisito de totalidad de la titularidad para la consideración de medio propio es exigible igualmente, aun cuando, en primer lugar, la literalidad de este apartado «sociedades», no les incluya y en segundo lugar, las limitaciones legales inherentes a la propia forma fundacional implican la prohibición de la obtención ánimo de lucro⁴⁷. Así lo advierte la STJUE de 19 de junio de 2014 (asunto C-574/12), al afirmar que:

«cuando a entidad adjudicataria de un contrato público es una asociación de utilidad pública sin ánimo de lucro que, al adjudicarse ese contrato, cuenta entre sus socios no sólo con entidades pertenecientes al sector público, sino también con instituciones privadas de solidaridad social que desarrollan actividades sin ánimo de lucro, no se cumple el requisito relativo al “control análogo”, establecido en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia para que la adjudicación de un contrato público pueda considerarse una operación “in house”, por lo que resulta de aplicación la Directiva 2004/18/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 31 de marzo de 2004, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, de suministros y de servicios».

El motivo es que no existe «control análogo» porque, *«toda inversión de capital*

⁴⁶ BERNAL BLAY, M.A., «Un paso en falso en la interpretación del criterio...», pp. 115-138.

⁴⁷ Motivo que han sido utilizado tanto Comisión Permanente de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Generalidad de Cataluña para entender que este requisito de titularidad no es aplicable a las fundaciones:

Véase el Informe 9/2009, de 3 de julio, de la Comisión Permanente de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Generalidad de Cataluña (pág. 11)

Véase sobre la consideración de las fundaciones como medio propio, en casos de participación privada, el Informe 4/2007, de 28 de julio, de la junta Consultiva de Contratación Administrativa Cataluña.

privado en una empresa obedece a consideraciones propias de los intereses privados y persigue objetivos de carácter distinto de aquellos que son de interés público» (apartado 12).

Respecto de la fecha a tener en consideración para entender excluido el encargo de la normativa de contratación, la fecha relevante no es la fecha en la que se produce el encargo, sino que deben tenerse en cuenta también los acontecimientos ocurridos con posterioridad, pues en otro caso se menoscabaría el efecto útil de las Directivas. Si tras la realización del encargo se produce una entrada en el capital de agentes privado debe negarse la existencia del control análogo.⁴⁸ A este respecto, el TJUE entiende que la obligación legal de apertura de la sociedad a la participación de terceros es un circunstancia que indica que no existe el control análogo, sin que sea preciso que esta apertura sea previsible o inminente (se excluye como indicio la mera posibilidad estatutaria)⁴⁹.

Cabe concluir, en el supuesto particular de las sociedades, y analizando lo expuesto en este apartado, junto con lo expuesto en el apartado relativo al control análogo, que lo determinante a mi juicio es que exista un control efectivo del ente que encarga respecto del ente considerado medio propio, así como que la sociedad (medio propio) realice la parte esencial de su actividad para el ente que encarga, pudiendo realizar actividades para otros entes, incluso privados, pero necesariamente estas actividades respecto de los otros entes, tendrán que tener el carácter de marginales.

Por último, queda por analizar el efecto directo de la Directiva de contratación. El artículo 12.1.c) de la Directiva permite que en ciertos casos se exceptúe esta regla por las disposiciones legales nacionales. Sin embargo, esta excepción carece de efecto directo, al no existir previsión normativa alguna al respecto, ya que el TRLCSP no recoge esta previsión.

⁴⁸ Véase BERNAL BLAY, M.A., «La problemática relativa a los negocios excluidos...», cit., pp. 176-177.

⁴⁹ PERNAS GARCIA, J.J., «Las operaciones in house...», cit., p. 145-153.

7. OBLIGACIONES Y PROHIBICIONES CONSECUENCIA DE LA CONSIDERACIÓN DE MEDIO PROPIO

El artículo 24.6 *in fine* señala además una serie de obligaciones y prohibiciones para los entes considerados medios propios.

En primer lugar, establece unas obligaciones formales:

1. La consideración de medio propio, por el cumplimiento de los apartados anteriores del mismo artículo deberá reconocerse expresamente en los estatutos o en la norma que los cree.
2. Y además deberá quedar determinado respecto de que entidades tiene esa consideración de medio propio.
3. Por último, precisar el régimen de los encargos que se le pueden conferir o las condiciones en las que podrán adjudicárseles contratos.

La ley sin embargo no ha regulado un régimen transitorio para aquellas entidades que se han creado con anterioridad a la entrada en vigor de esta norma, antes del 2007. La Junta Consultiva de Contratación de la Comunidad Autónoma de Aragón en su Informe 26/2008, de 3 de noviembre, considera que este requisito sólo debe exigirse a las entidades creadas con posterioridad a la TRLCSP. Para el caso, sin embargo, de entidades creadas con anterioridad a la entrada en vigor de esta exigencia de reconocimiento formal, puede entenderse cumplido cuando el carácter de medio propio pueda desprenderse materialmente de cualquier otro modo, sin perjuicio de que estas entidades opten por adaptar sus estatutos a la nueva regulación⁵⁰.

Cabe advertir respecto a estos requisitos formales, que la consideración, bien en la norma que cree la entidad, bien en sus estatutos, de la condición de medio propio respecto de la Administración adjudicadora del contrato, no determinará por sí sola esta condición. Pues se debe atender al resto de los requisitos que establece la ley, es decir, la realización de la parte esencial de su actividad para la Administración contratante, así

⁵⁰ Véase el Informe 26/2008, de 3 de noviembre de la Junta Consultiva de Contratación de la Comunidad Autónoma de Aragón. Asunto: Necesidad de reconocimiento expreso como medio propio, a tenor del artículo 24.6 TRLCSP, de la Corporación Aragonesa de Radio y Televisión para llevar a cabo la actividad de gestión del servicio público que le es propia. Compatibilidad de la regulación de los encargos a medios propios del TRLCSP con la normativa autonómica relativa a los encargos de ejecución a empresas públicas.

como el control análogo por parte de la Administración al de sus propios servicios, y la titularidad total para el caso de sociedades.

En segundo lugar, en el artículo 24.6 TRLCSP se prohíbe la participación de las entidades medios propios de participar en licitaciones públicas convocadas por los poderes adjudicadores respecto de los cuales tengan la consideración de medio propio⁵¹. Pero establece una excepción a la prohibición, en el caso de que no concurra ningún licitador podrá encargarse de la ejecución objeto de la licitación. Esto supone una excepción a los principios que rigen la contratación pública y que dan garantía al interés público, como son la publicidad, concurrencia, transparencia y no discriminación, sin olvidar que en todo caso, las entidades integrantes del sector público deben adecuar su gestión económico-financiera al cumplimiento de la eficacia en la consecución de los objetivos fijados y de la eficiencia en la asignación y utilización de recursos públicos, en un marco de objetividad y transparencia en su actividad administrativa (artículo 69 de la Ley 47/2003, de 26 de noviembre, General Presupuestaria).

Y por último, el artículo 4.1.n) establece que las subcontrataciones que realicen las entidades que tengan la consideración de medio propio deberán adecuarse a la normativa del TRLCSP, teniendo en cuenta la naturaleza del ente, así como el tipo y cuantía del contrato. Además, en todo caso deberá cumplirse el TRLCSP cuando por la cuantía de estos contratos se superen los umbrales que determinan su consideración de contratos armonizados. Deberán observar para su preparación y adjudicación las reglas establecidas en los artículos 137.1 y 190.

Estas subcontrataciones, están subordinadas a la aplicación de la TRLCSP, pues los entes considerados medios propios a los efectos de la contratación para la ejecución material del encargo llevado a cabo por la Administración serán considerados poder adjudicador, así lo dispone el artículo 4.1.n) del TRLCSP. Estarán sometidos al ámbito de aplicación de esta ley de acuerdo con la naturaleza de la entidad y el tipo y cuantía de los contratos de subcontratación. Y quedarán sujetos en todo caso cuando por superar los umbrales que dispone la ley, se trate de contratos armonizados.

⁵¹ Véase el Informe 4/2011, de 30 de septiembre de Comisión Permanente de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de las Islas Baleares. Los encargos de gestión. El reconocimiento de la condición de medio propio y la imposibilidad de participar en las licitaciones públicas que se deriva de esta condición.

Esta sujeción tiene el claro objetivo de velar por los principios de no discriminación y publicidad de la concurrencia pública. Puesto que la desregularización es estas subcontrataciones abre la puerta a un fraude de ley, (artículo 6.4 Código Civil), ya que cabe la utilización de este medio de contratación directa, sin sujeción a ningún tipo de procedimiento de concurrencia, para esconder un trato de favor respecto de empresarios privados, subcontratando la totalidad de la actividad con éstos de forma directa.

8. DISTINCIÓN ENTRE EL RÉGIMEN APLICABLE A LOS TRABAJOS REALIZADOS POR LA PROPIA ADMINISTRACIÓN ARTÍCULO 24 APARTADOS 1 A 5 Y APARTADO 6 DEL ARTÍCULO 24, ASÍ COMO ARTÍCULO 4.1.N), TRLCSP

8.1 Distinción entre el régimen del artículo 4.1.n) y los apartados uno a cinco del artículo 24 TRLCSP

El artículo 24, en sus cinco primeros apartados regula un régimen no excluido del TRLCSP, al contrario de lo que dispone el artículo 4.1.n). Este artículo 24 en los cinco primeros apartados establece un régimen aplicable a las situaciones en las que una administración con personalidad jurídica propia o un órgano de la propia administración sin personalidad jurídica propia decide, bien ejecutar una obra, (apartado primero), fabricar un bien mueble (apartado segundo) o realizar un servicio en colaboración con empresarios particulares (apartado tercero).

La regulación de estos artículos implica que la administración *strictu sensu* o el órgano de la misma sin personalidad, a la hora de realizar estos trabajos de ejecución de obras, fabricación de bienes muebles o la realización de servicios puede optar por hacerlo empleando exclusivamente medios propios o con la colaboración de empresarios particulares. Para poder optar por esta segunda opción de colaboración con el sector privado, se establecen umbrales económicos respecto de la parte que podrá

estar a cargo de los empresarios, así como una serie de circunstancias que deben concurrir.

Además, según dispone el apartado cuarto, los contratos de colaboración que se celebren en el marco de estos apartados anteriores tendrán carácter administrativo especial, sin constituir contratos de obras, suministros o servicios, por estar la ejecución de los mismos a cargo del órgano gestor. La selección del empresario colaborador, deberá realizarse conforme al procedimiento de adjudicación establecido en el artículo 138 TRLCSP de licitación pública, salvo en los supuesto de emergencia. Y la contratación con empresarios nunca podrá sobrepasar el 50 por ciento de todo el proyecto.

Pues bien, a la hora de diferenciar ambos regímenes, el del artículo 4.1.n) y el de los cinco primeros apartados del artículo 24 TRLCSP, puede afirmarse que la ejecución de la prestación por medios propios sin personalidad jurídica de la Administración se rige por el TRLCSP (artículo 24, apartados 1 a 5) y el Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (artículos 152, 153 y 194) aunque no derive de un contrato. Cuando se trate de medios con personalidad jurídica diferenciada (régimen del artículo 4.1 n), la regulación queda fuera del TRLCSP, excepto la determinación de los requisitos para la exclusión, la aplicación subsidiaria de los principios contractuales o la posible aplicación analógica de ciertas normas.

Frente a los encargos del artículo 4.1 n), que puede conferirlos cualquier entidad del sector público; la regulación del artículo 24 TRLCSP (apartados 1 a 5) sólo es aplicable a encargos realizados por sujetos que sean Administración Pública. Esto, que es claro en todos los aspectos, dadas las reiteradas referencias del artículo a la «Administración», lo es especialmente si consideramos que los contratos con empresarios colaboradores tienen carácter de contrato administrativo especial.

El encargo a entes instrumentales del artículo 4.1 n) comprende actos de gestión y de ejecución material, por el contrario, el encargo de ejecución del artículo 24 (apartados 1 a 5) sólo comprende actos de ejecución material.

Las circunstancias necesarias para que la Administración realice por sus servicios la obra o la fabricación exigidas por el artículo 24 (apartados 1 a 5) no rigen en las

encargos a medios propios del artículo 4.1.n) TRLCSP, sin perjuicio de que puedan regir otros límites, no formulados expresamente en la Ley⁵².

8.2 Posición de la Administración «medio propio» en la Administración originaria de los apartados 1 a 5 del artículo 24 TRLCSP

Es importante hacer un análisis del ámbito subjetivo del artículo 24.6 TRLCSP, éste hace referencia a entes, organismos y entidades del sector público con personalidad jurídica propia, que pueden ser administración pública, o no. Para comprobar su consideración de administración pública a los efectos del TRLCSP, el artículo 3.2 TRLCSP hace una enumeración de los entes, organismos y entidades que tendrán esta consideración. Respecto de los entes sin la consideración de administración pública, pueden ser una sociedad mercantil, una fundación, etc.

Para analizar la remisión que hace el artículo 24.6 TRLCSP a estos apartados («A los efectos previstos en este artículo... podrán ser considerados medios propios...»), hay que diferenciar dos tipos de medios propios que tienen cabida en este artículo 24.6, son los medios propios considerados administración pública por la TRLCSP (artículo 3.2) con personalidad jurídica y los medios propios no administración pública con personalidad jurídica. Bien, la remisión a la que se hace referencia tiene sentido cuando el medio propio es administración pública, pues en este caso, este medio propio adquirirá la posición originaria de los apartados uno a cinco, y por tanto, las subcontrataciones que hagan estas administraciones para la ejecución de los contratos establecidos con la administración de la que son considerados medios propios, estarán sometidas al régimen de estos apartados.

Sin embargo cuando el medio propio no tenga la consideración de administración pública, las subcontrataciones con empresarios privados que eventualmente realice para la ejecución de los contratos objeto del encargo por la administración de la que tiene tal consideración, no estarán sometidos al régimen de los apartados uno a cinco del artículo 24 TRLCSP, sino sometidos a las normas generales de contratación del

⁵² Informe 1003/2013 Tribunal de Cuentas, cit., p.36.

TRLCSP, así lo dispone el artículo 4.1.n), todo ello de acuerdo con la naturaleza de la entidad y el tipo y cuantía de estas subcontrataciones.

Conviene aclarar, que a estos entes considerados medios propios, tampoco les es aplicable el régimen de los «empresarios colaboradores» a los que hace referencia el artículo 24, en sus cinco primeros apartados, dado que estos contratos con empresarios colaboradores son considerados por la ley como contratos administrativos especiales y es una relación no excluida de la TRLCSP. Por tanto, este régimen de inclusión de estos contratos de colaboración sería incompatible con el artículo 24.6 que impide a los medios propios participar en licitaciones públicas⁵³.

9. EXPEDIENTE DEL ENCARGO DE GESTIÓN

En primer lugar, debe recordarse el carácter unilateral de la figura objeto del trabajo, es decir, la relación entre la Administración matriz con el ente considerado medio propio es de carácter instrumental, interno, dependiente y subordinado, de modo que estas características deben estar presentes en el acto en virtud del cual se produce el encargo.

El contenido del encargo, debe cumplir unos requisitos formales, en primer lugar debe utilizarse una vía que permita dejar constancia del contenido del encargo y de la recepción de dicha comunicación por la entidad encomendaria, así como de la fecha en la que se produce, en términos similares a los establecidos en el artículo 59.1 de la LRJPAC para las notificaciones de los actos administrativos. «Dado que estos encargos tienen naturaleza de actos administrativos, deben haber sido aprobados por los órganos de la Administración competentes para ello y con arreglo al procedimiento legal y reglamentariamente establecido (artículo 53.1 LRJPAC)⁵⁴, que incluirá los proyectos, memorias y demás documentos técnicos y presupuestarios, así como la observancia de los preceptivos trámites jurídicos, presupuestarios y de control y aprobación del gasto.»⁵⁵

⁵³BUSQUETS LOPEZ, M.A., «Algunas conclusiones sobre la naturaleza y régimen jurídico...» cit., p. 82

⁵⁴Artículo 53.1. Producción y contenido. «Los actos administrativos que dicten las Administraciones Públicas, bien de oficio o a instancia del interesado, se producirán por el órgano competente ajustándose al procedimiento establecido.» Véase el equivalente: artículo 34 de la nueva LRJPAC.

⁵⁵ Informe 1003/2013 Tribunal de Cuentas, cit., p.37.

Las normas aplicables a esta figura son diversas, y en función de su naturaleza son aplicables, normas presupuestarias a todo expediente de gasto, TRLCSP, y finalmente otras derivan de la aplicación de las leyes administrativas generales, como la LRJPAC.

Además, de acuerdo con el Acuerdo del Consejo de Ministros de 1 de julio de 2011 que modifica el de 30 de mayo de 2008, 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 son parte integrante de la tramitación de los expedientes de encargo de gestión entre otros los siguientes elementos⁵⁶:

- Memorias justificativa, técnica y económica.
- Informe del Servicio jurídico
- Informe de la Oficina de Supervisión de Proyectos y acta de replanteo previo, cuando proceda.
- Certificado de existencia y retención de crédito expedido por la oficina de contabilidad.
- Propuesta de gasto formulada por los servicios correspondientes del órgano encomendante.
- Informe de fiscalización previa del gasto, según proceda atendiendo a la naturaleza de la entidad encomendante.
- Aprobación del gasto y del encargo.
- Compromiso del gasto.
- Notificación del encargo.

A estas menciones deben añadirse todas aquellas derivadas de la normativa sectorial aplicable por razón de la materia.

Estos acuerdos serán inmediatamente ejecutivos y no susceptibles de recurso contencioso-administrativo por parte de la entidad encomendataria tal y como dispone el artículo 20.c de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción

⁵⁶ Resolución de 2 de junio de 2008, de la Intervención General de la Administración del Estado, por la que se publica el Acuerdo del Consejo de Ministros de 30 de mayo de 2008, 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.

Contencioso Administrativa. Esta prohibición, como señaló el Tribunal de Cuentas debe hacerse extensiva a aquellos entes instrumentales que tienen atribuido un carácter subordinado y dependiente, aunque se rijan por el derecho privado, siendo obligatorio para los mismos ejecutar el encargo con arreglo a las instrucciones que les impartan las entidades encomendantes.⁵⁷

La publicación del encargo no es necesaria, en contraposición con lo que sucede en las encomiendas del artículo 15 de la Ley 30/1992.

10. LA REGULACIÓN EN LA NUEVA LEY 40/2015, DE 1 DE OCTUBRE, DE RÉGIMEN JURÍDICO DEL SECTOR PÚBLICO

Esta ley que entrará en vigor a partir del 2 de octubre del 2016⁵⁸, introduce en su artículo 86 una nueva regulación de los medios propios en el ámbito estatal (precepto que no tiene carácter básico).

En primer lugar, la consideración de medio propio, podrá resultar no solo respecto de los poderes adjudicadores, sino también respecto de entes y sociedades. Dicha consideración queda supeditada a la acreditación del cumplimiento de una serie de requisitos. Estos son, la disposición de medios suficientes e idóneos para la realización de prestaciones en el sector de actividad que se corresponda con su objeto social, de acuerdo con su norma o acuerdo de creación.

Según esta nueva regulación, la creación de un medio propio o su declaración como tal, deberá ir precedida de una memoria de la Intervención General, en la que se justifique lo siguiente:

- La entidad resulta sostenible y eficaz, de acuerdo con los criterios de rentabilidad económica, y que resulta una opción más eficiente que la contratación pública para disponer del servicio o suministro cuya provisión le corresponda.

⁵⁷ Informe 1003/2013 Tribunal de Cuentas, p.38, en relación con el Informe 862/2010 del Tribunal de Cuentas, de fiscalización de los convenios de colaboración generadores de gastos suscritos a partir del año 2005 por órganos del ministerio de medio ambiente con entidades públicas y con personas físicas o jurídicas privadas, p.36.

⁵⁸Véase la disposición final decimoctava de esta ley.

- Concurren otras razones excepcionales que justifican su existencia, como la seguridad pública o la urgencia en la necesidad del servicio o bien.

Asimismo, estas entidades deberán estar identificadas a través de un acrónimo «MP», para mayor seguridad jurídica.

Estos requisitos se aplicarán tanto a los medios propios que se creen en el futuro como a los ya existentes, estableciéndose un plazo de seis meses para su adaptación.

11. LA REGULACIÓN EN EL ANTEPROYECTO DE LA LEY DE CONTRATOS DEL SECTOR PÚBLICO

En el anteproyecto de nueva Ley de Contratos del Sector Público (tramitación culminada con el preceptivo Dictamen del Consejo de Estado de 10 de marzo de 2016) se establece una nueva regulación del medio propio, con una nueva denominación de esta figura, ahora pasa a llamarse «encargos a medios propios», se incluyen supuestos de ejecución directa de prestaciones a través de medios propios personificados, distinguiéndose entre el encargo hecho por un poder adjudicador, de aquél realizado por otra entidad que no tenga la consideración de poder adjudicador.

Asimismo, se perfilan los requisitos que ya recoge el TRLCSP, siguiendo la doctrina del TJUE, y se introduce el criterio, recogido en la Directiva de contratación, de que el medio propio deberá realizar 80% de las actividades para el ente respecto del que se considera medio propio. También se establecen nuevos requisitos:

1. La empresa que tenga el carácter de medio propio debe disponer de medios suficientes para cumplir el encargo que se le haga,
2. que haya recabado autorización del poder adjudicador del que dependa,

Se hace mención expresa a la posibilidad de que el medio propio tenga ésta consideración respecto de varias entidades, esta posibilidad se supedita a que se cumplan, además de los requisitos generales, dos elementos: que los poderes adjudicadores que puedan conferirle encargos ejerzan sobre el ente destinatario del mismo, un control conjunto análogo al que ostentarían sobre sus propios servicios o unidades y, el criterio mencionado del 80 % de las actividades.

Además se incluye la necesidad de publicidad del ente propio como tal, así como de los encargos que se realicen a los medios propios.

Respecto de las subcontrataciones, se limitan con carácter general al 60% de la actividad objeto del encargo, pudiendo establecerse un porcentaje distinto, que en ningún caso será del 100%. Esta limitación no es aplicable a los contratos de concesión de obras o de servicios.

En cuanto al control que debe ejercer el ente que encarga sobre el ente considerado medio propio que no sea un poder adjudicador, tendrá que interpretarse en el sentido del artículo 42 del Código de Comercio, sobre el ente destinatario del mismo. Y al igual que en el TRLCSP la totalidad del capital social o patrimonio del ente destinatario del encargo tendrá que ser de titularidad pública.

III. CONCLUSIÓN

Cabe destacar que el régimen jurídico de esta figura del encargo a medios propios tiene origen directo en los parámetros establecidos por el Derecho de la Unión Europea así como en el fenómeno de la «codificación» de la jurisprudencia del TJUE, dejando un margen limitado al legislador español para implementarla dentro de nuestro ordenamiento jurídico. La influencia del Derecho Europeo que inspira nuestra legislación, sitúa los principios de la libre competencia, no discriminación y transparencia como el fundamento principal de la normativa contractual pública.

La justificación de esta técnica viene determinada por la potestad de la administración de auto-organizarse y llevar a cabo su actividad con sus propios medios sin necesidad de acudir al sector privado, y con ello conseguir una gestión más eficaz.

Sin embargo, su admisibilidad se puede poner en cuestión, ya que puede suponer un falseamiento de la competencia y la vulneración de los principios que inspiran la normativa contractual pública europea. Con el objeto de impedir estas consecuencias se han establecido por el legislador los requisitos analizados a lo largo del trabajo a la hora de la utilización de este encargo.

De especial importancia son las consecuencias negativas de la incorrecta utilización de este encargo. La CNMC ha puesto de manifiesto en su informe de 2013,

el aumento de la cantidad de medios propios respecto de todos los sectores públicos territoriales, haciendo hincapié en la gran importancia económica que tienen estos y cifrando en 47 millones de euros la ineficiencia de la administración. Se constata en la utilización de esta técnica la limitación de acceso que supone al resto de oferentes del mercado a la prestación demandada. Así como la gran cantidad de subcontrataciones que se realizan por estos entes medios propios para la ejecución de los encargos que se les ha realizado.

La contratación pública, si bien no puede ser considerada como un fin en sí mismo, sino como una herramienta al servicio de los poderes públicos para el cumplimiento de sus fines públicos, y como forma de intervención en la vida económica social y política. Las licitaciones públicas permiten que los oferentes ofrezcan mejoras en la condiciones de partida para resultar adjudicatarios de los contratos, y esto supone que la administración se beneficie de las mejores condiciones ofrecidas por los licitadores. Sin embargo, en el caso de los encargos, es la administración la que fija las tarifas y el medio propio no puja, sino que ejecuta directamente la prestación encargada.

Por todo lo expuesto con anterioridad, y a la vista del estudio que se realiza en el presente trabajo me aventuro a concluir una serie de reformas que son convenientes para asegurar la correcta utilización del encargo a medios propios. Si bien cabe destacar que la nueva Ley del Régimen Jurídico del Sector Público y el anteproyecto de la Ley del Contratos del Sector Público ya incluyen mejoras a este régimen jurídico.

En primer lugar, es necesaria una justificación rigurosa de la decisión de crear un medio propio y concretar sus funciones. Además, cada encargo concreto también tendría que estar suficientemente motivado desde el punto de vista de la necesidad y la eficiencia que supone para la Administración. Esta justificación podría quedar cubierta en el marco de la consecución de intereses generales por la administración, así como en el caso de una licitación desierta, la constatación de un mejor precio, calidad o menor plazo por parte del medio propio o, por una mejor ejecución del encargo en atención a la naturaleza concreta de la prestación.

De especial importancia es la exigencia de publicidad, publicidad de la creación y existencia de los medios propios, de sus funciones y de los encargos que se realicen a éstos, así como de los elementos que motivan su utilización.

Estas dos exigencias van íntimamente relacionadas con la exigencia de un mayor control, pues son necesarias tanto la motivación como la publicidad para favorecer el aumento y la eficacia del control de esta técnica. Por tanto, un control de que se cumplen los elementos jurídicos que condicionan su utilización, así como de que efectivamente están suficientemente motivados y con la necesaria publicidad.

Por último, entiendo que se debería de realizar una limitación de la subcontrataciones que realicen los medios propios para la ejecución de los encargos, pues este encargo debe traer causa en el que ente tiene los instrumentos necesarios para llevar a cabo la prestación. Tal y como expone el Tribunal de Cuentas, no puede considerarse que realice una prestación quien se limite a dar traslado a un tercero su ejecución. Esta premisa de la insuficiencia de instrumentos necesarios desnaturaliza la justificación de estos encargos, pues no puede afirmarse que esta utilización suponga para la administración una ventaja en términos de eficacia. Esta limitación es recogida en el anteproyecto de la Ley de Contratos del Sector Público, concretándola en un 60%. Sin embargo, considero dicha limitación insuficiente, pues entiendo más acertado un porcentaje máximo del 50%.

Y finalmente, significar que como medio de control de estos encargos, cabe recurso especial, tal y como dispone la doctrina del TJUE.

IV. BIBLIOGRFÍA, WEBGRAFÍA Y REFERENCIAS DOCUMENTALES.

1. BIBLIOGRAFÍA

AMOEDO SOUTO, C.A., «El nuevo régimen jurídico de la encomienda de ejecución y su repercusión sobre la configuración de los entes instrumentales de las administraciones públicas», *Administración Pública*, nº170, 2006, p.p 261-2942.

BERNAL BLAY, M.A., «El control análogo sobre los medios propios y su ejercicios colectivo por varias entidades», *Contratación administrativa práctica*, nº 124, 2013, p.p 88-93.

BERNAL BLAY, M.A., «La problemática relativa a los negocios excluidos de la aplicación de la Ley: los encargos in house, con especial referencia al ámbito local», en libro colectivo *La Ley de Contratos del Sector Público y su aplicación por las entidades locales*, CEMCI, Granada, 2008, pp. 172-175.

BERNAL BLAY, M.A., «Un paso en falso en la interpretación del criterio del control análogo al de los propios servicios en las relaciones in house. Comentario de urgencia a la STJUE de 19 de abril de 2007 (as. c-295/05, Asemfo vs. Tragsa)», *Revista Española de Derecho Administrativo*, nº137, 2008, pp. 115-138.

BUSQUETS LOPEZ, M.A., «Algunas conclusiones sobre la naturaleza y régimen jurídico de las encomiendas o encargos de gestión a medios propios a que se refieren los artículos 4.1 n) y 24 de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público», *Auditoría Pública*, nº 51, 2010, p.p 65-86.

COSSÍO CAPDEVILA, A., «La fiscalización de la encomienda de gestión como forma de autoorganización administrativa: poniendo límites a la huida del derecho administrativo en materia de contratación pública». *Auditoría Pública*, nº 61, 2013, p.p 25-33.

GIMENO FELIÚ, J.M., *El nuevo paquete legislativo comunitario sobre contratación pública. De la burocracia a la estrategia*, Aranzadi, Pamplona, 2014.

GIMENO FELIU, J.M., «La problemática derivada del encargo de prestaciones a entes instrumentales propios: alcance de la jurisprudencia comunitaria», *Informe Comunidades Autónomas 2005*, 2006, p.p. 838-858.

GIMENO FELIU, J.M., «La “codificación” de la contratación pública mediante el derecho pretoriano derivado de la jurisprudencia del TJUE», *Revista Administrativa de Derecho Administrativo*, nº 172, 2015, p.p. 81-122.

PASCUAL GARCÍA, J., «Convenios de colaboración y encargos a entes instrumentales a la luz de la Ley de Contratos del Sector Público», *Revista Española de Control Externo*, nº 28, 2008, p.p. 35-62.

PÉREZ CRESPO, B., y VALDIVIELSO CAÑAS, A., «La Ley de Contratos del Sector Público. Novedades más relevantes», *Revista Española de Control Externo*, nº 27, 2008.

PERNAS GARCIA, J.J., *Las operaciones in house y el derecho comunitario de contratos públicos*, Iustel, Madrid, 2008.

REBOLLO PUIG, M., «Los entes institucionales de la Junta de Andalucía y su utilización como medio propio», *Administración Pública*, nº 161, 2003, p.p. 359-393

SOSA WAGNER, F., «El empleo de recursos propios por las Administraciones locales», en libro Homenaje al prof. S. Martín-Retortillo, *Estudios de Derecho Público Económico*, Civitas, 2013, pp. 1309-1341.

2. WEBGRAFÍA

Documento de estudio presentado y aprobado en reunión de Madrid, el 1 de marzo de 2016 de los Tribunales Administrativos de Contratación Pública, (2016), *Los efectos jurídicos de las directivas de contratación pública ante el vencimiento del plazo de transposición sin nueva ley de contratos del sector público*, (14/06/2016), www.obcp.es.

GIMENO FELIU, J.M., (2016), *La transposición de las directivas de contratación pública en España y el efecto directo por vencimiento del plazo de incorporación. Consecuencias práctica.*, (14/06/2016). www.obcp.es.

GIMENO FELIU, J.M., (2016), *La nueva regulación europea de la contratación pública y su transposición*. INAP de 14 de junio de 2016, (25/06/2016). contratacionpublica.wikispaces.com

3. REFERENCIAS DOCUMENTALES

- Instrucción 2/2005, de 21 de julio de la Abogacía del Estado.

- Informe de la Intervención General de la Administración del Estado de 5 de junio de 2006.
- El Informe 4/2007, de 28 de julio, de la junta Consultiva de Contratación Administrativa Cataluña.
- Informe 21/2008 de la Junta Consultiva de la Contratación Administrativa del Estado.
- Resolución de 2 de junio de 2008, de la Intervención General de la Administración del Estado, por la que se publica el Acuerdo del Consejo de Ministros de 30 de mayo de 2008, 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.
- Informe 26/2008, de 3 de noviembre de la Junta Consultiva de Contratación de la Comunidad Autónoma de Aragón.
- Informe 9/2009, de 3 de julio, de la Comisión Permanente de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Generalidad de Cataluña.
- Circular 6/2009 de la Abogacía General del Estado.
- Informe 10/2011 de la Junta Consultiva de la Contratación Administrativa de Aragón.
- Informe 4/2011, de 30 de septiembre de Comisión Permanente de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de las Islas Baleares. Los encargos de gestión. El reconocimiento de la condición de medio propio y la imposibilidad de participar en las licitaciones públicas que se deriva de esta condición.
- Acuerdo 25/2011, de 9 de noviembre de 2011, del Tribunal Administrativos de Contratos Públicos de Aragón.
- Informe de la Subdirección General de Ordenación Legal y Asistencia Jurídica, referenciado A/3/51/12, sobre «la tributación en el impuesto sobre el valor añadido de la actividad de los entes públicos».
- Informe 1003/2013 del Tribunal de Cuentas. 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.

- Circular 5/2013, de 15 de abril, sobre la sujeción al IVA de las encomiendas de gestión.
- Informe sobre los medios propios y las encomiendas de gestión: implicaciones de su uso desde la óptica de la promoción de la competencia 2013, de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia.
- Acuerdo 7/2015, de 12 de mayo, del Tribunal Administrativos de Contratos Públicos de Aragón.